Expediente : ***N° S 085-2015/SNA-OSCE***
Demandante : ***CORPORACION MACHU PICCHU S.A.C.***
Demandado : ***FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES***

FONDEPES
PROCURADURÍA PÚBLICA
15061 18 AGO. 2016
Reg. N°
Hora 11:50 Firma:

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 3303 -2016

Destinatario : **Procuraduría Pública a cargo de los asuntos jurídicos del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES**

Dirección : Casilla N° 1551 – Colegio de Abogados de Lima, 4° piso del Palacio de Justicia de Lima

---

Por medio de la presente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 60° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, cumplimos con remitirle adjunto el Laudo Arbitral emitido con fecha 15 de agosto del año en curso, por el Tribunal Arbitral presidido por el abogado Ramiro Rivera Reyes, y depositado en la Dirección de Arbitraje en la fecha, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.

Lo que cumplimos con notificar conforme a Ley.

Jesús María, 16 de agosto de 2016

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – DIRECCIÓN DE ARBITRAJE – REPÚBLICA DEL PERÚ

Fiorella Saralicia Vivanco Mazzo
Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje

2016 AGO 18 PM 2 23
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
04447

***Adj.**: Un ejemplar original del Laudo Arbitral emitido con fecha 15 de agosto de 2016, emitido por el Tribunal Arbitral presidido por el abogado Ramiro Rivera Reyes, en sesenta y uno (61) páginas.*

DAR/FVM

EXP. N° S 085-2015/SNA-OSCE

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR EL DR. RAMIRO RIVERA REYES, DRA. FREDESBINDA NEIRA HUAMÁN Y EL DR. MARIO MANUEL SILVA LOPEZ, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CORPORACIÓN MACHU PICCHU S.A.C. Y EL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES.

RESOLUCIÓN N° 09

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN. -

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los quince días del mes de agosto del año dos mil dieciséis.

II. LAS PARTES. -

- **Demandante:** CORPORACIÓN MACHU PICCHU (en adelante el Contratista o el Demandante).
- **Demandado:** FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES (en adelante la Entidad o el Demandado).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

- Dr. RAMIRO RIVERA REYES - Presidente del Tribunal
- Dra. FREDESBINDA NEIRA HUAMÁN - Árbitro
- Dr. MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ - Árbitro
- Dra. FIORELLA SARALICIA VIVANCO MAZZO, Secretaria Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 12/07/12, **CORPORACIÓN MACHU PICCHU S.A.C.** y el **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES** suscribieron el contrato para la Ejecución de la Obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco – Región Ica".

3.3 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral, luego de revisar la demanda y contestación de demanda presentadas por las partes, considera que los puntos controvertidos del presente arbitraje son los siguientes:

De la Demanda

Primera Pretensión Principal

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Jefatural Nº 070-2015-FONDEPES/J de fecha 26/02/15.

Segunda Pretensión Principal

- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista la suma de S/. 221,870.48 (Doscientos veintiún mil ochocientos setenta con 48/100 nuevos soles), incluido IGV.

Tercera Pretensión Principal

- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la entrega a favor del Contratista el deposito en garantía para la ejecución de la obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco – Región de Ica", por el valor de S/. 97,271.75 (Noventa y siete mil doscientos setenta y uno con 75/100 nuevos soles).

El tribunal arbitral deja claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente Acta y que podrá omitir pronunciarse sobre algún punto controvertido, dado el pronunciamiento sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, expresando las razones de dicha omisión.

3.4 SANEAMIENTO PROBATORIOS

El Tribunal Arbitral atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y a los escritos presentados por las partes, procede a admitir los siguientes medios probatorios:

07, se fijó en 20 días hábiles el plazo para laudar, el mismo que fue prorrogado por 15 días adicionales mediante Resolución No. 08.

V. LA DEMANDA.

Con fecha 06/05/15, CORPORACIÓN MACHU PICCHU S.A.C., presentó su demanda contra el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES, solicitando lo siguiente:

Primera Pretensión

- Se declare la nulidad de la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEIDESIJ de fecha 26/02/15, notificada el 10/03/15, con la cual se declaró: i) la nulidad de oficio de la aprobación de la Liquidación de Obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal de San Andrés, Provincia de Pisco, Región-. Ica", presentada por mi representada mediante carta N° 120-2014-AT-Machu Picchu, ii) que la liquidación del contrato de obra antes indicado, aprobado mediante Resolución de Secretaría General N° 173-2014-FONDEPES/SG, goza de validez y surte plenos efectos al 26/02/15, y iii) culminada vía administrativa con la expedición de la presente resolución.

Segunda Pretensión

- Se ordene pagar al Fondo de Desarrollo Pesquero a favor de la Corporación Machu Picchu S.A.C, la suma de S/ 221 870.48 (Doscientos Veintiún Mil Ochocientos Setenta con 48/100 nuevos soles), incluido IGV, saldo a favor de mi representada, producto de la observación que realizara la contratista a la liquidación aprobada por FONDEPES, la misma que no fue materia de pronunciamiento por la Entidad en el plazo establecido en el cuarto párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ende quedó aprobada.

Tercera pretensión

- Se disponga que el Fondo de Desarrollo Pesquero libere y se entregue a Corporación Macho Picchu S.A.C, el depósito en garantía para la ejecución de la Obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal de San Andrés

del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15/01/04 (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 02/07/12) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE) y que en lo no regulado por el citado Reglamento, el presente proceso se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

X. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con las Reglas establecidas en el Acta de Instalación, en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento); (ii) Que, CORPORACION MACHU PICCHU S.A.C., presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por lo antes manifestado, el Tribunal Arbitral procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la audiencia de fecha 31/05/16, cuyo pronunciamiento será a su criterio evaluado de manera indistinta, en orden y agrupación que permita la emisión del pronunciamiento acorde al desarrollo de las pretensiones incoadas.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo

casos específicos en los que la materia de controversia se refiere a la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.
Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el Contratista, el plazo de caducidad es el que se fija en función al artículo 50 de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.
Todos los plazos previstos son de caducidad."

- Es decir el plazo que tenia el Contratista para interponer el arbitraje es de 15 días hábiles, luego de ser notificado con la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEPES/J de fecha 26/02/15 y que se notificó el 10/03/15, mediante Carta N° 43-2015FONDEPES/SG, la misma que resuelve declarar la nulidad de la Liquidación de la Obra, en la ejecución del Contrato de Obra N° 23-2012-FONDEPES/OLOG "Mantenimiento del Desembarcadero Artesanal de San Andrés provincia de Pisco - Región Ica.", es decir el Contratista tenía el mismo plazo para ir a conciliación y/o arbitraje hasta el 31/03/15.

- Que, la Entidad pactó con el Contratista que cualquier controversia sea resuelta, mediante arbitraje institucional, conforme se desprende del Contrato de Obra N° 0023-2012-FONDEPES/OLOG suscrito por la Entidad y Corporación Machu Picchu SAC, el mismo que establece en la Cláusula Décimo Sétima : Solución de Controversias:

"(...) Los plazos para dar inicio a la conciliación o al arbitraje son comunes, solo en caso que las partes opten por el procedimiento conciliatorio asistiendo ambas a la audiencia de conciliación, se entenderá que el plazo de

- Que, el fundamento de la excepción promovida por la Entidad, es que en la cláusula décimo sétima del contrato solución de controversias, se estipuló que: *"(...) Los plazos para dar inicio a la conciliación o arbitraje son comunes, solo en caso que las partes opten por el procedimiento conciliatorio asistiendo ambas a lo audiencia de conciliación, se entenderá que el plazo de caducidad será computable desde los 15 días hábiles siguientes de emitida el acta de no acuerdo total o parcial"*. Por ende, considera que el Contratista tenía el mismo plazo para ir a conciliación y/o arbitraje, hasta el 31/03/15.

- Que, al respecto se debe señalar que, en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establece imperativamente[1] que: *"Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previo al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince días hábiles siguientes de emitido el Acta de no Acuerdo Total o Parcial"*.

- Que, en el primer párrafo de la cláusula décimo sétima del contrato de ejecución de obra (que dio mérito al presente proceso arbitral): solución de controversias, se estipuló que: *"Sic (...) Las portes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (,..)"*

- Que, tal como se puede advertir del tenor de dicha cláusula, se estipuló que las controversias se solucionarían vía conciliación y/o arbitraje, lo cual deja claramente establecido que se optó por el procedimiento conciliatorio de manera previa al arbitraje. En tal sentido en aplicación estricta de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el computo del plazo de caducidad, es de 15 días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial. Que, en el presente caso, corría desde el 15/04/15, en consideración a que la

[1] Véase que la norma señala DEBERÁ.

5. Que, desde el punto de vista jurídico la caducidad importa extinción, terminación, por falta de uso, por vencimiento del plazo fijado en la ley.

6. Que, la caducidad está referida a derechos temporales que sirven de sustento en determinadas pretensiones procesales, por lo que para que prospere esta excepción deben cumplirse dos presupuestos: a) Que la pretensión tenga plazo fijado en la ley para accionar y b) Que se ejercite la acción después de haberse vencido el plazo.

   Al respecto Ticona Postigo[2], afirma que: *"Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada."*

7. En conclusión, la excepción de caducidad procede cuando se ha interpuesto una demanda o sus pretensiones fuera del plazo legal, por cuanto los plazos de caducidad son fijados por ley.

8. Que, la Entidad ha señalado que existe caducidad respecto a las pretensiones de la demanda, porque el Contratista no ha sometido a arbitraje sus pretensiones dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir dentro de los 15 días posteriores a la emisión de la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEPES/J.

9. Al respecto, el artículo 52° (primer párrafo) de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa lo siguiente:

   "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, ***debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier***

[2] TICONA POSTIGO, Víctor, "Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil", Tomo I, 1996, Pág. 578

siguientes cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

13. De la norma legal citada, se puede apreciar claramente que el plazo fijado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para someter a arbitrajes las controversias surgidas respecto a la Liquidación de Obra es de 15 días; lo cual difiere de lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, que expresamente autoriza a que las partes puedan iniciar un proceso arbitral respecto de cualquier controversia que surja desde la suscripción del contrato, hasta el momento anterior a la culminación del contrato, disponiendo también de manera expresa que este plazo es de caducidad.

14. Que, los plazos que se establece en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no pueden ser considerados de caducidad, puesto que se contrapone con lo dispuesto en el artículo 2004° del Código Civil, el cual expresamente establece que: **"Los plazos de caducidad los fija la ley**, sin admitir pacto en contrario".

15. En consecuencia, este Tribunal Arbitral observa que el Contratista ha iniciado su demanda arbitral, dentro del plazo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que la excepción de caducidad deducida por la Entidad en este extremo no puede ser amparada.

16. En este punto el Tribunal Arbitral considera necesario señalar que las normas aplicables para resolver las controversias surgidas entre las partes, son aquellas que estuvieron vigentes al momento de la suscripción del contrato, que en el presente caso, son las contempladas en el Dec. Leg. 1017 y el D.S. 184-2008-EF, sin embargo, la Entidad invoca normas legales, que son de aplicación a partir de la vigencia de la Ley 29873 y el D.S. 138-2012-EF, lo cual ocurre recién el 20/09/12, por lo que sus argumentos en estos extremos deben ser desestimados por no ajustarse a Ley y a derecho.

17. Por otro lado la Entidad señala que de acuerdo al Contrato de Obra No. 0023-2012-FONDEPES/OLOG se pactó con el Contratista que cualquier controversia

consideramos lo dispuesto en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el cual se señala que: *"Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, este debe iniciarse dentro del plazo de caducidad de quince días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial"*; entonces el plazo para recurrir al arbitraje tendría que contabilizarse necesariamente después de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial, por lo que las alegaciones de la Entidad en este extremo tampoco tienen asidero legal, por lo que deben ser desestimadas.

21. Sin perjuicio a lo indicado, éste Tribunal debe dejar en claro, que los plazos de caducidad son los establecidos por la Ley de Contrataciones del Estado, por tanto el Contratista se encontraba habilitado a interponer su demanda arbitral en cualquier momento anterior a la culminación del Contrato, que en el presente caso, teniendo en cuenta que el Contrato culmina con la Liquidación y el Pago correspondiente, y que hasta la fecha no se ha producido el pago del saldo de la liquidación de obra, no existe impedimento alguno para el Contratista someta a arbitraje las pretensiones planteadas en su demanda.

22. Por los fundamentos expuestos, teniendo en cuenta que el Contratista ha iniciado su demanda arbitral dentro del plazo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado; la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD resulta INFUNDADA.

C. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. ANALISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO "A"

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEPES/J de fecha 26/02/15".

POSICION DEL CONTRATISTA

ANTECEDENTES:

Indica el Contratista, que como resultado de la Buena Pro de la ADS N° 004-2012-FONDEPFS, con fecha 12/07/12, firmaron con la Entidad el Contrato N° 023-2012-

- Que, mediante Carta N° 0115-2013-AT-MACHU PICCHU, recepcionado por el Fondo de Nacional de Desarrollo Pesquero, el 12/04/13, se presento la Liquidación de Obra.

- Que, con Carta N° 166-2014-FONDEPES/SG de fecha 15/12/14, se les hizo llegar la Resolución de Secretaria General N° 173-2014-FONDEPES/SG, mediante la cual se aprueba de oficio la Liquidación de la Obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco, Región Ica" obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco, Región Ica", ejecutada por el Contratista, en el marco del Contrato N° 023-2012-FONDEPES/OLOG, estableciendo como monto de inversión de S/ 1'012,709.64 (Un Millón Doce Mil Setecientos Nueve con 64/100 Nuevos Soles) incluido IGV, con un saldo en contra de la Contratista por S/. 100,668.04 (Cien Mil Seiscientos Setenta y Ocho Con 04/100 Nuevos soles, incluido IGV.

- Que, mediante Carta N° 120-2014-AT-MACHU PICCHU, recepcionada por el Fondo de Desarrollo Pesquero, el 29/12/14, se formuló observaciones a la liquidación indicada en el punto precedente, contradiciéndola por cuanto conforme a la liquidación realizada por el Contratista, realizada bajo los parámetros técnicos y legales establecidos en la normatividad legal vigente de la materia - cuyo detalle y desagregado se puedo apreciar en la Liquidación que se está adjuntando, se puede meridianamente establecer que existe un saldo a favor de la Contratista, por S/ 221,870.48 (Doscientos Veintiún Mil Ochocientos Setenta con 48/100 Nuevos soles) incluido IGV. Demostrándolo de la siguiente manera:

a. Que, de la revisión del considerando diecinueve - Resolución de Secretaria General N° 173-2014-FONDEPES/SG, se aprecia que, para haberse establecido el saldo negativo en contra de la Contratista, por el monto de S/. 100 668.04 (Cien Mil Seiscientos Sesenta y Ocho con 04/100 Nuevos soles), incluido IGV, se ha tomado como base la liquidación presentada por Consorcio El Progreso, quien se desempeñó como Supervisor de Obra. En la referida resolución, estando a la liquidación realizada por la Supervisión de Obra, se había establecido que:

sustenta en la liquidación practica por el Contratista Consorcio El Progreso, quien fue la Supervisora de Obra, debió notificarse la referida resolución, con dicha liquidación, a efectos de poder rebatir la misma, puesto que con la sola resolución, no se aprecia el por qué se ha llegado a establecer los montos indicados en el referido considerando diecinueve de la aludida resolución de Secretaria General. En tal sentido se encuentran frente a una vulneración del deber de motivación, pues no se les ha hecho conocer el tenor del referido informe del Supervisor de Obra.

b. Que, en cuanto a la penalidad impuesta a la Contratista por el supuesto retraso en la entrega de obra, se precisó que:

- Del propio considerando diecinueve - Resolución de Secretaria General N° 173-2014-FONDEPES/SG, se aprecia, que se establece que el supuesto retraso en la entrega de obra cuya penalidad se pretende Imponer, se habría ocasionado en el levantamiento de las observaciones.

- El artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - en adelante el Reglamento, contempla el procedimiento a seguir para la recepción de obra. Estableciendo respecto a las observaciones realizadas por el Comité de Recepción de Obra y sus respectivos levantamientos por el Contratista, lo siguiente:
  - Culminada la verificación realizada por el Comité de Recepción de Obra, y de existir observaciones debidamente comprobadas, se consignarán expresamente en el Acta respectiva.
  - El contratista dispondrá de un décimo del plazo de Ejecución de Obra para subsanar las observaciones, plazo que se computara partir del quinto día de suscrita el Acta.
  - Subsanadas las observaciones el Contratista solicitará nuevamente la recepción de obra en el Cuaderno de Obra.
  - Sobre la nueva solicitud, el Supervisor verificará la subsanación observada e informará a la Entidad en el plazo de tres (3) días

- La Entidad deberá pronunciarse en un plazo máximo de cinco (5) días.

➢ Que, los plazos establecidos en el Reglamento son perentorios y su incumplimiento contiene efectos jurídicos para su infractor. En tal sentido a la luz de lo establecido en el Pronunciamiento N° 13-2002-GNT[4], y el articulo 142 del Reglamento[5] que admite aplicar los articulo 1338, 178 y 1779 del Código Civil si el Comité de recepción de Obra, no se constituye a la obra dentro de los siete días que le concede el Reglamento para recepcionarla, el efecto jurídico de esta inacción será que se tendrá por aceptada tácitamente la obra sin responsabilidad del Contratista.

- Que, efectivamente, tal como se ha establecido en el considerando décimo de la Resolución de Secretada General N° 173-2014-FONDEPES/SG y el Acta que conteniendo el Pliego de Observaciones a la Obra, de fecha 04/01/13, el Comité de Recepción de Obra formuló observaciones administrativas y técnicas, confiriéndole a la Contratista, catorce (14) días para su subsanación.

- Que, computando los cinco (5) días que establece el primer párrafo del inciso 2 del articulo 210 del Reglamento, más los catorce días antes indicados, el término del plazo que tenia la Contratista para levantar las observaciones, era el 23/01/13.

- Que, según el Cuaderno de Obra N° 02, a fs. 23, obra el Asiento N° 163.- Del Residente de Obra, de fecha 22/01/13, donde se anota, que luego de haber levantado las observaciones señaladas en el pliego de observaciones de fecha 04/01/13, se solicitó a la Supervisión de Obra la recepción de la

[4] Se opina que, ante la inacción de la Entidad en designar a los miembros del Comité de recepción, el Contratista puede aplicar los artículos 1338 y 1778 del Código Civil, en el sentido que constituyéndose en mora a la Entidad se recepcione de manera tácita la obra. OPINIÓN que se aplica extensivamente, cuando el Comité de Recepción de Obra, no recepciona la obra dentro de los siete días que le confiere el Reglamento.
[5] Artículo 142 del Reglamento
(...) En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, la de derecho privado.

el día 08/02 a horas 10:48 a.m fecha en que se le cumplía el pazo al Comité de Recepción de Obra para recepcionarla y no caer en morosidad.

- Que, ante la irregularidad señalada en el punto precedente, se coordinó con el Comité de Recepción de Obra, para que se preceda a la verificación del levantamiento de observaciones. En mérito a tal coordinación, con fecha 13/02/13, se procedió a la recepción formal de la obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés", tal corno se puede acreditar con el Acta denominada de Verificación de Cumplimiento de Observaciones de Obra, levantada con fecha 13/02/13 y la anotación en el Cuaderno de Obra N° 02, a fs. 24. Asiento 164 Cuya copia se adjunta a la presente Carta. Se debe precisar que el asiento N° 164 es la última anotación el Cuaderno do Obra.

  Que, si bien en el considerando décimo segundo de la Resolución de Secretaría General N° 173-2014-FONDEPES/SG, se señala que si bien se ha suscrito el "acta de verificación de levantamiento de observaciones" con el representante legal de la corporación, dicho documento no reemplaza el acta de recepción de obra, dada que no se encuentra suscrita conjuntamente por los integrantes del Comité de Recepción designado para ese efecto. Al respecto se debe precisar que, de la interpretación del artículo 210 del Reglamento, se tiene que se establece que el Comité de Recepción se constituirá en la obra Centro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del Supervisor o en Su defecto, como se expusiera líneas arriba, dentro de los siete días posteriores, a la fecha en que se cumplió el plazo del Supervisor para emitir su informe y no lo haya realizado, actuación que deben realizarlo bajo responsabilidad. Véase que la norma prevé la sanciona al miembro del Comité de Recepción de Obra que no cumple con el deber imperativo que tiene de constituirse a la obra para proceder a su recepción, pero no establece que si no se diera su participación esto es, de uno de los miembros del Comité de Recepción, en el acto formal de entrega de obra, cuya Acta sea suscrita por el otro miembro del referido Comité que incluso es el Presidente del mismo vicio con nulidad la referida Acta de Recepción de Obra. Por lo tanto, en el presente caso, teniendo en consideración que el

13/02/13, relacionados a un supuesto incumplimiento en la Ejecución de Obra, no tienen ningún efecto jurídico.

c. Que, en cuando a la presentación de la Liquidación de Obra, a que se hace referencia el considerando veintidós y siguientes de la Resolución de Secretaría General N° 173-2014-FONDEPES/SG que el Contratista ha cumplido en los plazos y procedimientos establecidos en el articulo 211 del Reglamento, con presentar la liquidación de obra. Esto es, dentro del plazo de los 60 días conferidos por la norma antes acotada atendiendo a que con lecha 13/02 se procedió a la recepción de obra por parte del Comité respectivo, mediante Carta N° 0115-2013-AT-MACHU PICCHU, presentada con fecha 12/04/13. La misma que fuera devuelta por la Entidad, mediante carta N° 65-2013-FONDEPES/DIGENIPAA, con fecha 23/04/114, sin ser materia de observación, sino que únicamente aduciendo que la obra no haba sido recepcionada.

d. Que, por lo antes anotado, se solicitó se deje sin efecto Resolución de Secretaria General N° 173-2014-FONDEPES/SG, y se apruebe la Liquidación de Obra que se adjuntó.

- Refiere el Contratista que, mediante Carta N° 122-2014-AT-MACHU PICCHU, recepcionada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero el 14/01/15, se solicita el pago de la Liquidación de Obra, por el monto de S/. 221 870,48 (Doscientos Veintiún Mil Ochocientos Setenta con 48/100 Nuevos soles), en consideración a lo prescrito en el cuarto párrafo del articulo 211 del Reglamento de Contrataciones del Estado, ya que habiéndose presentado por su parte, con fecha 29/12/14, las observaciones a la liquidación de la obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Mesana, San Andrés, Provincia de Pisco, Región Ica", practicada por la Entidad demandada y no habiéndose contradicho las mismas, en el plazo establecido en la norma antes acotada, tal liquidación con las observaciones formuladas han quedado debidamente aprobadas.

- Que, con Carta N° 124-2014-AT-MACHU PICCHU, recepcionada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero el 05/03/15, se reiteró el pedido indicado en el punto anterior, así como que se devuelva el depósito en garantía por la Carta de fiel

- Que, por ser un contrato de obra con el Estado, debe y ha sido regulado, por la Ley de Contrataciones del Estado causando extrañeza el actuar irregular de la Entidad demandada al pretender querer darle una tratativa a la controversia existente en relación a la Liquidación del Contrato de Obra materia de la presente demanda, como si fuera un procedimiento administrativo, declarando su nulidad, actuando como juez y parte, desconociendo la norma de carácter imperativa contenida en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, que prescribe: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes".

- Que, estando a lo contemplado en la norma acotada en el punto precedente, cuando firmaron con la Demandada el Contrato N° 023-2012-FONDEPES/OLOG, para la ejecución de la obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco, Región Ica", pactaron en relación a las controversias que se pudieran suscitar, que: "... todos los conflictos que derive 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 OSCE y de acuerdo con su reglamento (...)".

- Que, sin sustraerse de lo antes anotado, se debe precisar, que se está declarando la nulidad de un acto, que no constituye un acto administrativo, esto es, puesto que la aprobación de la liquidación observada por el Contratista mediante Carta N° 120-2014-AT-MACHU PICCHU, no fue aprobado por un acto administrativo emitido por la demandada, sino que dicha aprobación se dio por imperio de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 211 de su Reglamento, por cuanto la Entidad demandada no se pronunció en el plazo de 15 días de haber recibido la observación, y muy por el contrario, recién el 10 de marzo del año 2015, casi después de dos meses, ilegalmente se pronunció mediante la resolución que corresponde ser declarada nula.

de un acto administrativo aprobatorio tácito, expresado bajo la modalidad de un silencio positivo[9], respecto de la petición formulada por el Contratista en la liquidación que en su momento, fuera presentada como observación a la Entidad.

- Que, mediante la Carta N° 120-2014-AT-MACHU PICCHU recibida en la mesa de partes de FONDEPES el 29/12/14, el Contratista formulo observaciones a la liquidación aprobada por Resolución de Secretaria General Nº 173-2014-FONDEPES/SG, planteando a su vez su propia Liquidación Económica, ésta solo podía ser observada por el FONDEPES hasta el 13/01/15, situación que nunca ocurrió, debiendo tenerse la misma por aprobada, en aplicación del reglamento.

- Que, sustentaron su afirmación en relación a pruebas documentales físicas que adjuntaron a la presente, las cuales revelan que los rubros anotados por la Demandante en su Liquidación de Obra, no corresponden a la realidad bajo la cual se ejecutó la obra en referencia, entienden que ello ocurrió en razón a las denegatorias administrativas que impidieron la incorporación de tales elementos al contrato; en efecto para el caso puntual de las prestaciones adicionales la denegatoria significo su no ejecución y por lo tanto la inexistencia de contraprestación a cargo de FONDEPES, así mismo respecto a la denegación de Ampliación de Plazo N°03 (consentida y nunca impugnada), conllevó el no otorgamiento de cobertura alguna ante la aplicación de penalidades por mora y el no reconocimiento de mayor gasto general por los días a los que se refiere la Demandante.

- Que, tales solicitudes de Presupuesto adicional Nº 01 por la suma de S/. 141, 570.04 y Ampliación de Plazo N° 03 incluidos en las Observaciones a la Liquidación de Obra presentada por el Contratista mediante Carta N° 120-2014-AT-MACHU PICCHU fueron denegadas por FONDEPES mediante Resolución Jefatural Nº 286-2012-FONDEPES/SG y Resolución de Secretaria General Nº 114-2012,

[9] "Los actos administrativos también pueden ser exteriorizados tácitamente cuando ante una determinada conducta, de la autoridad (un acto expreso, un hacer o un no hacer), se puede deducir racionalmente y conforme a lo indicado por la ley expresamnte, la existencia de una decisión en determinado sentido (arts. 10.3, 33, 34, 188)" **(MORÓN URBINA, Juan Carlos; "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo", Gaceta Jurídica, Décima Edición, Lima 2014, Página 136).**

violentar ilegalmente la firmeza de los actos administrativos denegatorios que ocurrieron; en consecuencia una liquidación que acoja rubros como los cuestionados no tiene cabida en el ordenamiento jurídico y debe ser debidamente neutralizada a través de una declaratoria de nulidad de oficio, en el marco de lo dispuesto por el articulo 10°, inciso 3 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante la Ley), que incida sobre el acto de aprobación de la liquidación, ello en virtud de representar una seria afectación del interés público.

- Que, ante los hechos planteados, cualquier argumentación que pretenda sostener la inmutabilidad de la aprobación tácita generada por el la aplicación de un silencio positivo fundado en el mero transcurso del tiempo, es insuficiente para convalidar el proceder antijurídico del Contratista, quien con astucia y temeridad, a sabiendas de las denegatorias referidas, oportunamente notificadas, ha buscado forzar una ilegitima inclusión de los rubros mencionados en la Liquidación de Obra que presentó con Carta N° 120-2014-AT-MACHU PICCHU.

- Que, la nulidad de oficio de la aprobación ocurrida por aplicación del silencio administrativo, en principio la fuerza aprobatoria del silencio administrativo positivo se configura con el trascurso de plazo respectivo, sobre el particular los numerales 188.1 y 188.2 del articulo 188 de la Ley[10] prescriben que la aplicación del silencio positivo implica la aprobación de la petición formulada por el administrado en los términos en que fue planteada en virtud solamente al transcurso del plazo establecido para resolver la petición, sin que hubiera habido respuesta debidamente notificada por parte de la administración, así mismo se precisa que el silencio administrativo surte efectos aprobatorios, de igual modo como se hubiera emitido una resolución,

[10] Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo
188.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurridos el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la Entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 3 de la Ley del Silencio Administrativo, ley N° 29060 no resulta necesaria para ejercer el derecho del silencio administrativo positivo ante la misma Entidad.
188.2 El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la presente Ley.

legalidad sustantiva referente al contenido de las materias que le son atribuidas, constitutivas de sus propios limites de actuación, y la legalidad teleológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador estableció en forma tal que la actividad administrativa es una actividad funcional"[13].

- Que, conforme a lo indicado una Liquidación de Obra Pública que no cumpla con reflejar fielmente en su contenido lo verdaderamente acontecido durante la ejecución del contratos colisiona con cada uno de los elementos del Principio de Legalidad, por cuanto su elaboración no se ha sometido a los procedimientos y formas que la norma, de modo básico, instituye para su configuración; del mismo modo, su contenido tiene elementos que carecen de sustrato material y jurídico para generar obligaciones válidas para las partes, y por último teleológicamente no puede servir para justificar la utilización correcta de fondos de naturaleza pública y con ello pretender el cierre definitivo del contrato; en suma, la conjunción de las falencias anotadas, hacen que el acto de aprobación ocurrido sea ilegal y por lo tanto merezca la debida corrección a través de la nulidad de oficio.

- Que, el Contratista pretende que doten de validez su liquidación de obra, la cual contiene rubros indebidos que no se ajustan a la realidad de los hechos y funda su derecho en que la entidad-FONDEPES no observó la liquidación dentro del plazo establecido en la norma de contrataciones del Estado (articulo 211) y que por tanto se debe aplicar silencio administrativo positivo a su favor.

- Que, por las razones expuestas, FONDEPES mediante Resolución Jefatural N°70-2015/J de fecha 26/02/15 notificada mediante Carta N° 043-2015-FONDEPES/SG de fecha 10/03/15, declaró la Nulidad de oficio de la aprobación de la liquidación del contrato de obra presentada por el Contratista.

- Que, el marco normativo vigente reconoce que el ejercicio de la potestad de declarar nulidades de oficio reside en el funcionario jerárquico superior al que emitió el acto y se hace efectiva cuando de acuerdo a los supuestos contenidos en el articulo 10° de la

[13] MORON URBINA, Juan Carlos ; Op. Cit., página 64.

tenemos que la posibilidad de declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter favorable al particular obtenido como consecuencia del silencio administrativo positivo tiene por finalidad evitar que se utilice abusivamente dicha técnica para obtener beneficios indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, porque es evidente que no se puede adquirir por silencio administrativo positivo lo que no es posible otorgar legítimamente de modo expreso.

- Que, una liquidación de obra pública que no cumpla con reflejar fielmente en su contenido lo verdaderamente acontecido durante la ejecución del contrato colisiona con la normativa de Contrataciones del Estado, por cuanto su elaboración no se ha sometido a los procedimientos y formas que la norma de modo básico, instituye para su configuración, del mismo modo, su contenido tiene 3 elementos que carecen de sustrato material y jurídico para generar obligaciones validas para las partes, y por ultimo teleológicamente no puede servir para justificar la utilización correcta de fondos de naturaleza pública y con ello pretender el cierre definitivo del contrato; en suma, la conjunción de la falencias anotadas hacen que el acto de aprobación por silencio administrativo sea contrario al interés publico.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEPES/J de fecha 26/02/15.

1. Que, el Contratista solicita se declare la Nulidad de la Resolución Jefatural N° 070-2015-FONDEPES/J, precisando que la Entidad al expedir la citada resolución ha vulnerado el principio de especialidad de la norma, ya que la base legal para declarar la nulidad de oficio de la aprobación de la liquidación de la obra es el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuerpo normativo que es de carácter general, y que no es de aplicación, ya que en las Contrataciones con el Estado, se debe aplicar la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, tal como lo prevé el artículo 5° de la acotada Ley. Asimismo, el Contratista indica que la Entidad ha declarado la nulidad de un acto que no constituye un acto administrativo.

Que, la cláusula Tercera del mencionado contrato, señala expresamente que *"solo en lo no previsto en la ley de contrataciones del estado y su reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable se utilizaran las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes"*

Que, asimismo la clausula Décimo Sétima del Contrato, señala puntualmente lo siguiente: *"las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje....."*

5. Que, por otro lado, el artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre "especialidad de la norma", establece lo siguiente:

> *"Artículo 5: Especialidad de la norma y delegación*
> *El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellos de derecho privado que le sean aplicables.*
> *(...)"*

6. De las normas y reglas señaladas precedentemente, se puede concluir claramente, que todos los procedimientos, plazos y cualquier cuestionamiento que surjan durante la ejecución de la obra deberán sujetarse a lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y estas a su vez prevalecerán sobre cualquier norma de derecho público y/o privado que le sean aplicables, tal es el caso de la Ley del Procedimiento Administrativo General "Ley 27444" y del Código Civil.

7. En el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, se puede señalar incluso, que la propia norma indica en el artículo II del Título Preliminar, que en los procedimientos especiales que se encuentren regulados por Ley expresa, como es el caso de los procedimientos de Contrataciones del Estado, sólo se aplicará la Ley en mención de manera supletoria en aquellos aspectos no previstos por la Ley especial, así como en los que no son tratados de modo distinto.

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. Finalmente establece que 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.

12. En el presente caso, fluye de autos que la Entidad con fecha 15/12/14 remitió al Contratista la Carta No. 166-2014-FONDEPES/SG, acompañando la Resolución de Secretaría General No. 173-2014-FONDEPES/SG mediante el cual aprobó de oficio la Liquidación de la Obra con un saldo en contra del Contratista en la suma de S/. 100,668.04.

13. Que, el Contratista con fecha 29/12/14, dentro del plazo establecido en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con Carta No. 120-2014-AT-MACHU PICCHU, **OBSERVO** la Liquidación elaborada por la Entidad, contradiciéndola y precisando que la liquidación correcta es la efectuada por ellos y acompañada en el Anexo 1-F con un saldo a favor del Contratista en la suma de S/. 221,870.48 (incluido IGV)

14. Que, de acuerdo a lo estipulado en la norma, la Entidad tenía 15 días calendario, es decir, hasta el 13/01/15 para emitir pronunciamiento respecto a las observaciones formuladas por el Contratista, lo cual conforme lo han señalado las partes no se ha producido.

15. Que, teniendo en cuenta que no existió pronunciamiento por parte de la Entidad, el Contratista en aplicación de lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado consideró aprobada la liquidación con sus observaciones y con fecha 14/01/15, remitió a la Entidad la Carta No. 122-2014-AT/MACHU PICCHU, solicitando el pago de la citada liquidación por un monto de S/. 221,870.48; pedido que fue reiterado con Carta No. 124-2014-AT-MACHU PICCHU, con fecha 05/03/15.

procedimientos especiales que se encuentren regulados por Ley expresa, como es el caso de los procedimientos de Contrataciones del Estado, sólo se aplicará la Ley de carácter público, de manera supletoria en aquellos aspectos no previstos por la Ley especial, que en el caso concreto "la liquidación de obra", tiene un procedimiento previsto en la norma especial, que las partes debieron respetar y cumplir.

20. Que, la Entidad en el segundo punto resolutivo de la Resolución Jefatural No. 070-2015-FONDEPES/J, declara que su la Liquidación del Contrato de Obra, aprobada por Resolución de Secretaría General No. 173-2014-FONDEPES/SG goza de validez y surte plenos efectos a la fecha, es decir al 26/02/15.

21. Que, dicha decisión no puede ser otorgada unilateralmente por la Entidad, porque existe un procedimiento previsto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que determina el consentimiento y/o aprobación de la Liquidación Final de Obra, por tanto la Entidad no puede sustituirse en las facultades que le otorga la Ley, ni mucho menos desconocer lo dispuesto en la norma especial, máxime si por efectos de lo establecido en el artículo 211° del Reglamento citado, la liquidación con las observaciones del Contratista ha quedado aprobada al no emitir pronunciamiento la Entidad, dentro del plazo establecido en la citada norma.

22. Que, como se repite, la Entidad estaba facultada para cuestionar la liquidación elaborada por el Contratista y/o sus observaciones ciñéndose al procedimiento y los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones; y es más pudo recurrir al arbitraje, para que sea finalmente el Tribunal Arbitral quien defina las controversias surgidas en la ejecución del Contrato, sin embargo, tampoco ha recurrido a dicho procedimiento, teniendo en cuenta que ha sido el Contratista quien ha iniciado el presente proceso arbitral, por tanto todos los procedimientos adoptados por éste durante el procedimiento de Liquidación del Contrato, han quedado consentidos por propia decisión de la Entidad.

23. Por último, la Entidad en el tercer punto resolutivo de la Resolución Jefatural No. 070-2015-FONDEPES/J, declara culminada la vía administrativa con la expedición de dicha resolución, dejando a salvo el derecho de contradicción del Contratista para que lo haga valer en la vía correspondiente.

26. Que, analizados los fundamentos expuestos por las partes, los medios probatorios que corren en el expediente y demás actuaciones arbitrales, el Tribunal Arbitral ha podido determinar que la Resolución Jefatural No. 070-2015-FONDEPES/J, adolece de vicios insubsanables que acarrean su nulidad, siendo de aplicación establecido en el artículo 10° inc. 1) de la Ley 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", por contravenir abiertamente lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento así como lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar de la Ley 27444.

27. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera amparable la pretensión del Contratista en éste extremo, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Jefatural No. 070-2015-FONDEPES/J.

28. Que, respecto a los argumentos expuestos por la Entidad, en torno a que el Contratista ha considerado dentro de su liquidación de contrato, rubros que no han sido otorgados por la Entidad, es más que han sido denegados mediante actos administrativos los mismos que han quedado consentidos, tal es el caso de la Resolución Jafatural No. 286-2012-FONDEPES/J que denegó el Presupuesto Adicional de Obra No. 01 y la Resolución de Secretaría General No. 114-2012-FONDEPES/SG que denegó la ampliación de plazo No. 03; sin perjuicio a que la Liquidación con las Observaciones del Contratista ha quedado aprobada por aplicación estricta del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dichos argumentos serán debidamente valorados al momento de analizar la segunda pretensión principal del Contratista, en respeto irrestricto al principio de legalidad, que debe prevalecer en todo contrato de esta naturaleza.

2. ANALISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO "A"

"Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista la suma de S/. 221,870.48 (Doscientos veintiún mil ochocientos setenta con 48/100 nuevos soles), incluido IGV".

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde que el Tribunal ordene a la Entidad el pago a favor del Contratista de la suma de S/. 221,870.48 (incluido IGV), por concepto de saldo de liquidación de obra.

1. Al respecto se debe señalar, que el Contrato No. 023-2012-FONDEPES/OGA/OLOG, para la ejecución de obra "Mantenimiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal San Andrés, Provincia de Pisco – Región Ica", mediante el cual se origina la relación jurídica existente entre las partes en conflicto, tiene como base legal la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; a la cual debemos remitirnos como norma especial sustantiva.

2. Que, para poder disponer el pago de la suma reclamada, el Tribunal Arbitral considera necesario, verificar si la Liquidación de Obra, de donde nace la obligación ha quedado aprobada con las observaciones planteadas, como lo manifiesta el Contratista.

3. Al respecto, Miguel Salinas Seminario, señala que la liquidación final del contrato de obra, consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, cuya finalidad es determinar, principalmente, el costo total de la obra, y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad[14].

4. Que, la liquidación, además, tiene como propósito verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración valorizaciones, intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

[14] **"Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra"** [Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2º edición -2003. Pág. 44].

plantea como hecho acreditado el no pronunciamiento dentro del plazo de Ley de la Entidad respecto a las observaciones formuladas por el Contratista, que tendría el mismo tratamiento que una liquidación consentida, ya que traería como consecuencia automática la aprobación de la citada liquidación con las observaciones formuladas, por mandato expreso del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cual conllevaría a su vez al pago del saldo de la liquidación de obra resultante.

9. En efecto, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es claro al respecto y para ello ha establecido todo un procedimiento y fijado los plazos pertinentes para que las partes puedan formular la liquidación de contrato y cuestionarlas en caso no estén de acuerdo con ella.

10. De ello se concluye que si la parte interesada no formula o cuestiona la liquidación formulada por su contraria dentro del plazo establecido, es sinónimo que no tiene nada que observar y que está de acuerdo con ella; dicho comportamiento importa una aceptación al procedimiento y a lo liquidado, no pudiendo ninguna de las partes cuestionarlas con posterioridad.

11. Que, en el presente caso la CLAUSULA DECIMO CUARTA del Contrato No. 023-2012-FONDEPES/OGA/OLOG, respecto a la liquidación de la Obra, precisa lo siguiente:

> *"CLAUSULA DECIMO CUARTA : LIQUIDACION DE LA OBRA*
> *La liquidación de la obra se sujetara a lo establecido en el articulo 211°, 212° y 213° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"*

12. Que, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en sus artículos 211° y 212°, precisa lo siguiente:

> *Artículo 211.- Liquidación del contrato de obra*
> *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 vigente de ejecución*

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".

(el resaltado es nuestro)

"Artículo 212°.- Efectos de la Liquidación

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso."

13. Estando a que el Contrato y la norma legal precedente establecen claramente el procedimiento a seguir para la Liquidación del Contrato, el Tribunal Arbitral, para los efectos de determinar si corresponde pagar el saldo de la Liquidación Final al Contratista, analizará, si el procedimiento adoptado por las partes se encuentra arreglado a Ley, es decir, si se ha cumplido lo siguiente:

- Si se ha cumplido con presentar la liquidación dentro del plazo estipulado en el Reglamento.
- Si se observó la Liquidación y se emitió pronunciamiento a dichas observaciones.
- Si corresponde el pago del saldo reclamado

<u>Respecto a si se ha cumplido con presentar la liquidación dentro del plazo estipulado en el Reglamento</u>

14. Que, el plazo dentro del cual la Entidad ha presentado su liquidación Final del Contrato, no ha sido materia de cuestionamiento por el Contratista, por tanto el Tribunal Arbitral no emitirá pronunciamiento al respecto.

20. Que, la Entidad no ha sometido a arbitraje, ninguna pretensión respecto a la liquidación final de obra aprobada, por tanto dicha decisión ha quedado consentida, teniendo en cuenta que quien promueve el presente arbitraje es el Contratista y no la Entidad.

Respecto a si corresponde el pago del saldo reclamado

21. Que, habiéndose verificado que la Liquidación de Obra con las observaciones formuladas por el Contratista, ha quedado aprobada, por efectos de lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, correspondería que la Entidad pague al Contratista el saldo liquidado en la suma de S/. 221,870.48;

22. Que, sin embargo, de los medios probatorios que fluyen en autos, el Tribunal Arbitral ha podido comprobar que efectivamente el Contratista ha considerado dentro de su liquidación de obra, conceptos que no han sido otorgados por la Entidad, es más que han sido denegados mediante actos administrativos que en la fecha se mantienen firmes, tal es el caso de la Resolución Jefatural No. 286-2012-FONDEPES/J, de fecha 23/10/12, que denegó el presupuesto Adicional No. 01 en la suma de S/. 141,570.04 y la Resolución de Secretaría General No. 114-2012-FONDEPES/SG, de fecha 16/11/12, que denegó la solicitud de ampliación de plazo No. 03, por ende no correspondería ni el pago del adicional de obra No. 01, que el Contratista ha considerado dentro de su liquidación como "trabajos imprescindibles", ni el pago de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo No. 03, que el Contratista ha liquidado en la suma de S/. 21,384.20. (resumen de mayores gastos generales)

23. Que, la Liquidación de Obra debe contener en estricto un ajuste formal y final de cuentas en la cual se pueda verificar la corrección de las prestaciones, tanto del Contratista como de la Entidad, que garantice que el costo total de la obra, y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad, sean los verdaderamente reales.

Ica", por el valor de S/. 97,271.75 (Noventa y siete mil doscientos setenta y uno con 75/100 nuevos soles)".

POSICION DEL CONTRATISTA

- Expresa el Contratista, que el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Garantía de Fiel Cumplimiento tendrá una vigencia, en el caso de Ejecución de Obra, hasta el consentimiento de la liquidación final.

- Que, en el presente caso, tal como se expusiera líneas arriba, la Demandada dejó consentir el plazo para pronunciarse sobre las observaciones realizadas a la liquidación de obra realizada por mi representada, en tal sentido, la liquidación de obra final ha quedado consentida, con un saldo a favor de la Contratista por el monto de S/. 221 870.48 (Doscientos Veintiún Mil Ochocientos Setenta con 100/48 Nuevos soles). Por ende, corresponde que se proceda a la devolución el deposito en garantía por fiel cumplimiento, ascendente a la suma de S/. 97 271.75 (Noventa y Siete Mil Doscientos Setenta y Uno con 75/100 Nuevos Soles).

POSICION DE LA ENTIDAD

- Manifiesta la Entidad que la garantía de fiel cumplimiento se encuentra regulada en el articulo 158° del Reglamento de la Ley y es exigida previamente a la suscripción del contrato Debe ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tiene vigencia hasta la conformidad la recepción de la prestación a cargo del Contratista en el caso de bienes y servicios, hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoria de obras.

- Que, esta Garantía tiene por finalidad desincentivar el incumplimiento injustificado del Contratista, así como asegurar a la Entidad una reparación económica en caso este incumpla el contrato, es decir; esta garantía acompaña todo el tiempo de vigencia de la ejecución contractual e inclusive tiene que estar vigente y no se puede ejecutar aun cuando existe una controversia y que ésta quede consentida.

"Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones" con el representante legal de la corporación, dicho documento no reemplaza el acta de recepción de obra, dado que no se encuentra suscrito conjuntamente por los integrantes del Comité de Recepción designado para tal efecto.

- Que, de acuerdo al artículo158° de la Ley contrataciones del Estado la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la Liquidación Final, en el caso de ejecución y consultoría de obras y al haber en el presente caso controversia respecto de este punto, la Entidad no podrá liberar dicha garantía.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde ordenar a la Entidad la entrega a favor del Contratista el deposito en garantía por el valor de S/. 97,271.75.

1. Al respecto, se debe precisar que en la CLAUSULA OCTAVA del Contrato, se indicó que, para la suscripción del contrato, el Contratista ha optado como Garantía de Fiel Cumplimiento la retención del 10% del monto del contrato, cuyo importe asciende a la suma de S/. 97,271.75, a través de retenciones de dicho monto a efectuarse en la primera mitad del número total de pagos a realizarse de forma prorrateada a ser devuelto a la finalización del mismo y hasta el consentimiento de la liquidación final.

2. Que, por otro lado, el Artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que *"……..los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad"*

3. Que, de igual modo el artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: *"…. las micro y pequeñas empresas podrán optar que como garantía de fiel cumplimiento, la Entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto*

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.

3. Asimismo el Artículo 73°, en su numeral 1, señala 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.

4. En ese sentido el Tribunal Arbitral, considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral.

5. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte debe asumir directamente los costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral en forma proporcional, es decir 50% cada una.

6. Que, con el Acta de Instalación de fecha 09/12/15, se fijó como gastos arbitrales los siguientes montos:

- ✓ La suma de S/. 5,727.61 soles netos para cada uno de los árbitros, que hacen un total de S/. 17,182.83 (netos) para todo el Tribunal, de los cuales la Entidad debió asumir el 50%, es decir, la suma de S/. 8,591.42 Soles netos.
- ✓ La suma de S/. 5,234.61 soles netos para la Secretaría Arbitral del SNA-OSCE, de los cuales la Entidad debió asumir el 50%, es decir la suma de S/. 2,617.31 Soles netos.

QUINTO: Respecto a los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral, determina que cada parte debe asumir los costos arbitrales del presente proceso en forma proporcional (50% cada una); por lo que teniendo en cuenta que, CORPORACION MACHU PICCHU S.A.C. asumió el íntegro de los gastos arbitrales, que correspondían a la Entidad, se **ORDENA** al FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES, reintegre al demandante, los gastos arbitrales pagados en su nombre en la suma de S/. 11,208.73 Soles, a los cuales deberá agregársele el IGV, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva del pago.

Notifíquese a las partes.

Dr. Ramiro Rivera Reyes
Presidente del Tribunal Arbitral

Dra. Fredesbinda Neira Huamán
Árbitro

Dr. Mario Manuel Silva López
Árbitro

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
FONDEPES

RESOLUCIÓN JEFATURAL
N° 177 -2014- FONDEPES/J

Lima, 07 AGO. 2014

S. GONZALEZ

VISTA. La Nota N° 196-2014-FONDEPES/SG y el Memorando N° 0530-2014-FONDEPES/SG, ambos relacionados a la designación del responsable de la elaboración y actualización del Portal de Transparencia del FONDEPES, y;

J. DIAZ

CONSIDERANDO

Que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, tiene como finalidad promover la transparencia de las entidades del Estado y regular el derecho fundamental de acceso a la información, consagrado en el en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú;

Que, el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, FONDEPES, es un Organismo Público Ejecutor, adscrito al Ministerio de la Producción con personería jurídica de derecho público. Goza de autonomía técnica, económica, administrativa y académica, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su reglamento;

Que, el artículo 4° del Reglamento de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, dispone que la designación del funcionario o funcionarios responsables de entregar la información y del funcionario responsable de la elaboración y actualización del Portal se efectuará mediante Resolución de la máxima autoridad de la entidad y será publicada en el Diario Oficial El Peruano, debiendo, la Entidad, colocar copia de la Resolución de designación en lugar visible de cada una de las sedes administrativas;

W. POMA

Que, mediante Resolución Jefatural N° 017-2011-FONDEPES/J, del 12 de enero de 2011, se designó al señor ingeniero Ricardo Siancas Culquiconcor, encargado de la Oficina de Sistemas de la Oficina General de Administración, como funcionario responsable de la elaboración y actualización de la información institucional que se difunda a través del portal de transparencia de la Entidad;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 346-2012-PRODUCE, del 24 de julio de 2012, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 377-2012-PRODUCE, del 15 de agosto de 2012, se aprobó el Cuadro para la Asignación de Personal del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, el cual fue reordenado mediante la Resolución Jefatural N° 285-2012-FONDEPES/J, del 19 de octubre de 2012, estableciéndose la nueva denominación de los cargos del personal que labora en el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero;

Que, atendiendo a la entrada en vigencia del nuevo Reglamento de Organización y Funciones, a la estructura orgánica establecida en el mismo; y a los cargos definidos y aprobados a través del Cuadro para la Asignación de Personal, resultaba necesario encargar las funciones de los cargos previstos en el mismo, de acuerdo con la naturaleza de las funciones y niveles de responsabilidad;

Que, en ese sentido, mediante Resolución Jefatural Nº 264-2012-FONDEPES/J, del 05 de octubre de 2012, se encargó al señor ingeniero Ricardo Siancas Culquicondor el cargo de Coordinador del Área de Tecnología de la Información y Comunicación de la Oficina General de Administración, con efectividad al 08 de agosto de 2012;

Que, mediante Resolución Jefatural Nº 46-2014-FONDEPES/J, del 12 de febrero de 2014, se encargó al señor ingeniero Ricardo Siancas Culquicondor el cargo de Coordinador del Área de Tecnología de la Información y Comunicación de la Oficina General de Administración, con eficacia al 01 de enero de 2014;

Que, debe tenerse presente lo establecido por el artículo 17º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que la autoridad podrá disponer en el acto administrativo que éste tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.

Que, en el ejercicio de las facultades conferidas en el literal s) del artículo 8º del Reglamento de Organización y Funciones aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 346-2012-PRODUCE, y;

Con el visado de la Secretaría General, Oficina General de Administración y la Oficina General de Asesoría Jurídica, en lo que corresponde a sus competencias.

SE RESUELVE

Artículo 1º.- Designar, al señor ingeniero Ricardo Siancas Culquicondor, Coordinador del Área de Tecnología de la Información y Comunicación de la Oficina General de Administración, como responsable de la elaboración y actualización del Portal de Transparencia del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, de acuerdo a los dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM y su reglamento con eficacia anticipada al 01 de enero de 2014.

Artículo 2º - Encargar a la Oficina General de Administración, la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional. (www.fondepes.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
FONDEPES

SERGIO GONZALEZ GUERRERO
JEFE