Arbitraje seguido entre

MARINO PORFIRIO DIAZ RAMOS

Y

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CAJAMARCA

LAUDO

Árbitro Único

Luis Puglianini Guerra

Secretaría Arbitral

Karla Chuez Salazar

Resolución N° 10

Lima, 1 de agosto de 2017

En Lima, el primero del mes de julio del año dos mil diecisiete, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 19 de diciembre de 2006, el señor Marino Porfirio Díaz Ramos y la Municipalidad Provincial de Cajamarca, suscribieron el Contrato de Obra N° 621-2006-MPC para la ejecución de la obra "MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURAVIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA - CAJAMARCA, en adelante el CONTRATO.

De acuerdo a la Cláusula Décima Sexta del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

> ***"CLAUSULA DECIMA SEXTA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS***
>
> *a. Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley, en armonía con lo previsto en los*

artículos 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268° y 269° del Reglamento, pudiendo optar por:

1) *Recurrir a un centro de conciliación, caso en el que la conciliación se desarrollará bajo los alcances de la legislación de la materia.*
2) *Recurrir al CONSUCODE, el mismo que organizará y administrará el procedimiento de conciliación, de acuerdo con el Reglamento que apruebe para tal efecto.*

b. *Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268° y 269° del Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere el Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc.*

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento"..".

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre el señor Marino Porfirio Díaz Ramos y la Municipalidad Provincial de Cajamarca.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

El Árbitro Único fue designado mediante Carta Nº 1530-2015-OSCE/DAA, por la cual hace de conocimiento de tal designación en el Expediente N° S26-2014/SNA-OSCE, para resolver la controversia surgida entre el señor Marino Porfirio Díaz Ramos y la Municipalidad Provincial de Cajamarca.

En ese sentido, el Árbitro Único, declara que ha sido debidamente designado de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obliga a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

Con fecha 17 de noviembre de 2015, se llevó a cabo en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, sito en el Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, la Audiencia de Instalación de Árbitro Único. A dicha audiencia asistió en representación de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, el abogado Eduardo Rafael Moya Chávez, identificado con DNI N° 26724379 Y con Registro del Colegio de Abogados de Cajamarca N° 449, en su condición de Procurador Público, acompañado del señor Ernesto Arbildo Quiroz, identificado con DNI N° 27928571; dejándose constancia de la inasistencia del señor Marino Porfirio Díaz Ramos, a pesar de encontrarse debidamente notificado según cargo que obra en autos.

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único, se estableció que en

virtud de lo pactado en la Cláusula Décima Sexta del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décima Sexta del CONTRATO, el Árbitro Único estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Dejándose constancia que el presente procedimiento se regirá por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobada por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM) y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004PCM), el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE (modificado mediante Resolución N° 172-2012-0SCE/PRE, de fecha 02 de julio de 2012).

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 18 de febrero de 2015, el señor Marino Porfirio Díaz Ramos formuló las siguientes pretensiones:

5.1. <u>Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por el señor Marino Porfirio Díaz Ramos</u>:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

***Primera Pretensión**: Se deje SIN EFECTO la Resolución de Gerencia W 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, mediante la cual se aprueba la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA, por haber sido elaborada extemporáneamente por la Entidad demandada.*

***Segunda Pretensión**: Se DECLARE la VALIDEZ y el CONSENTIMIENTO de la Liquidación de Obra elaborada por mi representada, y que fuese presentada a la Entidad el día 13 de Agosto del 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP de fecha 12 de Agosto del 2009, con un saldo a nuestro favor ascendente a la suma de S/. 7,306.70 SIETE MIL TRESCIENTOS SEIS CON 70/100 NUEVOS SOLES), incluido IGV, como se indica en el mencionado documento.*

***Tercera Pretensión**: Se ordene la cancelación del SALDO A NUESTRO FAVOR resultante de la liquidación Final de la Obra elaborada por mi representada, la misma que asciende a la suma de S/. 7,306.70 SIETE MIL TRESCIENTOS SEIS CON 07/100 NUEVOS SOLES), incluido IGV. Por el Adicional N° 01 Reformulación del Expediente Técnico. O en su defecto se ordene su cancelación como Indemnización por los daños y perjuicios causados por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, al haber ejecutado dicha prestación sin recibir la correspondiente contraprestación.*

***Cuarta Pretensión**: Se ordene la cancelación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por concepto de Enriquecimiento Sin Causa por la suma de S/. 21,146.48 (VEINTIUN MIL CIENTO CUARENTA y*

SEIS CON 48/100 NUEVOS SOLES), derivado del Adicional N° 01 por Mayores Metrados ejecutados en obra; así como la suma de S/. 27,796.02 (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 02/100 NUEVOS SOLES), derivado de los Gastos Generales, al haber ejecutado prestaciones a su favor sin recibir la correspondiente contraprestación por la Ampliación de Plazo N° 01 Y 02 y la suma de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), por gastos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo del 2015.

***Quinta Pretensión**: Que la Entidad cumpla con devolver el importe de la Carta Fianza entregada como Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato, ascendente a la suma de S/. 5,000.00 (CINCO MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), que fuese ejecutada arbitrariamente en el mes de febrero del 2015.*

***Sexta Pretensión**: Se deje SIN EFECTO la indebida aplicación de penalidad por mora, por el supuesto retraso injustificado de 40 días calendarios ascendentes a S/. 27,863.08 (VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA y TRES CON 08/100 NUEVOS SOLES); y se cumpla con hacer efectiva la devolución de su retención efectivizada mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC.*

***Primera Pretensión Accesoria a la Tercera y Cuarta Pretensión**: Se ordene el pago de los INTERESES DEVENGADOS desde la fecha en que se disponga la efectivización del pago indicado en la tercera y cuarta pretensión, hasta la fecha en que se realice el pago total de la suma puesta a cobro. Así mismo se cancelen los intereses de los reajustes por*

la Fórmula Polinómica reconocidos en la Liquidación de Obra elaborada por la misma Entidad por el monto de S/. 7,341.98 (SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA y UNO CON 98/100 NUEVOS SOLES).

***Segunda Pretensión Accesoria a la Tercera y Cuarta Pretensión**: Se ordene la cancelación de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el indebido proceder de la Entidad, en la suma de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES).*

***Pretensión Accesoria a todas las Pretensiones**: Se ordene el pago de las Costas y los Costos en que se 11aincurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones antes mencionadas, esto es los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral (incluidos los gastos realizados en el procedimiento administrativo); los cuáles serán liquidadas al concluir el proceso.*

5.2. Posición del señor Marino Porfirio Díaz Ramos:

5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Antecedentes

PRIMERO: Habiendo sido favorecidos con el otorgamiento de la Buena Pro en el Proceso por Adjudicación Directa Selectiva No 0059-2006-MPC. Con fecha 19 de Diciembre del 2006 se procede a suscribir el

Contrato de Obra No 621-2006-MPC para la ejecución de la obra "MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURAVIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA; obra que fue ejecutada en su integridad, cumpliendo estrictamente con las especificaciones estipuladas en el expediente técnico proporcionado por la Entidad, y que fuera reformulado por deficiencias técnicas, así mismo dando cumplimiento a las recomendaciones y/o sugerencias del inspector.

SEGUNDO: Una vez culminada la ejecución total de la obra antes mencionada y siguiendo el procedimiento descrito en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de la Obra de referencia, así como por el Artículo 2680 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se procedió a la recepción final de la obra el día 12 de Noviembre del 2008, firmándose para tal efecto el acta correspondiente de acuerdo a Ley.

TERCERO: Es el caso que ante lo ya mencionado, con fecha 13 de Agosto del 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP de fecha 12 de Agosto del 2009, y dentro del plazo establecido por el Artículo 2690 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, nuestra representada procede a presentar a la Entidad la LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA sub materia para su trámite respectivo (la misma que arroja un saldo a nuestro favor ascendente a la suma de S/. 7,306.70 (SIETE MIL TRECIENTOSSEIS CON 70/100 NUEVOSSOLES), sin que la Entidad observara extremo alguno dentro del plazo de 30 días otorgado por la norma antes indicada, razón por la cual mediante Carta S/N de fecha 28 de Octubre del 2009 se comunica

el CONSENTIMIENTO de la misma, asimismo mediante Carta N° 040-2010/DRMP de fecha 29 de Marzo del 2010 se EXIGE el cumplimiento de la misma, solicitando por tanto la emisión de la Resolución Administrativa que asumiendo la realidad, apruebe la liquidación del contrato, y disponga el reconocimiento y pago de la suma antes anotada.

CUARTO: En respuesta a lo antes mencionado, mediante Carta N° 030-2009-0LO-SGSLO-GI-MPC, de fecha 15 de Octubre del 2009, la Entidad, RECHAZAEL CONSENTIMIENTOANTES PRECISADO, argumentando que en mérito al Informe W 175-2009-CIG-AL-GI-MPC. Recién se Elaborará la Liquidación Financiera, sin incluir el Adicional de Obra; la misma que es observada por nuestra representada mediante Carta S/N, de fecha 29 de Octubre del 2009.

OUINTO: No obstante a las observaciones formuladas a través del documento de referencia anterior, mediante Carta N° 280-2010-AL-GI-MPC de fecha 23 de Diciembre del 2010, la Gerencia de Infraestructura de la Entidad, nos notifica la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, mediante la cual se aprueba: Primero la liquidación Técnica y Financiera de la Obra MEJORAMIENTODE LA INFRAESTRUCTURAVIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA, elaborada por la Entidad demandada. Segundo. El pago del Reajuste de la Fórmula Polinómica ascendente a S/. 7,341.98. Tercero. Penalidad por mora por retraso injustificado de 40 días calendarios ascendentes a S/. 27,863.08, recomendando hacerse efectivo de la garantía e Fiel Cumplimiento presentada por el

contratista, entre otras.

SEXTO: Al respecto, mediante Carta s/n de fecha 11 de Enero del 2011, comunicamos a la Municipalidad Provincial de Cajamarca, nuestras observaciones a la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, mediante la cual se aprueba la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra, toda vez que ha tomado como sustento y referencia directa para su elaboración Informes deficientes y errados (Informe N° 175-2009-CIG-AL-GI-MPC, Informe N° 100-2010-PPM-MPC-RME), y al no haberse emitido en amparo del Artículo 430 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y el Artículo 269° de su Reglamento, solicitamos se declare su nulidad, por haberse emitido extemporáneamente y al haber quedado consentida la liquidación presentada por nuestra representada.

SETIMO: Considerando lo antes mencionado y dado cuenta de que mi representada había dado por Consentida la Liquidación Final de la obra practicada por nuestra parte con un saldo a nuestro favor, procedimos a agotar el procedimiento conciliatorio respectivo, y ante la improcedencia de nuestras pretensiones en sede judicial por considerarse sujetas a un vía propia conforme lo establecido en la Cláusula Décima Sexta (Arbitraje) del Contrato, procedemos a interponer la presente demanda arbitral con el objeto de que se RATIFIQUE EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA,Y PORTANTOSE ORDENE LA CANCELACIÓN DE LOS SALDOS y ACREENCIAS QUE RESULTEN A NUESTRO FAVOR.

Sobre la Primera Pretensión Principal

En atención a los hechos expuestos debemos precisar que la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, mediante la cual se aprueba la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra "MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURAVIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA", elaborada por la Entidad demandada, carece de validez, eficacia y resulta inaplicable a nuestro caso por dos motivos fundamentales. 1.- Ha sido emitida fuera del plazo previsto en la normativa de la materia y. 2.- Para su elaboración y expedición ha tomado como referencia directa informes deficientes (Informe No 175-2009-CIG-AL-GI-MPC, Informe No 100-2010-PPM-MPC-RME)) y documentos viciados, que contraviene a todas luces el Artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y el Artículo 269° de su Reglamento.

Respecto al Punto 1.- Referido a que la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, habría sido emitida fuera de plazo.

En ese contexto, considerando que con fecha 13 de Agosto del 2009, mediante Carta N° 0672009/DRMP de fecha 12 de Agosto del 2009, nuestra representada cumplió con presentar a la Entidad la LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA sub materia para su trámite respectivo (la misma que arroja un saldo a nuestro favor ascendente a la suma de Sj. 7,306.70) sin que la Entidad observara extremo alguno dentro del plazo de 30 días otorgado por la norma antes indicada;

resulta evidente que habría quedada consentida nuestra liquidación presentada, al haberse pronunciado la Entidad y notificado recién de manera formal (a través de resolución debidamente fundamentada) a nuestra representada conforme a lo establecido en la norma de contrataciones, el día 23 de Diciembre del 2010 (más de un año después) la Resolución de Gerencia N° 4912010-GI-MPC, mediante la cual la Entidad aprueba la Liquidación Técnica y Financiera de la referida obra; razón por la cual mediante Carta S/N de fecha 28 de Octubre del 2009 se comunica el CONSENTIMIENTO de la misma, asimismo mediante Carta N° 040-2010/DRMP de fecha 29 de Marzo del 2010 se exige el cumplimiento de la misma, solicitando por tanto la emisión de la Resolución Administrativa que asumiendo la realidad, apruebe la liquidación del contrato, y disponga el reconocimiento y pago de la suma antes anotada.

Respecto al Punto 2.- Referido a que para su elaboración y expedición habría tomado como referencia directa informes deficientes (Informe No 175-2009-CIG-AL-GI-MPC, Informe No 1002010-PPM-MPC-RME) y documentos viciados, que contravienen a todas luces el artículo 43 o del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y el artículo 269° de su Reglamento.

En esa línea, si bien mediante Carta N° 030-2009-0LO-SGSLO-GI-MPC tal como lo refiere la misma Entidad en el tercer y quinto párrafo de los considerandos de la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC; presentada nuestra liquidación el día 13 de Agosto del 2009 (Carta N° 067-2009/DRMP), con fecha 15 de Octubre del 2009 mediante Carta N° 030-2009-CIG-AL-GI-MPC la Entidad rechaza el

consentimiento antes precisado y alcanza Liquidación de Obra a través de un documento que no reviste la formalidad exigida por la norma de contrataciones (resolución debidamente fundamentada), argumentando que en mérito al Informe No 175-2009-CIG-AL-GI-MPC. recién se elaborará la Liquidación Financiera, sin incluir el Adicional de Obra; la misma que también es cuestionada, observada por nuestra representada mediante Carta S/N de fecha 29 de Octubre del 2009, y con lo cual también se demuestra su extemporaneidad al haberse emitido fuera del plazo de 30 días otorgado por la norma antes indicada.

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, debemos evidenciar que conforme se acredita con dichos documentos, el procedimiento adoptado por la Entidad (Comunicar sin la debida formalidad que exige la norma, que existen observaciones a la Liquidación de Obra presentado por nuestra representada, y que los informes N° 175-2009-CIG-AL-GI-MPC, N° 100-2010-PPM-MPC-RME no corresponden a la realidad en la medida que existen pruebas suficientes que acreditan el trámite y la opinión favorable de la aprobación del adicional por mayores metrados, como de la ampliación de plazo N° 02.

Infringe a todas luces lo establecido en el Artículo 43 o del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y el Artículo 269° de su Reglamento. Toda vez que estos dispositivos establecen claramente la formalidad bajo la cual se debe emitir el pronunciamiento de la Entidad en los procedimientos de liquidación. Esto es, (de acuerdo al Artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) que ella se efectúe a través de ACTO

RESOLUTIVO ó ACUERDO DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO en el PLAZO previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones (Artículo 269°.- Dentro del plazo máximo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguiente), caso contrario se tendrá por aprobada la Liquidación presentada por el contratista para todos los efectos legales.

Que en ese contexto no habiendo previsto la normativa de contrataciones en los artículos de referencia, ni en ningún otro dispositivo legal; que presentada la liquidación de obra por el contratista esta pueda ser observada por cualquier funcionario de la Entidad a través de cualquier documento; se evidencia la invalidez de dichos documentos e informes emitidos por los subordinados de la Entidad, debido a una interpretación errónea e inaplicación de los dispositivos legales de referencia; la transgresión a la normativa de contrataciones, y el abuso de autoridad con el cual habría procedido los funcionarios de la Entidad demanda.

Consecuentemente, al no haber emitido pronunciamiento la Entidad dentro del plazo, habría quedado consentida la liquidación presentada por nuestra representada. Resultando por tanto sin efecto e inaplicable a nuestro contrato la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, mediante la cual se aprueba la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra "MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURAVIAL HINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS

QDA. EL ALISO. QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA".

Sobre la segunda pretensión principal

NOVENO: Del mismo modo; y, no obstante la contundencia y claridad de lo antes mencionado, al no haber emitido pronunciamiento la Entidad dentro del plazo, ya sea observando la liquidación presentada por nuestra representada a través de resolución o acuerdo debidamente fundamentado, o elaborando y notificando otra liquidación, habría quedado consentida la liquidación presentada por nuestra representada; solicitando por tanto SE DECLARELA VALIDEZ Y SE RATIFIQUE EL CONSENTIMIENTO de la Liquidación de Obra elaborada por mi representada y que fuese presentada a la Entidad el día 13 de Agosto del 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP de fecha 12 de Agosto del 2009, con un saldo a nuestro favor ascendente a la suma de S/. 7,306.70 (SIETE MIL TRESCIENTOSCON 70/100 NUEVOSSOLES), incluido IGV, como se indica en el mencionado documento.

Sobre la tercera pretensión

DÉCIMO: Con fecha 31 de Julio del 2007, mediante Carta No 042-2007/DRMP de fecha 26 de Julio del 2007, mi representada, presentó al entonces Inspector de Obra Ing. Alberto Díaz Villegas, la Solicitud del Adicional N° 01, por el monto Total de S/. 7,306.70 por la Reformulación del Expediente Técnico, debido a las fallas detectadas y comunicadas de forma reiterada al inspector y a la Sub Gerencia de Supervisión de Infraestructura de la Municipalidad, mediante Carta N°

001-2007/DRMP de fecha 05 de Enero del 2007, Carta N° 015-2007/DRMP de fecha 13 de Marzo del 2007; y que fueran autorizadas por referido inspector y demás funcionarios de la Entidad, conforme se acredita con:

La Carta N° 032-2007-ADV-10-SGSCO-GI-MPCde fecha 07 de Julio del 2007, a través de la cual se nos notifica el expediente reformulado, AUTORIZA ejecución de modificaciones y TRAMITE del expediente deductivo, así como del adicional que tiene Resolución Firmada por la Gerencia de Infraestructura, Sub Gerencia de Obras y Asesoría Legal.

El Adicional N° 01 por Mayores Metrados, donde se Consideraba mayores Metrados realizados por mi Representada para cumplir metas, el mismo que fue verificado por el Inspector Elio Quiroz Aceijas y Aprobado, contó además con la opinión Favorable del Sub gerente de Supervisión y Liquidación de Obras y la opinión favorable del Asesor Legal.

El Informe Legal N° 061-2008-CIG-AL-GIOP-MPC a través de la cual la Oficina de Asesoría Jurídica de la Gerencia de Infraestructura considerando la reformulación del expediente técnico en mención, y la solicitud justificada del contratista opina por la procedencia de la aprobación del Adicional de Obra. La Resolución de Gerencia Municipal S/N y con visto de la Gerencia de Infraestructura, Sub Gerencia de Estudios y Proyectos, y la Oficina de Asesoría Jurídica de la Gerencia de Infraestructura, en virtud de la cual la Entidad nos NOTIFICA, AUTORIZA Y GARANTIZA, que con la finalidad de lograr los objetivos del proyecto, se aprueba el Adicional N° 01 por

Reformulación de Planos y Especificaciones Técnicas, por el monto de S/. 7,306.70 (SIETE MIL TRESCIENTOS CON 70/100 NUEVOS SOLES), equivalente al 2.62% del monto del contrato original.

No obstante a los documentos antes citados, al presupuesto y demás documentos que se anexaron al Expediente para el trámite del Adicional de Obra N° 01. Mediante la cuestionada Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, se advierte (cuarto y quinto párrafo de los considerandos de la referida Resolución) que la Entidad sin debido sustento, y peor aun basándose en la información errada y contradictoria contenida en el Informe Legal N° 175-2009-CIG-AL-GI-MPC de fecha 10 de setiembre del 2009, y la Carta W 0302009-0LO-SGSLO-GI-MPC de fecha 15 de octubre del 2009, decide que la Oficina de Liquidación de Obras, elabore y notifique la Liquidación Financiera SIN INCLUIR el solicitado Adicional de Obra, hecho que es observado por nuestra representada mediante Carta S/N de fecha 28 de octubre del 2009, por haber sido notificada fuera del plazo establecido en el Artículo el 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es el 16 Octubre del 2009, 62 días después de que presentáramos la Liquidación de la Obra (13 de Agosto del 2009).

Que en ese contexto, considerando que para la ejecución de los mayores metra dos por la reformulación del expediente técnico en el diseño de estribos, zapatas y proceso constructivo, se ha utilizado materiales, mano de obra, y otros gastos, que la Entidad sin el debido sustento a suprimido del presupuesto de obra presentado por nuestra representada en la Liquidación Final de Obra de fecha 13 de Agosto

del 2009, ocasionándonos fuertes daños económicos, solicitamos a su digna investidura que ordene a la Entidad demandada la cancelación del SALDO A NUESTRO FAVOR resultante de la Liquidación de Obra elaborada por mi representada, la misma que asciende a la suma de S/. 7.306.70 (SIETE MIL TRESCIENTOS SEIS CON 07/100 NUEVOS SOLES), incluido IGV. Por el concepto del Adicional N° 01 Reformulación del Expediente Técnico.

En su defecto considerando que la ejecución de las referidas partidas adicionales se han efectuado para cumplir con el objetivo del contrato. y basándose en la Buena Fe Contractual derivada de las autorizaciones emitidas por el inspector de obra a cargo y demás funcionarios de la Entidad, y porque eran indispensables para garantizar la seguridad y buen funcionamiento de la infraestructura, solicitamos se ordene su cancelación como INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS y PERJUICIOS causados por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, al haber ejecutado dicha prestación sin recibir la correspondiente contraprestación; ello pues resulta claramente deducible que existirían prestaciones insatisfechas que de ninguna manera pueden quedar sin su correspondiente contraprestación, pues como resulta lógico, las mismas han demandado una inversión dineraria significativa, que evidentemente han causado un desmedro económico para nuestra representada; así como, un incremento indebido del patrimonio de la Entidad demandada, hecho que de ninguna manera es permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

Como resulta claro, en el presente caso se habría dado un caso típico

de Enriquecimiento Sin Causa, ello pues se presentan claramente sus cuatro requisitos fundamentales:

- Un enriquecimiento: que implica el aumento del patrimonio del enriquecido o demandado; que en el presente caso está representado por todas y cada una de las prestaciones (contenidas en la ejecución de mayores metrados ejecutados) efectuadas por mi representada a favor de la Entidad demandada; trabajos indispensables para cumplir con el objeto del contrato, que si bien es cierto no fue aprobado resolutivamente por la Entidad demandada, también es cierto de que el mismo fue tramitado formalmente ante la misma (a través del Inspector) mediante Carta s/n con fecha 12 de Junio del 2012, siendo de imprescindible e ineludible importancia para poder cumplir con la meta contratada, por lo que se tuvo obligatoriamente que ejecutar.

- Un empobrecimiento: que implica toda disminución del patrimonio de una persona, pudiendo efectuarse mediante una disminución del activo; o en un no aumento del activo; que en el presente caso está representado por todo el dinero, el tiempo; así como el aparato logístico utilizado para ejecutar las prestaciones anteriormente mencionadas.

- Relación de Causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento: es decir que la disminución de patrimonio experimentada por el empobrecido va a convertirse en el incremento del patrimonio experimentado por el enriquecido; donde el empobrecimiento representa la causa y el enriquecimiento el efecto; que evidentemente se ha presentado, ello dado que la

inversión de dinero, tiempo y aparato logístico se ha dado en beneficio de la obra que se encuentra bajo la esfera de custodia de la Entidad demandada.

- La ausencia de culpa: que implica que el enriquecimiento debe de carecer de una causa que lo justifique, conforme al ordenamiento jurídico positivo, que en el presente caso sería que las prestaciones han sido efectuadas fuera del marco del contrato de obra y de la normativa aplicable.

Sobre la cuarta pretensión

DÉCIMO PRIMERA: Con fecha 07 de Noviembre del 2007, mediante Carta N° 105-2007/DRMP de fecha 05 de Noviembre del 2007, mi representada, presentó al Inspector de Obra Ing. Elio Quiroz Aceijas, una nueva Solicitud del Adicional N° 01, por el monto Total de S/. 21,146.48 por la Ejecución de Mayores Metrados, debido a las fallas y vicios ocultos detectados y comunicados de forma reiterada al inspector y a la Sub Gerencia de Supervisión de Infraestructura de la Municipalidad, mediante Carta N° 001-2007/DRMP de fecha 05 de Enero del 2007, Carta N° 015-2007/DRMP de fecha 13 de Marzo del 2007; y que fueran autorizadas por el entonces inspector Ing. Alberto Díaz Villegas y demás funcionarios de la Entidad, conforme se acredita con Carta N° 032-2007-ADV-IO-SGSCO-GI-MPC de fecha 07 de Julio del 2007, a través de la cual se nos notifica el expediente reformulado, AUTORIZA ejecución de modificaciones y TRAMITE del expediente deductivo, así como del adicional. El Informe N° 180-2007-EQAjIO-SGSLO-GIOP-MPC de fecha 23 de Noviembre del 2007, en la que el

nuevo inspector asignado Ing. Elio Quiroz Aceijas, luego de evaluar el caso, ratifica que la Entidad ha procedido a reformular el expediente técnico en lo que se refiere al diseño de estribos, zapatas y proceso constructivo, que han generado mayores metrados en las partidas de: soldado de zapatas, concreto en zapatas, concreto en estribos, concreto en alas, acero en zapatas, acero en estribos, acero en losa, acero en vigas, acero en diafragmas, encofrado y desencofrado en losa rnacisa, entre otras. Asimismo manifiesta; que el anterior inspector AUTORIZO a nuestra representada a realizar las modificaciones de obra de acuerdo al nuevo expediente, y la procedencia a formular el expediente de adicional y deductivo respectivo. Asimismo sostiene, que teniendo en cuenta el ítem anterior considera que ha sido necesario la ejecución de las partidas adicionales para cumplir con el objetivo del contrato; por lo que en el punto VI de su informe recomienda aprobar el Adicional de Obra N° 01 y el Deductivo N° 01 no vinculante vía Resolución de Gerencia Municipal, aclarando que el Deductivo ya fue descontado en la última valorización. El Informe Legal N° 061-2008-CIG-AL-GIOP-MPC a través de la cual la Oficina de Asesoría Jurídica de la Gerencia de Infraestructura considerando la reformulación del expediente técnico en mención, y la solicitud justificada del contratista opina por la procedencia de la aprobación del Adicional de Obra.

No obstante a los documentos antes citados, al presupuesto y demás documentos que se anexaron al Expediente para el trámite del nuevo Adicional de Obra N° 01. Mediante la cuestionada Resolución de Gerencia N° 491-2010·GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, se advierte (cuarto y quinto párrafo de los considerandos de la referida

Resolución) que la Entidad sin el debido sustento, y peor aún basándose en la información errada y contradictoria contenida en el Informe Legal N° 175-2009-CIG-AL-GI-MPC de fecha 10 de setiembre del 2009, y la Carta N° 030-2009-0LO-SGSLO-GI-MPC de fecha 15 de octubre del 2009, decide que la Oficina de liquidación de Obras, elabore y notifique la Liquidación Financiera SIN INCLUIR los solicitados Adicionales de Obra, hecho que es observado por nuestra representada mediante Carta S/N de fecha 28 de octubre del 2009, por haber sido notificada fuera del plazo establecido en el Artículo el 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es el 16 Octubre del 2009, 62 días después de que presentáramos la Liquidación de la Obra (13 de Agosto del 2009).

Que en ese contexto, considerando que para la ejecución de los mayores metrados por la reformulación del expediente técnico en el diseño de estribos, zapatas y proceso constructivo, se ha utilizado materiales, mano de obra, y otros gastos, que la Entidad sin el debido sustento a suprimido del presupuesto de obra presentado por nuestra representada en la liquidación Final de Obra de fecha 13 de Agosto del 2009, ocasionándonos fuertes daños económicos, solicitamos a su digna investidura que ordene a la Entidad demandada la cancelación de una INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS y PERJUICIOS CAUSADOS POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA LA SUMA DE S/. 21,146.48 (VEINTIUN MIL CIENTO CUARENTA y SEIS CON 48/100 NUEVOS SOLES), derivado del Adicional N° 01 por Mayores Metrados ejecutados en obra, pues la ejecución de las referidas partidas adicionales se han efectuado para cumplir con el objetivo del contrato, porque eran indispensables para garantizar la

seguridad, buen funcionamiento de la infraestructura, y basándose en la Buena Fe Contractual derivada de las autorizaciones emitidas por el inspector de obra a cargo y demás funcionarios de la Entidad.

DÉCIMO SEGUNDA: El 23 de Agosto del 2007, mediante Carta N° 077-2007jDRMP de fecha 21 de Agosto del 2007, mi representada, presentó de manera oportuna al Inspector de Obra Ing. Elio Quiroz Aceijas, el Expediente de Ampliación de Plazo No 02, debidamente sustentado y cuantificado por el plazo total de 45 días por desfase de reestructuración de expediente técnico, para su revisión y trámite respectivo.

No obstante al procedimiento realizado, y a los documentos que se anexaron al Expediente para el trámite de la Ampliación de Plazo N° 02. Mediante la cuestionada Resolución de Gerencia N° 491-2010·GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre del 2010, se advierte (décimo tercer párrafo de los considerandos de la referida Resolución) que la Entidad sin el debido sustento, más que la simple indicación que el contratista no ha acreditado la aprobación de la ampliación de plazo N° 02, decide aplicarnos la penalidad por el retraso injustificado de 40 días calendarios, ascendentes a S/. 27,863.08; por no haber cumplido supuestamente con terminar la ejecución de la obra en el plazo establecido en el contrato de obra y la ampliación de plazo N° 01 aprobado.

En esa línea, considerando que nuestra representada (a través del residente de obra) habría cumplido con dejar constancia en el cuaderno de obra las circunstancias que ameritan la Ampliación de

Plazo No 01 y 02; Y que, con fecha 23 de Agosto del 2007 siguiendo el procedimiento establecido por la norma antes citada, mediante Carta N° 077-2007/DRMP, se solicitó ante el Inspector de Obra a cargo, la Ampliación de Plazo N° 02. Lo considerado en el Décimo Tercer párrafo de la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, corno en cualquier otro documento emitido por la Entidad sobre este punto, carece de validez al Infringir claramente lo establecido en el referido Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Toda vez que este dispositivo establece expresamente que ante la ausencia de la resolución que se pronuncie sobre la solicitud de ampliación de plazo, en el término máximo de 10 días siguientes a la recepción del informe del inspector, se considerará ampliado el plazo solicitado por el contratista, en nuestro caso los 45 días peticionados.

En consecuencia, al no haber emitido pronunciamiento la Entidad dentro del plazo, habría quedado consentida la Ampliación de Plazo N° 02, por 45 días calendarios peticionados por nuestra representada. Resultando por tanto sin efecto e inaplicable a nuestro contrato la penalidad por el retraso injustificado de 40 días calendarios ascendentes a S/. 27,863.08, supuestamente por no haber cumplido con terminar la ejecución de la obra en el plazo establecido. Como prueba de lo último y ante la negativa del personal que labora en la Entidad demandada de recibir nuestros documentos, se logró notificar con intervención Notarial el día 16 de Junio del 2009, la Carta N° 038-2009/DRMP, y el Formato de Declaración Jurada de Silencio Administrativo Positivo, a través de la cual se comunicó el Consentimiento de la Ampliación de Plazo, por falta de

pronunciamiento de la Entidad dentro del plazo.

En ese contexto, habiendo quedado demostrado el Consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 02 por 45 días, y la Ampliación de Plazo N° 01 por 92 días calendarios aprobados mediante Resolución de Gerencia N° 096-2007-GM-MPC de fecha 05 de octubre del 2007 (tal como se evidencia de la lectura del Décimo Segundo párrafo de la misma Resolución de Gerencia N° 4912010-GI-MPC) corresponde que la Entidad demanda también reconozca el pago de los mayores gastos generales debidamente acreditados y que no han sido efectivizados a la fecha.

En consecuencia, habiendo sido generada las solicitadas ampliaciones de plazo por causas no atribuibles a nuestra representada, sino por razones de incompatibilidad, reformulación y desfase de restructuración del expediente técnico, corresponde que la demandada cumpla con hacer efectivo el pago de S/. 27,796.02 (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 02/100 NUEVOS SOLES), por Mayores Gastos Generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 01 y 02, conforme se detalle en los anexos de la presente demanda: Anexos I-T Determinación de Gastos Generales por Ampliación de Plazo No 01 y 02; Anexo I-S Planilla de Pago de Trabajadores en Obra por el importe de S/. 10,500.00, (DIEZ MIL QUINIENTOSCON00/100 NUEVOSSOLES) mensuales; y Anexo I-V Alquiler de Camioneta Desplazamiento Obra por el importe de SI. 6,000.00 (SEIS MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) mensuales.

DÉCIMOTERCERA: Que asimismo, considerando que el artículo 215°

del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que la garantía de fiel cumplimiento del contrato debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final de la obra; existiendo controversias con respecto a la liquidación, nos hemos visto obligados a renovar periódicamente la garantía otorgada, la cual ha venido generando gastos de mantenimiento y renovación de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo del 2015 en la que fue ejecutada arbitrariamente (por el importe total de S/. 5,000.00); razón por la cual solicitamos su efectivización por el importe de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), conforme se detalle en el anexo de la presente demanda: Anexo I-U Cronograma de Gastos por Renovación Conforme a lo expuesto en el Décimo Primero, Décimo Segundo y Décimo Tercero punto de la presente demanda, resulta claramente deducible que existirían prestaciones insatisfechas que de ninguna manera pueden quedar sin su correspondiente contraprestación, pues como resulta lógico, las mismas han demandado una inversión dineraria significativa, que evidentemente han causado un desmedro económico para nuestra representada; así como, un incremento indebido del patrimonio de la Entidad demandada, hecho que de ninguna manera es permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello es importante precisar que en el presente caso se ha dado un caso típico de Enriquecimiento Sin Causa, ello pues se presentan claramente sus cuatro requisitos fundamentales; así tenemos:

- Un enriquecimiento: que implica el aumento del patrimonio del enriquecido o demandado; que en el presente caso está

representado por todas y cada una de las prestaciones (contenidas en la ejecución de mayores metrados ejecutados y nuevas partidas) efectuadas por mi representada a favor de la Entidad demandada; obras indispensables para cumplir las metas, debidamente autorizados por el inspector, y demás funcionarios; la misma que si bien es cierto no fue aprobado resolutivamente por la Entidad demandada, también es cierto de que el mismo fue tramitado formalmente ante la misma (a través del Inspector) mediante Carta s/n con fecha 12 de Junio del 2012, siendo de imprescindible e ineludible importancia para poder cumplir con la meta contratada, por lo que se tuvo obligatoriamente que ejecutar.

- Un empobrecimiento: que implica toda disminución del patrimonio de una persona, pudiendo efectuarse mediante una disminución del activo; o en un no aumento del activo; que en el presente caso está representado por todo el dinero, el tiempo; así como el aparato logístico utilizado para ejecutar las prestaciones anteriormente mencionadas.

- Relación de Causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento: es decir que la disminución de patrimonio experimentada por el empobrecido va a convertirse en el incremento del patrimonio experimentado por el enriquecido; donde el empobrecimiento representa la causa y el enriquecimiento el efecto; que evidentemente se ha presentado, ello dado que la inversión de dinero, tiempo y aparato logístico se ha dado en beneficio de la obra que se encuentra bajo la esfera de custodia de la Entidad demandada.

- La ausencia de culpa: que implica que el enriquecimiento debe de carecer de una causa que lo justifique, conforme al ordenamiento jurídico positivo, que en el presente caso sería que las prestaciones han sido efectuadas fuera del marco del contrato de obra y de la normativa aplicable.

Sobre la quinta pretensión

DÉCIMOCUARTA: Con fecha 09 de Febrero del 2015, mediante Carta S/N el Banco Interbank, nos comunica que ante la solicitud de ejecución de la Carta Fianza N° 40041-24 v/22.12.2014 (de fecha 02 de Febrero del 2015), ha procedido a honrarla mediante cheque de gerencia a nombre de la Entidad demandada por el importe SI. 5,000.00 (CINCOMIL CON00/100 NUEVOSSOLES).

Que al respecto debernos evidenciar el indebido proceder de la Entidad, quien de manera arbitraria pese a que la Carta Fianza había sido renovada (se encontraba vigente hasta el mes de marzo del 2015) y a que existían controversias pendientes por resolver; ha procedido a ejecutar la referida Carta Fianza entrega corno Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, sin justificación alguna, ocasionándonos más daños económicos. Por lo que solicitarnos a su digna investidura, ordene a la Entidad demandada cumpla con hacer efectiva la devolución de la suma de S/. 5,000.00 (CINCO MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), derivada de la ejecución arbitraria de la garantía en el mes de Febrero del presente año.

Sobre la sexta primera pretensión

DÉCIMO QUINTA: Sin perjuicio de la expuesto en el Octavo y Noveno punto de la presente demanda; considerando que el 23 de Agosto del 2007, mediante Carta N° 077-2007 /DRMP de techa 21 de Agosto del 2007, mi representada, presentó de manera oportuna al Inspector de Obra Ing. Elio Quiroz Aceijas, el Expediente de Ampliación de Plazo N° 02, debidamente sustentado y cuantificado por el plazo total de 45 días por desfase de reestructuración de expediente técnico, para su revisión y trámite respectivo; (tal como lo sustentáramos en el Décimo Segundo punto de la presente demanda), al no haber emitido pronunciamiento la Entidad dentro del plazo previsto en el Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; habría quedado Consentida la Ampliación de Plazo N° 02, por 45 días calendarios peticionados por nuestra representada. Resultando por tanto sin efecto e inaplicable a nuestro contrato la penalidad por el retraso injustificado de 40 días calendarios ascendentes a S/. 27,863.08, supuestamente por no haber cumplido con terminar la ejecución de la obra en el plazo establecido. Prueba de ello es la notificación con intervención Notarial de Carta N° 0382009/DRMP (fecha 16 de Junio del 2009), y el Formato de Declaración Jurada de Silencio Administrativo Positivo, a través de la cual se comunicó el Consentimiento de la Ampliación de Plazo, por falta de pronunciamiento de la Entidad dentro del plazo.

En consecuencia, habiendo quedado demostrado el Consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 02 por falta de pronunciamiento oportuno de la Entidad. Lo considerado en el Décimo Tercer párrafo de la

Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC (que aprueba la liquidación elaborada por la Entidad), como en cualquier otro documento emitido por la demandada sobre este punto, carece de validez; debiendo por tanto dejar SIN EFECTO la indebida aplicación de penalidad por el supuesto retraso injustificado, y ORDENE que la emplazada cumpla con hacer efectiva la devolución de la suma de S/. 27,863.08 (VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA y TRES CON 08/100 NUEVOS SOLES), retenida indebidamente.

Sobre la primera pretensión accesoria a la tercera y cuarta pretensión

DÉCIMO SEXTA: DE LOS INTERESES LEGALES: En cuanto al PAGO de intereses devengados por la no cancelación oportuna de la Liquidación Final de Obra y puesta a cobro a la Entidad, debemos señalar que toda obligación no cumplida en su debida oportunidad genera intereses conforme a lo dispuesto por el Artículo 1242° del Código Civil concordante con lo establecido en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado según el cual en caso de incumplimiento del pago por parte de la entidad, ésta reconocerá el pago de los intereses legales correspondientes, cuya tasa conforme a los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil, al no haberse pactado, corresponde al interés legal. Asimismo, cabe precisar que dichos intereses deberán ser calculados en virtud de lo dispuesto por el Artículo 1334° del Código Civil concordante con la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071°, establece que hay mora a partir de la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

En este sentido, no habiendo la Entidad demandante cancelado a nuestro favor las sumas dinerarias puestas a cobro en su debida oportunidad y ante una negativa injustificada es que corresponde se reconozca a nuestro favor los intereses legales devengados desde el a fecha en que ésta fue requerida para su pago.

Asimismo, considerando los intereses de los reajustes por la Fórmula Polinómica en el monto de S/. 7,341.98 (SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA y UNO CON 98/100 NUEVOS SOLES).reconocidos en nuestro favor por la misma Entidad en la Liquidación de Obra elaborada y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, y que fueran omitidos por nuestra representada; solicitamos se ordene la cancelen el referido monto.

Sobre la segunda pretensión accesoria a la tercera y cuarta pretensión

DÉCIMO SETIMA: DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS y PERJUICIOS: Que, ante el injustificado y arbitrario proceder de la Entidad, el cual nos obliga a iniciar el presente arbitraje, y considerando que el no pago oportuno de la suma de dinero puesta a cobro por nuestra representada, ha dado lugar a que dicho dinero sea solo una expectativa que bien pudo haberse invertido para obtener las ganancias que naturalmente generaría su movimiento económico; resulta evidente que dicha suma dineraria al estar en calidad de expectativa desde hace aproximadamente un año, nos ha generado daños y perjuicios que deben de resarcirse por la ilegal retención de la

suma antes indicada, en un monto no menor a S/. 10.000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES).

Con relación a esta pretensión, desarrollaremos los elementos generales que deben ser tomados en cuenta para establecer la existencia de la obligación de la Demandada de indemnizarnos adecuadamente.

Como se sabe, los elementos de la responsabilidad civil contractual son los siguientes:

- La existencia de un hecho dañoso constituido por una conducta antijurídica generada corno consecuencia de los actos administrativos materia de controversia y que han generado un inminente riesgo en contra de mi representada limitando su capacidad de libre contratación.
- La existencia de un nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño.
- La existencia de un factor atributivo de responsabilidad (o criterio de imputación).
- La existencia de un daño.

HECHO DAÑOSO / CONDUCTA ANTIJURÍDICA

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, definen plazos a ser cumplidos para las partes; así como define los procedimientos siendo que en nuestro caso actuamos en forma oportuna y dentro de los plazos que determina la normatividad, sin embargo situación diferente se ha producido en la Entidad quienes no

han respetado plazos ni procedimientos y contrariamente han emitido actos administrativos como la indebida aplicación de penalidades por el supuesto retraso injustificado, denegatoria de los adicionales tramitados y la ampliación de plazo N° 02 pese a tener la aprobación del inspector de la obra, ejecución arbitraria de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; así como la negativa a nuestra liquidación presentada, que me han generado agravio y consecuente daños y prejuicios a los intereses de mi representada.

NEXOCAUSAL

De conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil, la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañoso y el daño deber ser "directa e inmediata".

FACTORATRIBUTIVODE RESPONSABILIDAD: La Culpa de la Entidad.

Corno se apreciará de los hechos que sirven de sustento a nuestras pretensiones, existe una actuación dolosa de la Entidad en sus actuaciones administrativas, entre ellas del deber de proceder conforme al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; situación que hubiese generado que en forma oportuna se reconozca la liquidación presentada, no se me aplique indebidamente penalidades, ni mucho menos se ejecute la garantía de fiel cumplimiento.

DAÑO

Sustentamos la existencia y cuantía de los daños que injustamente ha sufrido mi representada y que de acuerdo a lo antes señalado deben

ser resarcidos por la Entidad, en los montos requeridos dado que como se ha precisado al encontrarse afectada nuestra capacidad de contratación el daño se sigue generando; situación que deberá ser considerados como LUCRO CESANTE Y en igual sentido como DAÑO EMERGENTE, es necesario tornar en consideración que nuestra credibilidad está quedando en juicio negativo y por lo tanto el prestigio como persona jurídica se ha destruido; que esta actitud de la Entidad no solo nos impiden contratar con personas jurídicas privadas sino también con el Estado ya que nuestras garantías se encuentran "atadas" con LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL.

Conforme se prueba con todas las documentales que se anexan, ante la actuación irregular de la Entidad nos hemos visto en la necesidad de asumir costos adicionales corno los que están documentados para evitar se pudiera afectar al proyecto; estos gastos asumidos nos han generados daños y perjuicios que corresponden sean reconocidos por la Entidad demandada, puesto que como estamos probando la misma ha actuado de manera sesgada y al margen de la norma al proceder a la resolución del contrato sin existir causas que realmente lo justificara; estando fundamentado y probado el lucro cesante y daño emergente.

Sobre la pretensión accesoria a todas las pretensiones

DÉCIMO OCTAVA: DE LOS COSTOS y COSTAS:
Que, ante el injustificado y arbitrario proceder de la entidad, el cual nos obliga a iniciar el presente arbitraje, es que, tal y corno lo dispone el Artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071 (norma que regula el arbitraje), a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral

determinará lo concerniente a los costos y costas arbitrales, siendo que el Artículo 70° del mismo cuerpo normativo, establece taxativamente que el Tribunal Arbitral fijará en el Laudo los costos del arbitraje, los mismos que comprenden:

a. Los honorarios y gastos del Árbitro,
b. Los honorarios y gastos del Secretaria,
c. Los gastos administrativos de la institución arbitral,
d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral,
e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje,
f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

En tal sentido, resulta obvio que el Laudo a emitirse en el presente proceso debe de ser taxativamente precisado, disponiendo que la Entidad demandada proceda a reconocer el 100% de los costos en que ha incurrido mi representada para asumir el presente arbitraje.

Es por lo expuesto precedentemente y en atención a las pruebas aportadas así corno a lo reconocido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento que corresponde amparar las pretensiones planteadas por nuestra Empresa.

5.3. <u>Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CAJAMARCA</u>:

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

Que, es totalmente cierto que entre el demandante y mi representada se celebró el Contrato de Obra N° 621-2006-MPC, de fecha 19 de Diciembre de 2006, dentro del Proceso de Selección por Adjudicación Directa Selectiva N° 0059-2006-MPC, para la ejecución de la Obra: Mejoramiento de la Infraestructura Vial Chinchimarca, Tramos Críticos Quebrada El Aliso, Quebrada Pajuro, y Quebrada Huayllapampa, por un monto equivalente a S/ .278,630.78 nuevos soles.

Que, es totalmente falso que la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre de 2010, se haya emitido extemporáneamente, por lo que es totalmente válida.

Que, dicha obra fue concluida dentro de los términos y las especificaciones técnicas considerados en el Expediente Técnico.

Que, debido a ello se procedió a firmar el Acta de Entrega y Recepción de Obra a los 12 días del mes de Noviembre de 2008, y recién el 13 de agosto de 2009, la parte demandante presentó ante la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, mediante Carta N° 067-2009/DRMP, el Expediente de Liquidación, considerando el Adicional N° 01 - Pendiente de pago por el importe de S/.7,306.70 nuevos soles, agregando la nota "en proceso judicial - 3° Juzgado Civil - Cajamarca", pese a haber transcurrido 8 meses de haberse firmado el Acta de Entrega y Recepción de Obra, lo cual vulnera en todo sentido la normatividad sobre contrataciones públicas.

Que lo antes, mencionado se ve reflejado en la remisión de la carta antes mencionada, a pesar de estar en trámite en ese momento un proceso judicial iniciado por el contratista; por lo tanto, todo acto administrativo que pudiese ser emitida por mi representada se encontraba pendiente a la consecución de una sentencia firme.

Es por ello que la resolución que se pretende declarar nula, fue emitida recién el 09 de diciembre de 2010, Y habiendo transcurrido el plazo de quince días, establecido para accionar su pretensión mediante Arbitraje, según lo establecido en su Artículo 26° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje esta no ha sido formulada dentro del plazo establecido por Ley, POR ENDE NO PROCEDE RECLAMO ALGUNO EN NINGUNA INSTANCIA ADMINISTRATIVA, JURISDICCIONAL O EXTRAJURISDICCIONAL POR TENER CARÁCTER DEFINITIVO.

Por lo tanto, la presente demanda debe ser declarada de plano IMPROCEDENTE.

Que, debido a ello, el demandante incumplió y trasgredió EL CONTRATO al interponer su demanda ante el Poder Judicial, y no como lo establecía LA CLÁUSULA antes mencionada, vulnerando una vez más lo establecido en la normatividad referidas a las contrataciones públicas.

Más aún, si la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 40° establece las cláusulas obligatorias en los contratos, siendo las que compete en el presente caso la establecida en el literal b),

señalándose: Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

Además, si nos remontamos a la ejecución del Adicional N° 01, por parte de la contratista, debemos señalar que esta se realizó fuera de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, ya que en su Artículo 41° se establece que: Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad. (el subrayado es nuestro)

Que, de manera concordante el Artículo 174° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala: Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adiciona/es hasta por el limite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y

precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinará por acuerdo entre las partes. (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el primer párrafo del artículo20r del Reglamento precisa que "Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario V la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original."(El subrayado es agregado).

De la disposición citada, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales implica, necesariamente, la ejecución de presupuestos que se encuentran fuera del alcance original del contrato, e involucran la erogación de mayores recursos públicos, motivo por el cual resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad, único funcionario competente para brindar tal autorización, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, la OPINIÓN N° 119-2012/DTN, concluye respecto a la aprobación de adicionales: No es posible la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, toda vez que la normativa de contrataciones del Estado establece que la aprobación previa del Titular de la Entidad es una condición necesaria para la ejecución de las referidas prestaciones, así como la observancia del procedimiento y plazos previstos en el artículo 207 del Reglamento.

Lo contrario, la aprobación de la ejecución de prestaciones adicionales en "vía de regularización", implicaría contravenir las disposiciones de dicha normativa.

Por lo tanto, el adicional incluido en su liquidación final de la obra, no es procedente, toda vez que no hubo autorización por parte del titular de la Municipalidad Provincial de Cajamarca para la ejecución de dicho adicional.

Por lo que dicha pretensión no tienen asidero lógico ni legal, lo cual conlleva a que su demanda sea declarada INFUNDADA por estar conforme a Ley lo actuado por mi representada.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la demanda

Que, el demandante solicita se declare la validez y el consentimiento de la Liquidación de Obra elaborada por ellos, por el monto de S/. 7,306.70 nuevos soles.

Que, nos remitimos a los fundamentos expuestos en el punto a) de nuestra contestación de demanda.

Asimismo, basamos nuestros fundamentos en la extemporaneidad de su demanda arbitral, puesto que su demanda judicial fue declara improcedente en segunda instancia mediante Auto N° 348-2013, de fecha 06 de setiembre de 2013, quedando consentida el mismo mes y año, y recién en marzo de 2014 presente hacer valer su derecho ante

mi representada, habiéndose vencido el plazo de caducidad prescrito por Ley.

Por ende, resulta IMPROCEDENTE su pretensión por haberse trasgredido la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el mismo Contrato de Obra N° 621-2006-MPC.

Sobre la Tercera Pretensión Principal de la demanda

Que, respecto a su tercera pretensión principal es totalmente improcedente, por devenir de un acto nulo, que ha trasgredido la normatividad de contrataciones públicas, ya que la misma Ley de Contrataciones del Estado indica que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo debe ceñirse a los supuestos de hecho señalados en las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, criterio similar establecido en la Resolución N° 1822011-TC-S4, donde el Tribunal de Contrataciones establece que la simple enunciación de la causal de nulidad resulta insuficiente para justificar la declaratoria de nulidad de cualquier proceso de selección, dicha nulidad debe encontrar fundamento en los hechos o vicios que la justifiquen, a fin de evitar que la decisión se limiten a apreciaciones in genere sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Asimismo, de acuerdo con CABANELLAS, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende

sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

Por lo tanto, al tratarse de un adicional que no fue realizado bajo la observancia de los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, resulta improcedente la cancelación del mismo, por los fundamentos expuestos anteriormente.

Sobre la cuarta pretensión principal de la demanda

Desvirtuamos con todo lo antes mencionado que mi representada haya incumplido con sus obligaciones contractuales previstas en el Artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que como se ha podido observar la responsabilidad no recae en mi representada sino que recae en el mal actuar del demandante, al no respetar la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al ejecutar un adicional sin autorización por parte de la autoridad competente, ni poseer la certificación presupuestal correspondiente, que incluso fue informado mucho después del plazo establecido por Ley, y de acuerdo a la Dirección Técnico Normativa del OSCE, NO CABE REGULARIZACIÓN. Tal como lo hemos señalado en nuestros fundamentos de hecho anteriores.

Además, cabe mencionar que se trata de una pretensión que ha caducado, por lo que el contratista ya no puede hacer valer su derecho en ninguna instancia administrativa, jurisdiccional o extrajurisdiccional, y por tales motivos debe declararse IMPROCEDENTE.

Sobe la Quinta Pretensión Principal de la demanda

Que, no procede la atención de su pretensión, ya que al ser el demandante quien cometió irregularidades en el presente proceso, dicha carta fianza debe ser considera como garantía del pago de indemnización que debe realizar a nuestro favor, tal como lo expondremos más adelante.

Sobre la Sexta Pretensión Principal de la demanda

Que, mi representada ha actuado conforme lo establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y al existir un retraso injustificado de 40 días calendarios en el plazo establecido para la ejecución de la obra, el mismo que no contó con autorización por mi representada, corresponde imponer la penalidad por mora por el monto establecido en la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, la misma que no puede ser materia de discusión por haber caducado el plazo establecido por Ley, para realizar el reclamo pertinente, desde la notificación de dicha resolución al contratista.

Sobre la Primera y Segunda Pretensión Accesoria a la Tercera y Cuarta Pretensión Principal y a la Pretensión Accesoria a todas las Pretensiones de la demanda

Que, su pretensión resulta IMPROCEDENTE, puesto que como lo hemos señalado en nuestros fundamentos anteriores, la resolución materia sub Litis se encuentra ajustada a Ley, por tanto no existe responsabilidad contractual recaída en mi representada, sino en el

actuar de mala fe del demandante, vulnerando la Ley de Contrataciones del Estado, y tratando de confundir a la autoridad administrativa, a sabiendas de que su pretensión ha caducado, por tanto no existe ninguna obligación de indemnización por parte de la Municipalidad Provincial de Cajamarca hacia el demandante, sino de parte del demandante a mi representada, por daños y perjuicios por el indebido proceder del contratista.

Que, todo ello en conformidad con el Articulo 1219° inc. 1 y 3, del Código Civil, de aplicación supletoria: Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; y, 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente (...)

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.

Por lo tanto, el Derecho de Indemnización le corresponde a mi representada; y quien deberá asumir el pago de los intereses legales devengados y el pago de costas y costos le corresponde a MARINO PORFIRIO DÍAZ RAMOS.

En atención a lo precedentemente expuesto, no resulta pertinente el pretender obligar a la Administración vía reconocimiento de derecho, el declarar FUNDADA su demanda, por carecer de asidero lógico y jurídico su pretensión, tal como lo hemos demostrado con los fundamentos antes señalados.

Debido a ello, solicitamos a usted, Señor Director de Arbitraje Administrativo, que e su debido momento declare INFUNDADA la demanda por no ajustarse a Ley la pretensión de la parte demandante.

VI. EN RELACIÓN A LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA ENTIDAD

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Que, el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su sétimo párrafo establece que: las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

Que, de manera concordante el Artículo 2150 del mismo cuerpo normativo prescribe: Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previstos en los artículos ... 176° ....

Que, las discrepancias sobre la presente demanda arbitral debieron ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles, conforme el Artículo 176° de la norma antes citas; sin embargo, ha transcurrido un plazo mayor al previsto, contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre de 2010. sin que se haya solicitado la conciliación o arbitraje,

por lo que deberá declararse FUNDADA la presente excepción de Caducidad.

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

"QUE EL TRIBUNAL SE DECLAREINCOMPETENTE PARA RESOLVERRESPECTOAL PAGO POR EL ADICIONAL N° 01, PAGO POR GASTOS GENERALESPOR LAS AMPLIACIONES DE PLAZO N° 01 Y 02, PAGOS DE GASTOS POR RENOVACION DE GARANTIAS E INAPLICACIÓN DE PENALIDAD MAXIMA POR MORA, RELACIONADAS CON LA CUARTA Y SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL; ASI COMO TAMBIEN, SE DECLARE INCOMPETENTE PARA RESOLVER RESPECTO AL PAGO DE INTERESESE INDEMNIZACION POR DAÑOS PERJUICCIOS, RELACIONADOS CON LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSION ACCESORIAS; POR ESTAR ORIENTADAS A MODIFICAR LA LIQUIDACION DEL CONTRATO Y NO CONSTITUIR MATERIA ARBITRABLE; Y, SE DISPONGA SU ARCHIVAMIENTO".

La presente excepción deberá declararse fundada por las razones que se indican:

a) La Entidad en la oportunidad de ampliar la contestación de demanda ha demostrado que la liquidación aprobada por la Entidad mediante Resolución N° 491-2010-GI-MPC se encuentra consentida al no haber existido ninguna observación de fondo de parte del demandante; lo cual prueba que el presente arbitraje sólo tendrá que resolver

controversias relacionadas al consentimiento y pago de saldo de liquidación. En el supuesto negado que la liquidación formulada por la Entidad no se encontraría consentida, se debe tener presente que según la demanda arbitral se advierte que la segunda y tercera pretensión de la demanda están relacionadas con el consentimiento y pago de saldo de liquidación formulada por el demandante, respectivamente; que en la cuarta y sexta pretensión, el demandante solicita el pago del Adicional N° 01 por mayores metrados por la suma de S/. 21,146.48 Nuevos Soles, el pago de gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 01 y 02 por la suma de S/. 27,796.02 Nuevos Soles, el pago de gastos de renovación y mantenimiento de garantía y la inaplicación de penalidad por mora por la suma de S/. 27,863.08 Nuevos; y, que la primera y segunda pretensión accesorias, están relacionadas con el pago de intereses no incluidos en la liquidación e indemnización por daños y perjuicios; lo cual ratifica que a través del presente arbitraje se resolverán las controversias relacionadas con el consentimiento y pago de saldo de liquidación.

b) Habiendo demostrado de manera indubitable que ambas partes coinciden que se encuentra en controversia el consentimiento y pago de la liquidación; corresponderá se advierta lo señalado en las normas de contratación pública al respecto.

c) Según el segundo párrafo del literal b), del Artículo 41 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respecto a la obligatoriedad de resolver las controversias a través de conciliación o arbitraje, ha establecido: "Dicha disposición no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto (el subrayado es nuestro)"; es decir, las materias antes señaladas han sido consideradas de manera expresa por las normas de contratación pública como no arbitrable; consecuentemente, teniendo en consideración que el Adicional N° 01 está referido a mayores metrados no previstos contractualmente, queda demostrado que esto no es posible resolver en el presente arbitraje. De otra parte, se debe tener en consideración que el enriquecimiento sin causa por la supuesta ejecución del Adicional N° 01 y que es objeto de la Cuarta Pretensión, "sólo puede ser invocado cuando la persona que ha sufrido el perjuicio no puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva satisfacción económica", conforme lo prevé el Artículo 1955 del Código Civil; por lo que, al estar probado que el mecanismo idóneo para reconocer la supuesta prestación adicional según criterio del propio demandante era el trámite de un adicional y que la Entidad se encontraba

imposibilitada para analizar la solicitud por haber sido presentada luego de culminado el contrato, según se ha demostrado en la ampliación de la contestación de la demanda; se determina la pretensión del demandante no es arbitrable y debe ser rechazada de plano.

d) De los literales precedentes, se determina que el Tribunal Arbitral debe declarar fundada la excepción de incompetencia formulada por la Entidad y disponer el archivo del arbitraje; al haber demostrado la imposibilidad de modificar los alcances de una liquidación consentida.

VII. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

Determinación de Puntos Controvertidos:

7.1. Mediante Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 17 de marzo de 2016, el Árbitro Único resolvió determinar los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución de Gerencia N° 491201O-GI-MPC de fecha 09 de diciembre de 2010, mediante la cual la Entidad aprobó la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra "Mejoramiento de la Infraestructura Vial Chinchimarca, Tramos Críticos Oda. El Aliso, Oda. Pajuro y Oda. Huayllapampa", por extemporánea.

2. Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista, y que fuera presentada a la Entidad el 13 de agosto de 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP del 12 de agosto de 2009, con saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de SI 7,306.70 (Siete mil Trescientos Seis y 70/100 Soles), incluido IGV.

3. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista el saldo resultante de la Liquidación final de la Obra elaborada por éste, cuyo monto asciende a la suma de S/. 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles), incluido IGV, por el Adicional N° 01 "Reformulación del Expediente Técnico", o en su defecto, determinar si corresponde que la Entidad pague al Contratista una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa, al haber ejecutado una prestación a su favor, sin recibir la respectiva contraprestación.

4. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 21,146.48 (Veintiún mil ciento cuarenta y seis y 48/100 Soles) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa derivado del Adicional N° 01 por mayores metrados ejecutados en la obra; la suma de S/. 27,796.02 (Veintisiete mil setecientos noventa y seis y 02/100 Soles) derivado de los Gastos Generales, al haber ejecutado prestaciones a su favor sin recibir la correspondiente contraprestación por las Ampliaciones de Plazo N° 01 Y 02; y, la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Soles) por gastos de

renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo de 2015.

5. Determinar si corresponde o no que la Entidad devuelva al Contratista el importe de la Carta Fianza entregada como Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles), la misma que fue ejecutada en el mes de febrero de 2015.

6. Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad por mora aplicada al Contratista, por un retraso de 40 días calendarios, ascendente a la suma de S/. 27,863.08 (Veintisiete mil ochocientos sesenta y tres y 08/100 Soles); y, en consecuencia, determinar si corresponde hacer o no efectiva la devolución de su retención, dispuesta mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC.

7. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista los intereses denegados desde la fecha en que se disponga, de ser el caso, el pago solicitado en la tercera y cuarta pretensión, hasta la fecha en que se realice el pago total. Asimismo, determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista los intereses de los reajustes por la fórmula polinómica reconocidos en la Liquidación de Obra elaborada por la misma Entidad por el monto de S/ 7,341.98 (Siete mil trescientos cuarenta y uno y 98/100 Soles).

8. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 soles) por

concepto de indemnización de daños y perjuicios causados al Contratista.

9. Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma el pago de las costas y costos incurridos por el Contratista.

Admisión de Pruebas:

En ese mismo acto, el Árbitro Único resolvió admitir las siguientes pruebas:

- Con relación al contratista

Se admite los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista en el acápite "VIII. MEDIOS PROBATORIOS" numerales del 1 al 22 de su escrito de Demanda presentado con fecha 18 de febrero de 2015. Asimismo, admite los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en el mismo acápite "VIII. MEDIOS PROBATORIOS", en el punto "Además ofrecemos como medios probatorios, los siguientes" numerales del 1 al 2.

EXHIBICIONAL:

Respecto del "Expediente Administrativo derivado del Contrato de Ejecución de Obra N° 621-2006-MPC, el que deberá contener el expediente técnico y todos los actuados realizados (incluyendo los documentos probatorios de referencia) desde el otorgamiento de la buena pro hasta la culminación de la obra; incluyendo nuestras

solicitudes de adicional y ampliación de plazo presentadas por reformulación del expediente técnico y mayores metrados"; medio probatorio admitido y que consta en el numeral 1 del acápite "VIII. MEDIOS PROBATORIOS", punto "Además ofrecemos como medios V probatorios, los siguientes" del escrito de demanda presentado con fecha 18 de febrero de 2015; el Árbitro Único otorga al Contratista el plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificado con la presente, a fin que precise qué documentos del Expediente Administrativo requiere que la Entidad exhiba.

En relación con el medio probatorio admitido y que constan en el numeral 2 del acápite "VIII. MEDIOS PROBATORIOS", punto "Además ofrecemos como medios probatorios, los siguientes" del escrito de demanda presentado con fecha 18 de febrero de 2015, el Árbitro Único otorga a la Entidad el plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir del día siguiente de suscrita la presente acta, a fin que remita copia fedateada del Cuaderno de Obra.

- Con relación a la Entidad

Se admite los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite "D. MEDIOS PROBATORIOS", literales a) y b), de su escrito de contestación de Demanda presentado con fecha 10 de abril de 2015.

Asimismo, el Árbitro Único admite los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite "III. MEDIOS PROBATORIOS",

numerales del 1 al 24, de su escrito presentado con fecha 26 de agosto de 2015.

De igual forma, se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite "1. MEDIOS PROBATORIOS", literal "A", de su escrito presentado con fecha 08 de setiembre de 2015.

Se deja constancia que no se han presentado impugnaciones u oposiciones a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Finalmente, el Árbitro Único se reservó el derecho a disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considerase conveniente, en virtud a lo establecido en el literal b. del artículo 46° del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y el artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 1071.

VIII. INFORMES ORALES.-

8.1. Mediante Resolución N° 6 de fecha 15 de marzo de 2017, se declaró el cierre de la etapa probatoria y, en consecuencia, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus respectivos alegatos finales.

8.2. Mediante escrito presentado con fecha 21 de abril de 2017, dentro del plazo conferido, el señor Marino Porfirio Díaz Ramos cumplió con presentar sus alegatos finales y, asimismo, solicitó al Árbitro Único citar a las partes a Audiencia de Informes Orales.

Mediante Resolución N° 7 de fecha 25 de abril de 2017, se dejo constancia que la Entidad no había presentado sus alegatos escritos. Se resolvió tener presente el escrito de alegato presentado por la demandante y, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día 8 de junio de 2017, a las 10:00 horas.

8.3. Con fecha 08 de junio de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustenten sus alegatos y conclusiones finales sobre la controversia; quienes informaron y respondieron las preguntas del Árbitro Único. Seguidamente, el Árbitro Único otorgó réplica a la parte demandante, concediéndose luego dúplica a la parte demandada.

IX. PLAZO PARA LAUDAR Y SU PRORROGA

9.1. En el Acta de la Audiencia de Informes Orales de fecha 08 de junio de 2017 se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.

9.2. Mediante Resolución Nº 9 de fecha 28 de junio de 2017, el Árbitro Único resolvió prorrogar el plazo para laudar en quince (15) días hábiles, computados a partir del día siguiente de notificada la referida Resolución a ambas partes.

X. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

i) Que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO;

ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Árbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas;

iii) Que, la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;

iv) Que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa y;

v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Árbitro Único deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando

su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declara infundada.

Asimismo, el Árbitro Único hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "*(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...*" (Sentencia de fecha 30/11/87) ([1])

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

XI. ANÁLISIS.-

Sobre la excepción de Incompetencia

La Entidad planteó la referida excepción solicitando que el Tribunal se declare incompetente para resolver respecto al pago por el adicional n° 01, pago por

[1] **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.** "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

gastos generales por las ampliaciones de plazo N°s. 01 y 02, pagos de gastos por renovación de garantías e inaplicación de penalidad máxima por mora, relacionadas con la cuarta y sexta pretensión principal; así como también, se declare incompetente para resolver respecto al pago de intereses indemnización por daños perjuicios, relacionados con la primera y segunda pretensión accesorias; por estar orientadas a modificar la liquidación del contrato y no constituir materia arbitrable; y, se disponga su archivamiento.

La excepción de incompetencia es el instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Árbitro. Se propone cuando se demanda ante un Árbitro que no es el determinado para conocer el proceso, en razón de la materia, para el caso arbitral.

Un "Proceso" que se sigue ante un Árbitro incompetente no tiene ninguna eficacia jurídica.

Entendemos que si una materia puede ser sometida o no a arbitraje está relacionada a su arbitrabilidad, la cual, es entendida como un concepto que atañe estrictamente a lo contractual, esto es, los asuntos susceptibles de arbitraje que están ligados directamente con cuestiones transables, es decir de libre disposición.

Como bien conocemos lo que determina y origina el arbitraje es el acuerdo de la partes plasmado en lo que se denomina el convenio arbitral, y a efecto de poder determinar si un arbitraje puede llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, deben verificarse varios presupuestos, entre ellos, que el acuerdo arbitral debe ser: (i) válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que

podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (ii) válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva)[2].

En puridad la arbitrabilidad objetiva es aquella que se refiere a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje.

Así, la inarbitrabilidad de los adicionales de obra no se contempló en el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante RLCAE).

El RLCAE establecía en su artículo 273°, lo siguiente:

> "***Artículo 273.- Arbitraje***
>
> ***Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc.***
>
> ***Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la***

[2] CAIVANO, Roque J. "Arbitrabilidad y Orden Público". En: Foro Jurídico. Ver: https://revistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fforojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F13801%2F14425&usg=AFQjCNH2zwzF3B6KnmJTQyoPqgjciS52EQ, p. 64.

conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.".

El artículo 265°[3] del RLCAE regulaba los adicionales de obra menores al 15% del monto total del contrato.

---

[3] **Artículo 265.- Obras adicionales menores al quince por cien (15%)**

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con disponibilidad presupuestal y resolución del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, y en los casos en que sus montos, por si solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, en el caso de obras adicionales que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales, sin perjuicio, de la verificación que realizará la Entidad previo a la emisión de la Resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios del adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente.

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial afectados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente.

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

La demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice las obras adicionales será causal de ampliación de plazo.

Lo que determina que los adicionales de obra menores al 15% si eran arbitrables conforme se puede apreciar del artículo 273° del RLCAE antes citado. Cabe precisar que en relación a los adicionales de obra superiores al 15% estos no eran arbitrables de conformidad con el segundo párrafo del artículo 41° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante LCAE).

En el presente caso se tiene que se tramitó un adicional de obra N° 01 que no superaba el 15% del monto del contrato original, por lo que, esta materia y todo aquella vinculada a la misma es objetivamente arbitrable, al no existir prohibición expresa establecida en la LCAE y el RLCAE.

Ahora en relación al argumento sobre que las pretensiones planteadas por el demandante buscan modificar la liquidación de contrato que a criterio de la demandada se encuentra debidamente consentida y por tanto el Árbitro Único no posee competencia para modificarla, es de establecer que en principio, el consentimiento de la liquidación es una materia controvertida en el presente proceso por ambas partes en relación a sus propias liquidación, cuestión que será analizada y determinada al realizarse el respectivo pronunciamiento.

No obstante es de aclarar que de forma liminar no existe prohibición o limitación alguna que demuestre la incompetencia del Árbitro Único para dirimir sobre el consentimiento de las liquidaciones realizadas por las partes.

En tal sentido corresponde declarar infundada la excepción de incompetencia planteada por la demandada.

Sobre la excepción de caducidad

La Entidad ha formulado excepción de caducidad sosteniendo que las discrepancias sobre la presente demanda arbitral debieron ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles, conforme el Artículo 176° de la norma antes citas; sin embargo, ha transcurrido un plazo mayor al previsto, contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC, de fecha 09 de Diciembre de 2010, sin que se haya solicitado la conciliación o arbitraje.

Sobre el particular en principio debemos señalar que de conformidad con el artículo 2004° del Código Civil, **los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario**.

En el presente caso son aplicables las normas referidas al Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, normas que por jerarquía normativa no son leyes y por tanto no pueden establecer plazos de caducidad.

En tal sentido, no es posible considerar que los plazos establecidos en dichas normas son de caducidad, por lo que, de forma previa la excepción planteada no es amparable.

Adicionalmente debe señalarse que el artículo 176° en el que sustenta la excepción de caducidad la Entidad es solo aplicable para el caso de bienes y servicios siendo que el presente tema es sobre ejecución de obras, por lo que no resulta aplicable dicho articulado.

CONSIDERANDO:

1. Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato de Obra N° 621-2006-MPC para la ejecución de la obra "MEJORAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURAVIAL CHINCHIMARCA, TRAMOS CRITICOS QDA. EL ALISO, QDA. PAJURO, y QDA. HUAYLLAPAMPA - CAJAMARCA, suscrito entre el señor Marino Porfirio Díaz Ramos, parte demandante, y la Municipalidad Provincial de Cajamarca, parte demandada.

En este sentido, el Árbitro Único deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido mediante el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 17 de marzo de 2016.

2. Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil y si bien no es aplicable a este caso, resulta claramente ilustrativa:

> *"**Artículo 196.- Carga de la prueba***
> *Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".*

---

3. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil, lo cual sirve de ilustración para este Árbitro Único.

Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

Sobre el primer punto controvertido

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC de fecha 09 de diciembre de 2010, mediante la cual la Entidad aprobó la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra "Mejoramiento de la Infraestructura Vial Chinchimarca, Tramos Críticos Qda. El Aliso, Qda. Pajuro y Qda. Huayllapampa", por extemporánea.

4. En relación a este punto tenemos que la demandante sostiene que la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC no posee efectos legales porque fue expedida de forma extemporánea al plazo que la norma establece.

---

5. En atención a ello, se tiene que el artículo 269° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante RLCAE), señala:

> ***"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.***
>
> ***Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.***
>
> ***La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.***

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de Precios Unitarios la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema de Suma Alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.".

6. Ahora de la revisión de los actuados se tiene que conforme lo ha señalado la demandante y no ha sido materia de negación o desvirtuado por la Entidad ni por el demandante que la obra fue culminada en fecha 25 de setiembre de 2009 y recepcionada en fecha 12 de noviembre de 2008, por lo que, el plazo para presentar la liquidación por parte del contratista aproximadamente venció en fecha 11 de enero de 2009.

7. No obstante, conforme lo ha señalado el demandante presento su liquidación de obra en fecha 13 de agosto de 2009 a más de 9 meses desde la fecha de recepción de la obra, situación que hace que su liquidación haya sido presentada de forma extemporánea y por lo tanto correspondía a la Entidad la elaboración de la misma.

8. Asimismo no se advierte alguna situación que justifique la presentación extemporánea de la liquidación de obra por parte del demandante.

9. Sin dejar de lado lo antes señalado y como punto de vital importancia es el hecho de que a la fecha de presentación de la liquidación por parte del demandante, se encontraba vigente y en trámite un proceso judicial en relación a la concesión del Adicional de Obra N° 01, tal es el caso, que el propio accionante consignó en su liquidación la nota "en proceso judicial - 3° Juzgado Civil - Cajamarca" en relación al Adicional N° 01 - Pendiente de pago por el importe de S/ 7,306.70 nuevos soles.

10. En ese sentido, el último párrafo del artículo 269° del RLCAE antes citado establece que **no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver**.

11. Por lo que existiendo en trámite un proceso judicial en relación al adicional de obra N° 01, no era posible que se proceda a realizar la liquidación del contrato de obra.

12. Más aún conforme se tiene de lo señalado por la Entidad en la Audiencia de Informes Orales, este proceso judicial fue culminado con la Resolución N° 13 emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en fecha 21 de octubre de 2009, declarando improcedente la demanda en segunda instancia.

13. Este hecho no ha sido negado ni desvirtuado por la demandante, en consecuencia, no era posible que se pueda realizar la liquidación del contrato de obra a la fecha en que fue presentada por el demandante.

14. Aun cuando el tema del adicional de obra debió o no dirimirse en un proceso arbitral, el solo hecho de existir un proceso judicial sobre el tema determinaba la existencia de una controversia que imposibilitaba la liquidación del contrato.

15. Ahora en relación a la liquidación del contrato realizada por la Entidad se tiene que la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC de fecha 09 de Diciembre del 2010 fue notificada en fecha 06 de enero de 2011, hecho que no ha sido negado ni desvirtuado por el demandante.

16. Considerando que el proceso judicial sobre el pago del Adicional de Obra N° 01, culminó en fecha 21 de octubre de 2009, el contratista debió presentar la liquidación de obra en fecha aproximada del 20 de diciembre de 2009.

17. Al no haberla hecho correspondía que la Entidad proceda a elaborarla y notificarla al demandante conforme procedió de acuerdo a la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC antes señalada.

18. Cabe precisar que si bien la Entidad contaba con el plazo de 60 días para elaborar la liquidación y que debió hacerlo en fecha promedio del 20 de febrero de 2010, recién procedió a realizar la liquidación y notificarla en fecha 06 de enero de 2011.

19. Si bien lo expuesto determinaría que la liquidación de la Entidad fue extemporánea, es de precisar que el artículo 269° del RLCAE no establece sanción alguna ante la extemporaneidad de la liquidación, tal es el caso que "aún cuando alguna de las partes hubiera presentado de forma extemporánea la liquidación de obra —lo cual quiere decir, que la hubiera presentado transcurridos los plazos iníciales que tenía el contratista y la Entidad para hacerlo—, se activará el procedimiento establecido en el artículo 269º del Reglamento"[4].

20. En consecuencia, ya sea que la liquidación del contrato de obra sea presentada de forma extemporánea por el contratista o por la Entidad, a partir de ese momento, serán de aplicación los plazos y el procedimiento

[4] Opinión N° 087-2008-DOP emitida por la Dirección de Operaciones del Consejo Superior de Contrataciones del Estado.

establecidos en el artículo 269º del Reglamento, incluido lo señalado en su tercer párrafo[5].

21. Por lo que, la liquidación notificada por la Entidad independientemente de que sea extemporánea, desde su sola notificación se reactiva el procedimiento de liquidación y se computan los plazos señalados en el artículo 269° del RLCAE.

22. En atención a ello de conformidad con el artículo 269° del RLCAE luego de notificada la liquidación de obra se tiene el plazo de 15 días siguientes para que se pronuncie el contratista.

23. Ahora se tiene que mediante documento presentado a la Entidad en fecha 11 de enero de 2011, el demandante procedió a observar la liquidación de obra notificada por parte de la Entidad.

24. Es de precisar que la Entidad niega que dicho documento constituya una observación de fondo a la liquidación, no obstante se verifica que independientemente que en el documento se solicite la nulidad del acto de la Entidad, de la revisión del mismo se puede apreciar que el Contratista discute el pago del adicional de obra N° 01 y de la penalidad, conceptos que están vinculados a la liquidación de obra, por lo que, dichos cuestionamientos si configuran una observación en los términos del artículo 269° del RLCAE.

25. En tal sentido, si bien no corresponde declarar la ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC (que contiene la

[5] *Ibídem.*

liquidación efectuada por la Entidad) por extemporánea, según lo expuesto anteriormente, por lo que la pretensiones del Contratista deviene en infundada en este punto; no se advierte que la Entidad se haya pronunciado sobre las observaciones realizadas por el Contratista, por lo que de conformidad con el cuarto párrafo del artículo 269° del RLCAE, se debería tener por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista mediante documento presentado en fecha 11 de enero de 2011.

Sobre el segundo punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista, y que fuera presentada a la Entidad el 13 de agosto de 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP del 12 de agosto de 2009, con un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles), incluido IGV.

26. Conforme se ha desarrollado precedentemente, a la fecha de presentación de la liquidación del contrato de obra por parte del demandante se encontraba en trámite y vigente el proceso judicial referido al Adicional de Obra N° 01.

27. En tal sentido, al existir una controversia en el ámbito judicial vigente al momento en que se elaboró la liquidación del contratista, no corresponde declarar el consentimiento de la liquidación de obra del demandante.

28. En consecuencia, no corresponde declarar la validez y el consentimiento de la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista, que fuera presentada a la Entidad el 13 de agosto de 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP del 12 de agosto de 2009, con un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles), incluido IGV.

Sobre el tercer punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista el saldo resultante de la Liquidación final de la Obra elaborada por éste, cuyo monto asciende a la suma de S/ 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles), incluido IGV, por el Adicional N° 01 "Reformulación del Expediente Técnico", o en su defecto, determinar si corresponde que la Entidad pague al Contratista una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa, al haber ejecutado una prestación a su favor, sin recibir la respectiva contraprestación.

29. Teniendo en cuenta que la liquidación de obra del demandante no debió ser presentada en la oportunidad en que se tenía vigente el proceso judicial en relación al pago del adicional de obra N° 01, por lo que no se ha considerado como válida y tampoco se ha tenido por valido el supuesto consentimiento alegado, no corresponde ordenar el pago solicitado.

30. Ahora en relación a que se disponga se indemnice al demandante por enriquecimiento sin causa al haberse ejecutado una prestación a favor

de la Entidad sin recibir la respectiva contraprestación, debe tenerse presente que si bien el demandante ha aportado medios probatorios tales como:

- El mérito de la carta N° 032-2007-ADV-IO-SGSCO-GI-MPC mediante el cual hace llegar el Expediente Reformulado y se solicita que se elaborare el expediente de Adicional.
- El mérito de la Carta N° 042-2007/DRMP; presento Adicional por Reformulación del Expediente Técnico con todos sus Anexos.

31. Estos solo demostraría que se realizó el trámite correspondiente para la aprobación del adicional de obra.

32. Adicionalmente debe tenerse presente que si bien el demandante alega haber ejecutado prestaciones adicionales y que las mismas fueron aprobadas por el inspector de obra, estas aseveraciones no han sido corroboradas ni acreditadas.

33. Tal es el caso que no se ha adjuntado los respectivos asientos del cuaderno de obra que permitan demostrar la ejecución del adicional. Asimismo, es de tener en cuenta que a fin de poder configurarse el enriquecimiento sin causa es acreditar que ha existido un enriquecimiento por parte de la Entidad a consecuencia de la ejecución de una prestación por parte del contratista sin que este haya sido retribuido.

34. Asimismo, es de establecer que la acción de enriquecimiento sin causa a tenor de lo establecido en el artículo 1955° del Código Civil es de

carácter residual, por lo que, tampoco se ha acreditado que se cumpla con esta condición a fin de proceder a reconocer el enriquecimiento sin causa.

35. En consecuencia no es posible acreditar la ejecución de dichas prestaciones y por tanto determinar que se reconozca y pague las mismas.

Sobre el cuarto punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 21,146.48 (Veintiún mil ciento cuarenta y seis y 48/100 Soles) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa derivado del Adicional N° 01 por mayores metrados ejecutados en la obra; la suma de S/ 27,796.02 (Veintisiete mil setecientos noventa y seis y 02/100 Soles) derivado de los Gastos Generales, al haber ejecutado prestaciones a su favor sin recibir la correspondiente contraprestación por las Ampliaciones de Plazo N° 01 y 02; y, la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Soles) por gastos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo de 2015.

36. La figura del Enriquecimiento sin Causa se encuentra contemplada en el artículo 1954° del Código Civil, en los siguientes términos:

> *"Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."*

37. Sobre el particular, la doctrina ha establecido determinados elementos que deben estar presentes para que se configura el enriquecimiento sin causa. En ese sentido, ORAMAS GROSS citado por CASTILLO FREYRE[6] señala lo siguiente:

> *"Oramas Gross advierte que "los elementos principales del enriquecimiento sin causa fueron advertidos inicialmente en dos sentencias muy importantes de la Corte de Casación Francesa (12 de mayo de 1914 y 2 de marzo de 1915), que señalaban que la acción por enriquecimiento sin causa debía regirse por cinco consideraciones especiales: "Es necesario que una persona se haya empobrecido; que otra se haya enriquecido; que haya un vínculo de causalidad entre el enriquecimiento de la segunda y el empobrecimiento de la primera; que el enriquecimiento no esté justificado por ninguna causa jurídica; y por último, que la persona empobrecida no tenga ningún otro medio de derecho para obtener que se le indemnice".*

38. En similar sentido, respecto de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa, se pronuncian LLAMBÍAS, VON TUHR y ENNECCERUS, todos ellos citados por CASTILLO FREYRE. De tal modo que podemos colegir que existe consenso en la Doctrina respecto de los elementos principales del enriquecimiento sin causa, siendo cuatro (4) de ellos de "fondo" y el último de ellos referidos a un tema

[6] ORAMAS GROSS, Alfonso citado por CASTILLO FREYRE, Mario en "Tienes Más; Tengo Menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento sin Causa", Pág. 8. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/129_Enriquecimiento_sin_causa.pdf. Lima, enero de 2009.

procesal (el no tener otra acción para ejercerlo, precepto que está recogido en el Artículo 1955 del Código Civil).

39. En consecuencia, siguiendo a LLAMBÍAS[7], los elementos "de fondo" para que se configure el enriquecimiento sin causa con los siguientes:

- El enriquecimiento del demandado.
- El empobrecimiento del demandante.
- La relación causal entre estos hechos.
- La ausencia de causa justificante entre estos hechos.

40. Sobre el particular, es de precisar que el demandante ha aportado como medios probatorios, ente otros, los siguientes:

- El mérito de la Carta N° 105-2007/DRMP de fecha 05/11/2007, presentado el Adicional N° 01 por mayores metrados, con todos sus anexos.
- El valor del Informe N° 180-2007-EQAjlO-SGSLO-GIOP-MPC, emitiendo pronunciamiento favorable sobre el adicional N° 01, en (3) folios.
- El mérito del Informe Legal N° 061-2008-CIG-AL-GIOP-MPC, donde el Asesor Legal emite opinión favorable del adicional N° 01.
- El mérito del Informe N° 014-2008-EQAjl0-SGSLO-GI-MPC de techa 22 de enero del 2006, al señor sub Gerente de Supervisión y Liquidación de Obras aprobando el Adicional N° 01.

[7] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, citado por CASTILLO FREYRE, Mario. Pág. 8. Op. Cit.

- Informe N° 206-2008-SGEP-GI-MPC, la Gerencia de Infraestructura aprueba el Adicional por mayores metrados.

41. Dichos documentos demostrarían la tramitación del adicional de obra, más no acreditan la ejecución del adicional de obra, adicionalmente no se ha adjuntado los asientos del cuaderno de obra que permitan corroborar la ejecución de las prestaciones adicionales de obra.

42. Por otro lado, existe una aparente confusión dado que el demandante ha solicitado 2 adicionales de obra con la misma numeración cuestión que determino una confusión en si era el mismo adicional de obra o si se trataba de 2 diferentes.

43. Asimismo conforme se advierte del artículo 1955° del Código Civil, la acción de enriquecimiento sin causa es residual, situación que no se ha determinado en el presente caso, por lo que, no es posible establecer la procedencia de la misma.

44. En atención a lo expuesto no corresponde amparar lo solicitado en relación al enriquecimiento sin causa.

- **Sobre gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1 y 2**

45. El primer párrafo del artículo 262° del RLCAE, señala:

> "**Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, el cual deberá ser presentado por el Residente al inspector o**

supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización lo elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de 30 días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.".

46. Sobre el particular el demandante no ha acreditado el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo antes citado en relación a la ampliación de plazo N° 1.

47. Asimismo debe tenerse en cuenta que en la Audiencia de Informes Orales la Entidad señalo que la ampliación de plazo N° 1 se dio por motivo de paralización de la obra, hecho que no fue negado ni desvirtuado por el demandante.

48. Por lo que, a fin de proceder al reconocimiento de los mayores gastos generales de dicha ampliación se requiere que los mismos sean acreditados de conformidad con el segundo párrafo del artículo 260° del RLCAE, que señala: "(...) **En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados**. (...)".

49. En ese sentido el demandante no ha acreditado los mayores gastos generales requeridos de la ampliación de plazo N° 1, y en estricto no corresponde reconocer los mayores gastos generales reclamados.

50. Por otro lado se tiene que el plazo de ejecución contractual, conforme lo ha señalado la Entidad y no ha sido negado ni desvirtuado por el demandante, venció en fecha 16 de agosto de 2007.

51. Siendo que la ampliación de plazo N° 2 fue presentada en fecha 23 de agosto de 2007, por lo que fue presentada de forma extemporánea.

52. En tal sentido no habiéndose acreditado el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 262° del RLCAE, no corresponde atender el pedido de pago de gastos generales.

53. A ello debemos tener en cuenta que en el caso de la ampliación de plazo N° 2 esta fue presentada extemporáneamente. Por lo que teniendo en cuenta que solo una aprobación de plazo aprobada genera el pago de mayores gastos generales de conformidad con el artículo 260°[8] del RLCAE, al no haberse aprobado la ampliación en mención tampoco hay derecho a los mayores gastos generales.

54. En consecuencia no corresponde amparar lo solicitado.

---

[8] **Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual**

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

(...)

- **Sobre gastos de renovación de cartas fianza**

55. Sobre el pedido de reconocer una indemnización en la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Soles) por gastos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo de 2015.

56. Debemos tener en cuenta que el artículo 215° del RLCAE señala:

> "**Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, <u>tener vigencia hasta</u> la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta <u>el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras</u>**.". (negrita y subrayado agregado)

57. Por lo que es una obligación legal que el contratista mantenga la vigencia de las garantías hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato de obra.

58. Asimismo el demandante no ha acreditado que haya cumplido con realizar los pagos correspondientes de la renovación de la garantía, el solo hecho de presentar un cronograma no implica el pago efectivo de las renovaciones.

59. Adicionalmente no se ha acreditado que en el presente caso se haya dado una actuación irrazonable de la Entidad y que por esta se haya tenido que mantener la garantía por un plazo mayor al debido.

60. En consecuencia tampoco corresponde una indemnización en la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Soles) por gastos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo de 2015.

Sobre el quinto punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad devuelva al Contratista el importe de la Carta Fianza entregada como Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles), la misma que fue ejecutada en el mes de febrero de 2015.

61. Sobre este punto, se tiene que en la Audiencia de Informes Orales, la Entidad señaló que la Carta Fianza que fue ejecutada fue la N° 40041-24 por el monto de S/ 5,000.00 soles por falta de renovación. Estos hechos no fueron negados ni desvirtuados por la demandante.

62. Asimismo se tiene que mediante Carta N° 175-2014-CF-UT-OGA-MPC notificada en fecha 15 de diciembre de 2014, la Entidad requiere al demandante la renovación de la carta fianza antes señalada.

63. Siendo que mediante Carta Notarial N° 007-2015-CF-UT-OGA-MPC notificada el 22 de enero del 2015, la Entidad procedió a requerir la

ejecución de la carta fianza por no haber sido renovada ante el requerimiento previo.

64. En ese sentido, el numeral 1 del artículo 221° del RLCAE, establece:

> "**Las garantías sólo se ejecutarán en los siguientes casos:**
>
> **1) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.**". (negrita y subrayado agregado)

65. De forma previa debemos recalcar que el hecho de que la Entidad haya ejecutado la carta fianza por no haber sido renovada no ha sido materia de negación o desvirtuada por el demandante.

66. En tal sentido de conformidad con el artículo 221° del RLCAE la Entidad procedió de acuerdo a ley y correspondía la ejecución de la carta fianza.

67. Del mismo modo, es de señalar que solo en la liquidación final se determinará si existe un saldo a favor o en contra de la Entidad.

68. En consecuencia, no corresponde que la Entidad devuelva al Contratista el importe de la Carta Fianza entregada como Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles), la misma que fue ejecutada en el mes de febrero de 2015.

Sobre el sexto punto controvertido

Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad por mora aplicada al Contratista, por un retraso de 40 días calendarios, ascendente a la suma de S/ 27,863.08 (Veintisiete mil ochocientos sesenta y tres y 08/100 Soles); y, en consecuencia, determinar si corresponde hacer o no efectiva la devolución de su retención, dispuesta mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC.

69. En principio el primer párrafo del artículo 222° del RLCAE, establece:

> "***En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta***.".

70. Esto es que a efecto de proceder con la aplicación de penalidades se debe incurrir en retraso injustificado.

71. Así tenemos que la naturaleza de las penalidades establecidas en la normativa de contratación pública está relacionada con la aplicación de

una sanción económica al contratista que no cumple con sus obligaciones de acuerdo a lo establecido en el contrato[9].

72. Por lo que basta que se compruebe la demora en el cumplimiento de alguna de las prestaciones a las que se encuentra obligado el contratista a ejecutar, le corresponderá a la Entidad aplicar la penalidad establecida en el artículo 222° del Reglamento[10].

73. Conforme se tiene de lo expresado por la demandada en la Audiencia de Informes Orales, la obra culmino en fecha 25 de setiembre de 2007, siendo que el plazo de ejecución contractual venció en fecha 16 de agosto de 2007, por lo que existe un retraso de 40 días en la ejecución de la obra, conforme se puede apreciar del siguiente cuadro[11]:

✓ Fecha inicio del plazo contractual : 16/02/2007

✓ Plazo contractual vigente y termino de plazo :

N°	DESCRIPCION	PLAZO (Días)	TERMINO PLAZO
1.	Plazo contractual	90	16/05/2007
2.	Ampliación de plazo N° 01	92	16/08/2007
3	Ampliación de plazo N° 02	EXTEMPORANEA	
	TOTAL	**182**	

✓ Fecha de culminación de ejecución de obra : 25/09/2007

74. Ahora se tiene que la ampliación de plazo N° 02 fue presentada mediante Carta N° 077-2007/DRMP en fecha 23 de agosto de 2007, por lo que, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución contractual estuvo

[9] Opinión N° 069-2009-DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
[10] *Ibídem.*
[11] Obtenido de la página 10 del escrito de Alegatos de la Entidad presentado en fecha 22 de mayo de 2017.

vigente hasta el 16 de agosto de 2007, la referida ampliación habría sido presentada en forma extemporánea.

75. Así, el primer párrafo del artículo 259° del RLCAE, determina:

> "**Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. <u>En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo</u>**. (...)". (negrita y subrayado agregado)

76. Conforme se aprecia de la parte final del párrafo antes citado, la ampliación de plazo debió ser presentada antes del vencimiento del plazo contractual, situación que determina que al no cumplirse con lo establecido en el RLCAE no proceda reconocer la ampliación de plazo solicitada.

77. En tal sentido, al haberse vencido el plazo de ejecución contractual sin haberse culminado con la obra configura un retraso injustificado que es

materia de la respectiva aplicación de penalidades de conformidad con lo establecido en el Contrato y con lo señalado en el RLCAE.

78. Por ende al encontrarse en un retraso injustificado y haberse aplicado correctamente las penalidades no corresponde devolución alguna de la retención realizada por la Entidad.

79. En consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad por mora aplicada al Contratista, por un retraso de 40 días calendarios, ascendente a la suma de S/ 27,863.08 (Veintisiete mil ochocientos sesenta y tres y 08/100 Soles); y, en consecuencia, tampoco corresponde hacer efectiva la devolución de su retención, dispuesta mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC.

Sobre el sétimo punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista los intereses devengados desde la fecha en que se disponga, de ser el caso, el pago solicitado en la tercera y cuarta pretensión, hasta la fecha en que se realice el pago total. Asimismo, determinar si corresponde o no que la Entidad pague al Contratista los intereses de los reajustes por la fórmula polinómica reconocidos en la Liquidación de Obra elaborada por la misma Entidad por el monto de S/ 7,341.98 (Siete mil trescientos cuarenta y uno y 98/100 Soles).

80. En relación a los intereses se tiene que en principio, debemos señalar que se entiende por intereses "**las cantidades de dinero que deben**

ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero."[12].

81. En palabras de Jiménez Vargas Machuca, constituyen un aumento que la deuda (ya sea de dinero o de bienes, aunque mayoritariamente estamos hablando de deudas pecuniarias) devenga de manera paulatina durante un período determinado, sea como renta del capital de que el acreedor se priva (precio por el uso y disfrute del dinero o del bien de que se trate), o sea como indemnización por un retardo en el cumplimiento de la obligación, fijándose según el tiempo transcurrido y la cuantía de la prestación debida[13].

82. Los intereses se clasifican por su fuente en convencionales y legales, en el caso del segundo término, es aquel consagrado por la ley, nace por imperio de ésta y sin la voluntad de las partes. La ley fija la obligación del deudor de pagar intereses.

83. En relación a los intereses debe tenerse presente que estos pueden ser reconocidos en la medida que exista previamente una obligación de pago correspondiente a una parte.

84. En tal sentido considerando que en el presente laudo no se ha reconocido monto alguno a favor del demandante no corresponde reconocer intereses.

---

[12] DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas. 1996, p. 282.
[13] JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura". En: Dike. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ver: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art28.PDF.

85. Respecto al pedido de intereses de los reajustes por la fórmula polinómica reconocidos en la Liquidación de Obra elaborada por la misma Entidad por el monto de S/ 7,341.98.

86. Debe precisarse que conforme se señalo en la Audiencia de Informes Orales, dicho monto fue cancelado en las valorizaciones respectivas, hecho que no fue negado ni desvirtuado por parte del demandante.

87. Por ello tampoco correspondería reconocer intereses de un monto ya cancelado, más aún, cuando el demandante no ha señalado que por ejemplo el pago fue tardío, lo que podría haber generado el derecho de intereses, situación que no es la que se ha dado en el presente caso.

Sobre el octavo punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios causados al Contratista.

88. Debe tenerse presente que a fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, debe tenerse presente los siguientes presupuestos:

- Daño: Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Se define como "todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado

sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"[14].

- Antijurídicidad: Se entiende a una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.

- Nexo Causal: Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado -causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva, los cuales serán expuestos más adelante[15].

- Factor de Atribución: Propiamente, se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar

[14] LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307

[15] LORENZO ROMERO, D. (Reseña de sobre, Mª Luisa ARCOS VIEIRA: Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. Ed. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 1.

daño a otro. Esta acepción de dolo cabria tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

89. Asimismo, debe tener presente que el artículo 1331° del Código Civil aplicable supletoriamente, establece: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.". Ello se condice, con la máxima procesal que quien afirma un hecho debe probarlo.

90. En ese sentido, la jurisprudencia italiana señala que: "Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba, al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero, sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño" (Casación N° 01092 de fecha 23 de abril de 1953)[16].

91. Ahora, dentro del régimen de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico se reconocen básicamente a los daños materiales llamados también patrimoniales y a los inmateriales denominados a su vez como no patrimoniales.

[16] BONASI BENUCCI, Eduardo. *La Responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: José M. Bosch Editor. 1958.

92. En el caso de los daños materiales, que por su contenido netamente patrimonial pueden ser expresados en dinero y acreditarse mediante un estudio y análisis de los mismos, tal es el caso, de un peritaje de daños, como por ejemplo, en el caso de obras públicas a través de un peritaje técnico emitido por un profesional en relación a la materia de los daños, así se tendría una situación de si una obra se ejecutó con concreto de menor o mayor calidad se puede acreditar con un estudio técnico de muestra de concreto emitido por un laboratorio especializado.

93. Ahora, en el caso de daños patrimoniales se tiene que los mismos se clasifican en daño emergente y lucro cesante.

94. En el primero se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a consecuencia de la producción del daño, siendo que en el caso, del lucro cesante, este se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir a ocurrencia de la circunstancia dañosa.

95. En esa línea, a efecto de poder probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que, se requerirá de medios probatorios que puedan corroborar que el bien objeto de daño se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado, así como, que determine la verificación concreta de la ocurrencia del daño. Por ejemplo, en el caso de obras, que la ejecución de una obra se haya ejecutado la misma sin la observancia del expediente técnico, impidiendo que la obra cumpla su finalidad, siendo

que dicha situación es corroborable mediante un peritaje técnico elaborado por un especialista debidamente acreditado.

96. Así, en el caso del lucro cesante, al tratarse de un daño que se produce en el tiempo, deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño, asimismo, deberá acreditarse que existía una probabilidad o expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del perjudicado, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico).

97. Por ejemplo, hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido[17].

98. En atención a lo expuesto, el lucro cesante puede demostrarse mediante cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte, inspecciones, entre otros, los que permitan determinar la existencia del no ingreso de un bien al patrimonio del perjudicado y que la probabilidad de dicho ingreso sea cierta y válida.

99. Como se ha afirmado precedentemente, los daños referidos a emergente y lucro cesante, son y pueden ser objeto de valoración

[17] CHIRONI, G.P. *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por Bernaldo de Quirós. Tomo 11. Barcelona: Editorial Reus SA, 1949.

pecuniaria, es decir pueden ser cuantificados, por ser inminentemente patrimoniales.

100. Ante tal situación, deberá evaluarse si la cuantificación ofrecida por quien solicita la indemnización corresponde a la realidad de los hechos o simplemente obedece a una alegación subjetiva y carente de sustento o corroboración objetiva documental.

101. Ahora, en relación al presente caso, debe tenerse presente que el demandante no ha acreditado ni probado los daños que reclama, por lo que no corresponde acceder a lo solicitado por el demandante.

102. En consecuencia, debe declararse infundada la presente pretensión, por los argumentos expresados.

Sobre los costos y costas del proceso

Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma el pago de las costas y costos incurridos por el Contratista.

103. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

104. Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del

arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

105. En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

106. Al respecto, este colegiado considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.

107. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que "Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)"[18].

[18] EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

108. Respecto al concepto de "gastos razonables", Huáscar Ezcurra Rivero señala que "(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento"[19].

109. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de la Entidad a lo largo del presente arbitraje.

110. Del desarrollo de los puntos controvertidos se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, por lo que corresponde que cada parte asuma los costos del presente proceso en partes iguales.

111. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.

[19] EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

SE RESUELVE:

1. **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de incompetencia formulada por la Entidad.

2. **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de caducidad planteada por la Entidad.

3. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde dejar sin efecto la Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC de fecha 09 de diciembre de 2010, mediante la cual la Entidad aprobó la Liquidación Técnica y Financiera de la Obra "Mejoramiento de la Infraestructura Vial Chinchimarca, Tramos Críticos Qda. El Aliso, Qda. Pajuro y Qda. Huayllapampa", debiendo tener presente lo establecido en el desarrollo del presente punto controvertido.

4. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde declarar la validez y el consentimiento de la Liquidación de Obra elaborada por el Contratista, y que fuera presentada a la Entidad el 13 de agosto de 2009, mediante Carta N° 067-2009/DRMP del 12 de agosto de 2009, con un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles), incluido IGV.

5. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde que la Entidad pague al Contratista el saldo resultante de la Liquidación final de la Obra elaborada por éste, cuyo monto asciende a la suma de S/ 7,306.70 (Siete mil trescientos seis y 70/100 Soles),

incluido IGV, por el Adicional N° 01 "Reformulación del Expediente Técnico", así como, tampoco corresponde que la Entidad pague al Contratista una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa, al haber ejecutado una prestación a su favor, sin recibir la respectiva contraprestación.

6. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde que la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 21,146.48 (Veintiún mil ciento cuarenta y seis y 48/100 Soles) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del enriquecimiento sin causa derivado del Adicional N° 01 por mayores metrados ejecutados en la obra; la suma de S/ 27,796.02 (Veintisiete mil setecientos noventa y seis y 02/100 Soles) derivado de los Gastos Generales, al haber ejecutado prestaciones a su favor sin recibir la correspondiente contraprestación por las Ampliaciones de Plazo N° 01 y 02; y, la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Soles) por gastos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza Bancaria hasta el mes de marzo de 2015.

7. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde que la Entidad devuelva al Contratista el importe de la Carta Fianza entregada como Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles), la misma que fue ejecutada en el mes de febrero de 2015.

8. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde que se deje sin efecto la penalidad por mora aplicada al Contratista, por un retraso de 40 días calendarios, ascendente a la suma

de S/ 27,863.08 (Veintisiete mil ochocientos sesenta y tres y 08/100 Soles); y, en consecuencia, no corresponde hacer efectiva la devolución de su retención, dispuesta mediante Resolución de Gerencia N° 491-2010-GI-MPC.

9. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que, no corresponde que la Entidad pague al Contratista los intereses devengados desde la fecha en que se disponga, de ser el caso, el pago solicitado en la tercera y cuarta pretensión, hasta la fecha en que se realice el pago total. Asimismo, no corresponde que la Entidad pague al Contratista los intereses de los reajustes por la fórmula polinómica reconocidos en la Liquidación de Obra elaborada por la misma Entidad por el monto de S/ 7,341.98 (Siete mil trescientos cuarenta y uno y 98/100 Soles).

10. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del demandante, por lo que no corresponde que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios causados al Contratista.

11. **ESTABLECER** que cada parte asuma el pago del 50% de los costos incurridos en el presente proceso, precisándose que cada parte debe asumir sus propios costos de defensa.

LUIS PUGLIANINI GUERRA
Árbitro Único