



CARGO

EXP: I689-2014
ESCRITO Nº 03
SUMILLA: INTERPONGO TACHA

SEÑOR ÁRBITRO ÚNICO ALBERTO RIZO PATRON CARREÑO:

6788467
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procuradora Pública Municipal Dra. MARIELA GONZALEZ ESPINOZA, en los seguidos por CONSORCIO VIAL 5; sobre NULIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO y otros; a usted atentamente digo:

Que, al amparo de lo previsto en el numeral 30 del Acta de Instalación Arbitral; formulamos TACHA contra el medio probatorio contenido en el anexo 3-A del escrito "absuelvo traslado de la contestación demanda" de fecha 06.02.2015, presentada por Consorcio Vial 5, referido a la liquidación por mayores gastos generales derivados de la demora por la recepción de obra; en atención a los siguientes fundamentos:

1. La tacha es el instrumento procesal que tiene por finalidad quitarle validez a las declaraciones testimoniales, o restarle eficacia probatoria a los documentos y/o pruebas atípicas. Con respecto a la tacha de documentos, ésta tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él; esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, conforme se desprende del artículo 243 del Código Procesal Civil que señala: ***"Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada"***.
2. La liquidación por mayores gastos generales presentada por la demandante calcula indebidamente el supuesto retraso en 128 días calendario, plazo que resulta inconsistente con los argumentos del demandante, quien por un lado refiere que este se computa desde el 23.04.2014, fecha de la recepción parcial de obra; y por otro lado afirma contradictoriamente en el punto 4.5, que la supuesta demora en la recepción de obra se computa desde el 01.08.2014, lo cual modifica el monto por gastos generales demandados en este extremo.
3. Al respecto, debe tener presente que el artículo 210 del Reglamento de Contrataciones del Estado, establece el siguiente procedimiento para la etapa de recepción de obra:

"1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. **El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad,** ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la **Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor.** Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. **De existir observaciones,** éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. **A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego.** Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual **será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor.** La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. **El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días.** La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad (...)"

Señor Árbitro, la recepción de obra debe seguir un procedimiento y plazos de ley en cada etapa, bien sea para la designación de comité de recepción, al momento de consignar en el acta el pliego de observaciones, nueva convocatoria para recepción de obra, etc, hasta su recepción total; es decir, no puede considerarse válido una supuesta demora por 128 días, cuando estos forman parte del procedimiento de ley, que no ha sido cuestionado por el demandante ni en el presente proceso ni por medio de otro arbitraje de derecho, por lo que resulta válido y surte plenos efectos legales.

4. De acuerdo a lo señalado por la empresa demandante, los plazos que operaron durante la etapa de ejecución de obra fueron los siguientes:

Conclusión de la obra	31.01.2014
Acta de Recepción Parcial de Obra	13.03.2014
Inicio del levantamiento de observaciones	15.03.2014
Conclusión del levant. Obs.	04.04.2014
Acta de Recepción Parcial de obra	23.04.2014
Solicitud de recepción de obra	01.08.2014
Recepción de obra total	02.09.2014

No obstante, el transcurso del tiempo hasta la recepción de obra total se debe en primer lugar, a la presencia de observaciones en la finalización o conclusión de las partidas de obra a cargo de la contratista, quedando pendiente a partir del 23.04.2014 la partida de acometida eléctrica que se encuentra dentro de las obligaciones contractuales de la misma, conforme se establece en el numeral 14 de los Términos de Referencia del Contrato, que dice:

“El contratista inmediatamente después de la firma del contrato, está obligado a efectuar las respectivas coordinaciones con las Entidades Públicas y empresas concesionarias de servicios públicos, mediante Cartas y gestiones a fin de asegurar la correcta y oportuna ejecución de los trabajos ejecutados, siempre que estos se encuentren supeditados a autorizaciones y aceptación de dichas empresas para su realización.

La inobservancia del contratista de realizar dichas coordinaciones con las entidades públicas y las entidades concesionarias de servicios públicos, acerca de los trabajos en la vía pública de instalaciones de servicios, ampliaciones, modificaciones, mejoramiento, será de entera y exclusiva responsabilidad, por lo que corresponde bajo su cuenta la adopción de acciones necesarias que eviten daños a los trabajos proyectados”. (El resaltado es nuestro)

Por dicha razón, si se produjo un retraso este es con respecto a la partida de suministro eléctrico a cargo de la contratista y no de la entidad, en vista que la Contratista es la especialista en temas de ejecución de obras y por ello debió culminar dicha partida en un plazo razonable para que Luz del Sur colocara el suministro dentro del plazo de ejecución contractual. De igual manera, si se considera que la presunta demora ha sido calculada desde el 01 de agosto del 2014, no alcanza a los 128 días estimados en la liquidación por gastos generales cuestionada, por ser manifiestamente excesiva.

Partiendo de lo indicado, la liquidación de gastos generales derivados de la demora por la recepción de obra contiene información que se no se ajusta a lo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme se aprecia:

5. **PRIMERO**: El presunto plazo transcurrido de 128 días calendario ha sido considerado como “*días de ampliación de plazo*”, es decir, como si durante la etapa de recepción de obra se hubieran producido ampliaciones de plazo por 128 días calendario, o lo que en otras palabras significa, que para el demandante las ampliaciones de plazo se pueden producir después del vencimiento del plazo contractual.

Para aclarar esta irregularidad debemos hacer la distinción entre los párrafos primero y segundo del artículo 202 del Reglamento, que regulan los efectos de la ampliación del plazo de ejecución de los contratos de obra de la siguiente forma:

“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.” (El resaltado es agregado).

Las disposiciones citadas establecen el pago de mayores gastos generales variables al contratista como consecuencia económica de la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra, con el objeto de reconocer los mayores costos indirectos que debe asumir el contratista, derivados del incremento del plazo de obra; esto es, dentro del plazo de ejecución contractual y no durante la etapa de recepción de obra.

6. De acuerdo a lo señalado en la OPINIÓN N° 012-2014/DTN del OSCE, a través de los artículos 41 de la Ley y 200 del Reglamento se establecen que las causales de ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra se derivan principalmente del atraso o paralización de la obra; por lo que se puede inferir que la diferencia entre el primer y segundo párrafo del artículo 202 del Reglamento radica en que el primero regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual es generada por atraso en la ejecución de la obra; en cambio, el segundo regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo se genera por la paralización de la obra; criterio que también se comparte en las Opiniones N° 094-2012/DTN y 074-2013/DTN, entre otras.

En esa medida, concluyen que solo en el caso de aprobación de una ampliación del plazo contractual generada por el atraso en la ejecución de una obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, determina la obligación de la Entidad de reconocer a este los mayores gastos generales variables equivalentes al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario; salvo en el caso de las ampliaciones de plazo generadas por la ejecución de prestaciones adicionales de obra.

Por otro lado, la opinión antes referida señala que el segundo párrafo del artículo citado regula el pago de mayores gastos generales variables, específicamente cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la **paralización** de la obra. En este supuesto, se reconoce al contratista los mayores gastos generales variables debidamente acreditados de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según corresponda. Para que ello ocurra, debe existir una relación de causalidad entre la paralización de la obra y los gastos generales que el contratista solicita que se le reconozcan, los que se acreditan con la presentación de documentos que demuestren, fehacientemente, que el contratista incurrió en estos, ya sea con comprobantes de pago, planilla, o cualquier otro documento que resulte pertinente, teniendo en consideración el tipo de gasto general variable del que se trate (sumaalzada o precios unitarios); documentos que no han sido presentados por el demandante para acreditar el valor de los mayores gastos generales pretendidos y que fueran calculados en la liquidación cuestionada.

Los procedimientos de pago señalados tienen por finalidad cubrir los costos indirectos correspondientes a periodos de tiempo distintos, en el primer caso se reconoce los mayores gastos generales originados por el incremento del plazo contractual; en cambio, el segundo reconoce los gastos generales ofertados por el contratista, calculados en función al plazo original de la obra.

En consecuencia, el demandante ha contemplado a los gastos generales por la presunta demora en la recepción de obra sobre la base de las ampliaciones de plazo N° 02 y 03 materia del presente arbitraje; ya que no solo ha calculado bajo la anotación de "días de ampliación de plazo" sino que el procedimiento de cálculo técnico también se ha efectuado como si fuera una ampliación de plazo por paralización de obra, concepto que resulta legalmente ajeno a los mayores gastos reconocidos durante la etapa de recepción de obra establecidos en el numeral 7) del artículo 210 del Reglamento.

7. **SEGUNDO:** Realizadas las precisiones anteriores, es importante indicar que el gasto general fijo debe pagarse proporcionalmente en cada valorización de avance de obra, de conformidad con el procedimiento indicado en el artículo 197 del Reglamento, por lo que no es un concepto aplicable a los gastos generales durante la etapa de recepción de obra.

Cabe señalar, que los componentes de la estructura del presupuesto base de una obra se agrupan en dos rubros: "costos directos" y "costos indirectos". Entre los primeros, se encuentran los materiales, la mano de obra y los equipos. En cambio, entre los segundos, se encuentran los gastos generales y la utilidad.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 27 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", los gastos generales son "(...) *aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.*" A su vez, estos gastos generales pueden ser fijos¹ o variables², dependiendo de si están o no relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, respectivamente.

Los Gastos Generales Fijos son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista; y los Gastos Generales Variables son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista"; conforme a lo indicado en el numeral 28 y 29 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones" respectivamente. A manera de ejemplo, entre los gastos generales fijos podemos ubicar a los gastos incurridos en documentos para la presentación de propuestas, gastos de estudios de suelos, gastos de visita al terreno, gastos de elaboración de propuestas, etc; y entre los gastos generales variables, se encuentran los costos de luz, teléfono, papelería y útiles de escritorio, etc.

Siendo así, cuando se produce un retraso o paralización por causas no atribuibles al contratista, surge la obligación en la Entidad de pagar los mayores gastos generales variables al contratista y, en consecuencia, un derecho de crédito derivados del incremento del plazo de la obra; supuesto que no corresponde a la etapa de recepción de obra.

¹ "**Gastos Generales Fijos:** *Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista*". Numeral 28 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones" .

² "**Gastos Generales Variables:** *Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista*". Numeral 29 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones" .

No obstante, en la liquidación presentada por el demandante, uno de los factores que se toma en cuenta para el cálculo de gastos generales después de la conclusión del plazo de ejecución contractual es precisamente, los "gastos generales fijos del expediente técnico", que como indicamos NO FORMA PARTE DEL CALCULO DE GASTOS GENERALES DURANTE LA RECEPCIÓN DE OBRA, PUES EL INCREMENTO DEL PLAZO DE OBRA NO SE APLICA EN ESTA ETAPA.

No podemos olvidar además, que el artículo 202 del Reglamento solo permite el cálculo de gastos generales variables debidamente acreditados de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial; por lo mismo, los gastos fijos no deben formar parte de la estructura de gastos presentada por el contratista correspondiente a circunstancias acaecidas después del vencimiento contractual.

8. **CUARTO:** El primer párrafo del artículo 204 del Reglamento regula el procedimiento de pago de los mayores gastos generales variables, indicando expresamente que *"Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, **la cual deberá ser presentada 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 la elevará a la Entidad (...) para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización (...)"*.

Si bien el procedimiento de pago de los mayores gastos generales no establece un plazo perentorio para que el contratista formule y presente la valorización de mayores gastos generales; se puede inferir con esto que el contratista puede presentar su valorización de mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente; por lo que mal hace actualmente el demandante en presentar una liquidación de gastos generales que se mezcla con las ampliaciones de plazo sometidas al presente arbitraje, pues solo podrá determinar los gastos generales una vez que las ampliaciones de plazo se encuentren consentidas, las cuales deberán ser presentadas siguiendo el procedimiento establecido en la norma antes indicada, a fin de verificar si corresponde o no aplicar penalidades entre otros conceptos.

9. **QUINTO:** Finalmente, si bien el numeral 7) del artículo 210 del Reglamento, establece que se debe reconocer al contratista los gastos generales incurridos por la

demora en la recepción de obra la demora que hubieran ocurrido por causas ajenas al contratista superando los plazos establecidos para tal acto, este está condicionado a que los gastos se encontraran debidamente acreditados, a fin de poder determinar de manera veraz cuál es el gasto efectuado por la contratista durante el periodo indicado. En caso no se pueda acreditar el gasto, resulta inválido la suma contenida en la liquidación de mayores gastos generales variables presentados por el demandante.

Por dichas consideraciones, solicitamos a usted Señor Árbitro Único, oportunamente declare Fundada la Tacha formulada y desestime el medio probatorio presentado por el demandante.

Medios Probatorios de la Tacha.

Señor Juez, ofrecemos como medios probatorios de la tacha propuesta por nuestra parte, el mérito del escrito de contestación de demanda de fecha 06.01.2015 y los anexos que la acompañan.

Por tanto

Solicito a usted, Señor Arbitro Único, admite a trámite la tacha formulada y oportunamente la declare fundada.

OTROSÍ DIGO: Que, en uso de las facultades conferidas por el Numeral 5 del Artículo 37º del Reglamento del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N° 1068, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS; **DELEGO REPRESENTACIÓN** a los abogados Olga Adriana Perez Uceda, Karla Margot Astudillo Maguiña, Raquel Francisca de la Cruz Costa, Luis Orlando Ayala Lizano, Janet Rosario Mejía Espinoza, Maria Stephany Soto Zevallos, Roccío del Carmen Rafaeli Pacheco y Rolando Joseph Carrasco Ormeño; a efectos que conjunta o indistintamente ejerzan todo acto procesal necesario para la defensa de los derechos e intereses de mi representada.

Miraflores, 08 de abril de 2015.

 **MIRAFLORES**
MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

MARIELA GONZALEZ ESPINOZA
Procuradora Pública Municipal
Reg. CAL 22917