Caso Arbitral: IBERICO INGENIERÍA Y CONSTRUCCION S.A – FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO.
Contrato de Obra: "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande Distrito de Paracas, Región Ica".

Lima, 21 de Julio de 2016

FONDEPES
RECEPCIÓN
Fecha: 21 JUL. 2016
Por:
Hora: 3:41 N° Registro: 3716
NO IMPLICA CONFORMIDAD NI ACEPTACIÓN

Señores

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES
Av. Petit Thouars N° 115
LIMA.-

Referencia: **Caso Arbitral seguido por Iberico Ingeniería y Construcción S.A. contra el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES**

De mi consideración:

Por la presente, conforme a lo establecido en el numeral 45[1] del Acta de Instalación, cumplo con notificar a ustedes el Laudo Arbitral en Mayoría, emitido con la Resolución N° 27 de fecha 18 de Julio de 2016, de fojas 42, para su conocimiento y cumplimiento.

Atentamente,

Mayckol E. Beteta Díaz
Secretario Arbitral

PROCURADURIA PÚBLICA-FONDEPES
Reg. N° 3716
Lima;
Pase a : Mony
Para :
Plazo :
Observación : verificar

FONDEPES
PROCURADURÍA PÚBLICA
21 JUL. 2016
Reg. N° 3716
Hora 04:01 PM Firma:

[1] 45. Al vencimiento del plazo para laudar, el Tribunal Arbitral deberá remitir el laudo a la Secretaria, y esta deberá notificarla personalmente a las partes dentro de los cinco (05) días siguientes de recibido.

Sede del Tribunal: Avenida Arequipa N° 1295 Oficina N° 601, Santa Beatriz
Teléfono: 953947146/ #953947146
Email: mayckolbd09@gmail.com

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PARTES: **IBERICO INGENIERÍA Y CONSTRUCCION S.A.**
(DEMANDANTE)

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES
(DEMANDADO)

TRIBUNAL ARBITRAL: **ARMINDA ISABEL ANDRADE VILLAVICENCIOS** (Presidenta)

MARIA ESTHER DÁVILA CHÁVEZ

RITA SABROSO MINAYA

RESOLUCIÓN Nº 27

Lima, 18 de julio de 2016

I.- EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 05 de noviembre de 2007, la empresa Ibeco Contratistas Generales S.A., cuya razón social vigente es Iberico Ingeniería y Construcción S.A. (en adelante, EL CONTRATISTA) suscribió con el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES (en adelante, LA ENTIDAD) el Contrato de Ejecución de Obra: "**Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande Distrito de Paracas; Región Ica**".

A través del numeral 27.2.1 de la Cláusula Vigésimo Séptima de EL CONTRATO pactaron la CLÁUSULA ARBITRAL, la cual establece lo siguiente:

> *"27.2.1. En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO".*

II.- TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

2.1 De la Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 10 de octubre de 2014, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por las doctoras Arminda Isabel Andrade Villavicencios, María Esther Dávila Chávez y Rita Sabroso Minaya.

En dicha audiencia, las Árbitros declararon haber sido debidamente designadas de conformidad con el convenio arbitral previsto por las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad, independencia y probidad su labor.

En esta diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que este arbitraje es Ad hoc, Nacional y de Derecho; ratificando las árbitros su aceptación al cargo. Asimismo, se dejó constancia de que no están sujetas a incompatibilidad alguna ni a hechos ni circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia que las obligara a inhibirse por haber mantenido compromiso alguno con las partes, o con los respectivos abogados, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia. Por su parte, las partes expresaron no tener cuestionamiento alguno respecto de las árbitros intervinientes, por lo que se entendió que las partes dieron su conformidad a las disposiciones contenidas en dicha acta.

Finalmente, en dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso al abogado Mayckol Ernesto Beteta Díaz, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Av. Arequipa 1295 Of. 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima, provincia y departamento de Lima.

2.2 De la presentación de la Demanda

EL CONTRATISTA, con fecha 31 de octubre de 2014, presentó ante la Secretaría del Tribunal la Demanda Arbitral interpuesta contra el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES, en torno a la controversia derivada de la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra: "**Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande Distrito de Paracas; Región Ica**".

EL CONTRATISTA presenta su escrito de demanda, formulando las siguientes pretensiones:

A) *Que el Tribunal declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG de fecha 21.05.14, notificada el 23.05.14, por contravenir lo dispuesto en el numeral 2) de los artículos 225 y 226 del D.S N° 084-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

B) *Que vuestro Tribunal declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la penalidad que pretende aplicar el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES, por la suma de S/. 13,516.40, por no ajustarse a lo dispuesto y establecido en el artículo 222 del D.S. N° 084-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

C) *Que el Tribunal Arbitral ponga fin al contrato "Rehabilitación Integral del desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande, Distrito de Paracas; Región Ica", sin mayor responsabilidad para las partes, conforme a lo establecido en el artículo 224 del D.S. N° 084-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y teniendo en cuenta que las partes han llegado a un punto de no continuar con el contrato.*

D) La obligación por parte de la Entidad Contratante, de dar suma de dinero (pago) por los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de cancelación.

E) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios por el monto de S/. 2,500.00 que se originen como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de la demandante en diversos procesos de selección.

2.2 De la Contestación de la Demanda y sobre la formulación de las excepciones

LA ENTIDAD, con fecha 04 de diciembre de 2014, contestó la demanda y formuló excepción de caducidad y cosa juzgada contra la pretensión A) y E) de la Demanda respectivamente.

Mediante Resolución N° 05, de fecha 11 de diciembre de 2014, se admitió a trámite la Contestación de Demanda y se corrió traslado de la excepción de caducidad y cosa juzgada a EL CONTRATISTA, para que manifiesten lo conveniente a su derecho.

Al respecto, EL CONTRATISTA, mediante escrito de fecha 07 de enero de 2015, absolvió la excepción de caducidad y la de cosa juzgada planteada por la Entidad.

2.3 De la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Con fecha 20 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la cual el Tribunal dispuso que las excepciones de cosa juzgada y caducidad sean resueltas al momento de laudar.

Sin embargo, este Colegiado procedió a suspender la audiencia en razón a que LA ENTIDAD en el punto 1.3.3 de la Contestación de Demanda indicó que la pretensión C) de la Demanda constituiría una materia no arbitrable, por lo que el Tribunal dispuso otorgar a EL CONTRATISTA un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo que considera pertinente a su derecho, a fin de evitar futuras nulidades.

Con fecha 15 de mayo de 2015, el Tribunal procedió a continuar con la Audiencia de Conciliación de y Determinación de Puntos Controvertidos suspendida el 20 de febrero de 2015, estableciéndose que la excepción de incompetencia (objeción al arbitraje) deducida por LA ENTIDAD en su Contestación de Demanda sea materia de pronunciamiento al momento de laudar.

Por último, en este acto, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

1) *Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG, de fecha 21 de mayo del 2014, notificada el 23 de mayo del 2014, por contravenir lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 225 y el artículo 226 del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.*

2) *Determinar si corresponde o no declarar la Invalidez, Nulidad y/o Ineficacia de la penalidad que pretende aplicar el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – Fondepes, por la suma de S/. 13,516.40, por no ajustarse a lo dispuesto y establecido en el artículo 222° del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y*

Adquisiciones del Estado y en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

3) *Determinar si corresponde o no poner fin al contrato "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande, Distrito de Paracas; Región Ica", sin mayor responsabilidad para las partes, conforme a lo establecido en el artículo 224 del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, teniendo en cuenta que las partes han llegado a un punto de no continuar con el contrato.*

4) *Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene a la Entidad el pago de S/.2,500.00 por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y Arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.*

5) *Determinar a quién corresponde el pago de costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente proceso arbitral, más intereses hasta la fecha de cancelación.*

2.4 De la presentación de alegatos escritos

Que, mediante Resolución N° 12, de fecha 26 de mayo de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la etapa probatoria y concedió a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, para presentar su escrito de alegatos.

Que, con fecha 23 de junio de 2015, LA ENTIDAD presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado: *"Formula alegatos y solicito informe oral"*, por el cual reiteró sus argumentos de defensa.

Que, con fecha 30 de junio de 2015, EL CONTRATISTA presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado *"Alegatos"*, a través del cual manifiesta que se reservababa a exponer sus alegatos en la Audiencia de Informes Orales.

2.5 De la Audiencia de Informes Orales

Con fecha 22 de marzo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales a través de la cual, EL CONTRATISTA y LA ENTIDAD expusieron sus alegatos y manifestaron su posición respecto a la presente controversia.

La audiencia en cuestión fue grabada y obra en audio adjunto en el presente Expediente Arbitral.

2.6 De la Fijación del plazo para laudar

De conformidad con el numeral 44) de las Reglas del Proceso del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 24 de fecha 21 de abril de 2016, se declaró el cierre de Instrucción y se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar.

Asimismo, mediante Resolución N° 25 de fecha 30 de mayo de 2016, este Colegiado dispuso ampliar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.

Ahora bien, es pertinente señalar que EL CONTRATISTA presentó un escrito, con fecha 28 de junio de 2016, el mismo que este Colegiado considera tener presente; sin embargo, resulta necesario precisar que estando en etapa de emisión de laudo, no corresponde a las partes estar presentando escritos.

III.- CUESTIONES PRELIMINARES

Previamente, el Tribunal Arbitral deja constancia de que al emitir el presente laudo se ha valorado la totalidad de los medios probatorios admitidos a trámite en el presente proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación de todas las pruebas y/o hechos no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no ha sido valorado; por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviera respecto de la controversia materia de análisis.

3.1 Respecto a la Excepción de Cosa Juzgada contra la Pretensión E de la Demanda

LA ENTIDAD formula excepción de cosa juzgada contra la pretensión E de la Demanda, cuyo tenor es el siguiente:

> *E) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestras pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y Arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.*

Posición de LA ENTIDAD

- Sostiene la Entidad que la excepción de cosa juzgada se encuentra contenida en el inciso 8 del artículo 446° del Código Procesal Civil y que para que ocurra se debe presentar una identidad entre el sujeto, objeto y decisión correspondiente en cada uno de los procesos que

la generan, por lo que, como señala LA ENTIDAD, en el presente caso se constata que: i) Hubo un proceso arbitral entre las mismas partes de este contrato, que fue resuelto a través de un laudo arbitral de fecha 06 de julio del 2009; ii) EL CONTRATISTA planteó una pretensión que originó la formulación de un punto controvertido, el cual versó sobre el reconocimiento de una indemnización expresada en términos idénticos a los que viene postulando para el presente proceso arbitral; y iii) dicha pretensión fue resuelta por el tribunal ad – hoc indicado, declarándola improcedente ante la ausencia de medios probatorios que la sustenten.

- En consecuencia, para LA ENTIDAD resulta evidente que se han dado las tres identidades que condicionan la existencia de la excepción de cosa juzgada; por lo que deduce excepción de cosa juzgada.

Posición de EL CONTRATISTA

- El CONTRATISTA señala que en el acotado laudo, de fecha 06 de julio de 2016, sólo se declaró improcedente la pretensión que es materia de esta excepción, dado que dentro de ese proceso arbitral no se acreditó debidamente los daños y perjuicios causados.

- Por lo que, resalta EL CONTRATISTA, al ser declarada la pretensión como improcedente solo por la falta de medios probatorios, ello implicaría que al reunir las pruebas pertinentes se podría volver a solicitar dicha pretensión. Finalmente, el demandante señala que la improcedencia de la pretensión no constituye cosa juzgada en sí, a diferencia de la figura de infundada, que sí implicaría que a pretensión no tiene fundamento y no podrá ser sujeta a algún proceso posterior.

- Bajo los argumentos precedentes EL CONTRATISTA solicita que sea desestimada la excepción de caducidad.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

- Que, según Devis Echandía,[1] en doctrina las excepciones se refieren siempre al fondo de la cuestión, bien sea para destruir definitivamente las pretensiones del demandante, haciendo imposible un nuevo juicio al respecto y constituyendo cosa juzgada, o anulando sólo los efectos perseguidos por aquél en el proceso en que se formulan, sin hacer imposible otro posterior. Pero en todo caso, atacan al fondo del litigio.

- Que, nuestra Constitución en el artículo 139° inciso 13 consagra la figura de la excepción de la cosa juzgada, el mismo que evita que se revivan procesos fenecidos con resolución firme, por lo que cuando una parte la deduce pretende que prevalezca el primer pronunciamiento firme que dio solución a su controversia.

- Que, el principal objetivo de esta figura es asegurar que lo ordenado por resolución firme o con la calidad de cosa juzgada no se revise nuevamente dentro de un proceso y que lo ordenado por tal se cumpla sin mayores objeciones.

- Que, como sabemos, la excepción de cosa juzgada es la institución procesal invocada por quien quiere hacer valer el carácter incuestionable e irrevisable de una sentencia ya pronunciada por los órganos jurisdiccionales.

- Que, en consecuencia, la finalidad de esta figura es lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente y la concreción de la prohibición a los órganos jurisdiccionales de ventilar un asunto ya juzgado, para que de este modo no se afecten las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia con autoridad de cosa juzgada, las mismas que se regirán de acuerdo a lo ordenado en dicha sentencia.

- Que, quien deduzca la excepción de cosa juzgada deberá acreditar tres requisitos fundamentales: primero, que las partes que siguieron el proceso sean las mismas (identidad de sujetos); segundo, que la causa o acción (interés para obrar) y la cosa u objeto (Identidad de Objeto) sean idénticos; y, por último, que el proceso en cuestión haya terminado por resolución firme y ejecutoriada.

[1] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar, 1966, p. 501.

- Que, para el análisis del caso, es evidente que se cumple con el requisito de identidad de sujetos, siendo que ambas partes son las mismas en uno y en este proceso; sin embargo, se tiene de la literalidad de la Pretensión E que la parte demandante busca que se le indemnice por los daños y perjuicios que le habría ocasionado el hecho de mantener vigentes las pólizas de caución, fiel cumplimiento, adelanto directo y adelanto de materiales por concepto de vigencia del contrato que les rige hasta la fecha, así como por los gastos de patrocinio y por las utilidades dejadas de percibir; es entonces que se aprecia, respecto de la anterior pretensión que fue materia de pronunciamiento en el laudo de fecha 06 de julio de 2009, que el interés para obrar se ha mantenido en el tiempo, puesto que al no liquidarse el Contrato, permanece la obligación de mantener vigentes dichas causas, por lo que no existe identidad de objeto.

- Ahora, sin perjuicio de que, ahondado a ello, se advierte que mediante el Laudo de fecha 06 de julio de 2009, el Tribunal Arbitral encargado determinó que por la falta de acreditación de los daños y perjuicios, se declaró improcedente dicha pretensión mas no infundada. Siendo ello así, el demandante puede volver a plantear su pretensión, siempre que su derecho no haya caducado en el tiempo.

- En base a ello, este Tribunal Arbitral considera que EL CONTRATISTA puede presentar nuevamente su demanda de indemnización, por lo que, corresponde desestimar la excepción de cosa juzgada planteada por LA ENTIDAD.

3.2 Respecto a la Excepción de Caducidad contra la Pretensión A de la Demanda

LA ENTIDAD formula excepción de caducidad contra la pretensión A de la Demanda, cuyo tenor es el siguiente:

> *A) Que, el Tribunal declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG de fecha 21.05.14, notificada el 23.05.14, por contravenir lo dispuesto en el numeral 2) de los artículos 225 y 226 del D.S N° 084-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; así como, lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

Posición de LA ENTIDAD

- La demandada manifiesta que su pedido de excepción de caducidad se fundamenta en el artículo 227°del Reglamento, pues el pedido del contratista habría caducado, porque el texto normativo señala que al surgir alguna controversia sobre la resolución del contrato, la parte en desacuerdo puede recurrir a la conciliación o el arbitraje, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución y que vencido este plazo la resolución del contrato habría quedado consentida.

- Siendo ello así, LA ENTIDAD señala que el demandante habría sido comunicado con la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG, mediante la cual se resuelve el contrato por máxima penalidad, el día 23 de mayo de 2014, por lo que tenía 15 días hábiles para presentar su demanda; no obstante, recién solicita el arbitraje el día 26 de junio de 2014. Dicha fecha, según la demandada, ya estaría fuera del plazo, porque la resolución de contrato ya habria quedado consentida.

Posición de EL CONTRATISTA

- Al respecto, el demandante señala que la caducidad es fijada por ley y no por un reglamento; para fundamentar su alegación indica que el artículo 2004° del Código Civil ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad con la finalidad de que no exista un uso abusivo de la misma, debido a la consecuencia que genera su aplicación.

- Asimismo, EL CONTRATISTA afirma que la caducidad debería estar fijada en el caso de Contrataciones con el Estado, por la Ley, es decir por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N°083-2004-PCM, y no por su Reglamento.

- Finalmente, el demandante arguye que en el artículo 52° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N°083-2004-PCM, sí se regula un plazo de caducidad, el mismo que determina que las controversias se resuelven por Conciliación y/o Arbitraje, en cualquier momento anterior a la culminación del Contrato. Y,

señala EL CONTRATISTA, siendo que el artículo 42° del mismo cuerpo normativo, establece que los contratos de ejecución culminan con la liquidación, el contrato que origina esta controversia no ha culminado, por lo que pide sea desestimada la excepción de caducidad.

- Sin perjuicio de lo anteriormente alegado, EL CONTRATISTA indica que debe tenerse en cuenta que mediante Carta N° 027-2014/IBERICO, de fecha 27 de mayo de 2014, se solicitó el inicio del proceso arbitral.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

- Que, como se aprecia en la posición de LA ENTIDAD y en la de EL CONTRATISTA, la controversia se centra en el plazo de caducidad para ejercer el derecho a controvertir la resolución contractual por máximo de penalidad por parte del demandante: para la demandada, el plazo ya habría caducado y se trataría de un resolución contractual consentida, ello en base al artículo 227° del Reglamento; por el contrario, el demandante afirma que su pretensión no habría caducado, puesto que mediante Reglamento no es posible regular plazos de caducidad, argumentos tratados en las reseñas de ambas partes.

- Que, como es sabido, mediante la caducidad, se evita que la inacción de un titular de un derecho se prolongue en el tiempo generando incertidumbre en las diversas situaciones jurídicas dentro de una relación más aún si está es del tipo contractual, como bien señala Díez-Picazo, la caducidad protege el interés general frente a la incertidumbre de una situación pendiente y con posibilidad de modificación[2].

- Que, teniendo en consideración que el ordenamiento jurídico peruano, mediante el artículo 2004° del Código Civil, establece que la caducidad solo puede ser fijada por ley con énfasis en que no se admite pacto en contrario; por lo que nos encontramos ante una norma de carácter imperativo.

- Que, en el caso que nos ocupa, el artículo 53° inciso 2 de la Ley de Contrataciones vigente y aplicable a este Contrato – y a sus controversias- establece lo siguiente:

2 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, (octubre-diciembre), 1936, fascículo V, tomo XVI, p. 999.

Artículo 53.- Solución de controversias.-

(...)

53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

(...)

(El subrayado es nuestro).

- Que, del artículo en cuestión, se advierte que la Ley de contratación pública establece como plazo de caducidad para someter las controversias a arbitraje la fecha límite de la culminación del contrato. A su vez, el artículo 43° del misma normativa estable que la culminación de los contratos de ejecución se dan con la liquidación, como se advierte en el tenor del mismo:

Artículo 43.- Culminación del contrato.-

(...)

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

(...)

(El subrayado es nuestro).

- Que, como bien señala LA ENTIDAD, también el artículo 267° del Reglamento establece que la controversia sobre resolución contractual, deberá ser planteada dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida, como bien se advierte a continuación:

Artículo 227.- Efectos de la resolución

(...)

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

(El subrayado es nuestro).

- Que, este artículo no menciona que ese plazo deba ser considerado como uno de caducidad, sin embargo, condiciona su inobservancia con el hecho de que la resolución contractual quedaría consentida.

- Que, también es preciso analizar que es el propio Reglamento en su artículo 273° el cual confirma que los plazos de caducidad para dar inicio al arbitraje deben regirse por el artículo 53° de la Ley, lo cual permite entrever que tal remisión no hace otra cosa que cumplir con la determinación de que caducidad establecida por ley.

> **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.
> (...)
> *(El subrayado es nuestro).*

- Que, bajo una lectura conjunta de la normativa aplicable a la controversia y tratada en los ítems precedentes, este Tribunal Arbitral considera que, como la ENTIDAD tiene como fundamento principal de su deducción de excepción de caducidad un artículo contenido en un reglamento y no en un ley, como lo ordena imperativamente nuestro ordenamiento jurídico, se debe desestimar esta excepción.

- Que, incluso, como se puede observar, en el citado artículo 227 del Reglamento no se establece que el mismo fije un plazo de caducidad (a diferencia de lo establecido por el citado artículo 53 de la Ley). Asimismo, se aprecia que se trata de una norma facultativa y no imperativa, en tanto se dice que las partes "podrán".

- Que, además, el propio artículo 273 del Reglamento reconoce que el plazo de caducidad es el fijado por el artículo 53 de la Ley, cuando establece que "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". (El subrayado es nuestro).

- Que, como hemos visto, sólo el artículo 53 de la Ley establece un plazo de caducidad, el mismo que ha sido respetado por el demandante al someter a arbitraje las pretensiones objeto del presente proceso.

- Que, finalmente, este Colegiado también tiene en consideración que la pretensión en cuestión de EL CONTRATISTA fue incoada dentro del plazo previsto en el artículo 53° de la Ley, dado que ninguna de las partes ha alegado que ya exista una liquidación lo que implica que el contrato no ha culminado y, por ende, no hay plazo de caducidad vencido.

3.3 Respecto a la Excepción de Incompetencia contra la Pretensión C de la Demanda

LA ENTIDAD formula excepción de incompetencia contra la pretensión C de la Demanda, cuyo tenor es el siguiente:

> *C) Que, el Tribunal Arbitral ponga fin al contrato "Rehabilitación Integral del desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande, Distrito de Paracas; Región Ica", sin mayor responsabilidad para las partes, conforme a lo establecido en el artículo 224 del D.S. N° 084-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y, teniendo en cuenta a que las partes han llegado a un punto de no continuar con el contrato.*

Posición de LA ENTIDAD

- Para la demandada, la pretensión constituye materia no arbitrable, dado que el articulo 224° del Reglamento establece que las partes del contrato son las únicas que pueden poner fin al mismo a través de resolución motivada por un hecho posterior a la suscripción del mismo. Por lo que, concluye LA ENTIDAD, la potestad resolutoria no se encuentra en manos de ningún otro sujeto, porque es potestativa y sujeta al interés de la parte que lo requiere.

- Además, la demandada arguye que esta pretensión es contradictoria, toda vez que la resolución contractual solo se presenta de dos formas: "resolución con culpa" o "resolución

por mutuo acuerdo". Siendo ello así, para LA ENTIDAD, proponer una resolución sin mayor responsabilidad de las partes daría a entender que es el tipo de resolución por mutuo acuerdo, por lo que no tiene razón que esta pretensión sea solicitada al colegiado solo por una parte.

- Finalmente, la demandada sostiene que en el artículo 227° del Reglamento no se aprecia que en el mismo se hubiera incluido como materia arbitrable una resolución del contrato que no fuera por culpa de una de las partes.

Posición de EL CONTRATISTA

- Al respecto, el demandante arguye que lo señalado por LA ENTIDAD contraviene directamente con la naturaleza del arbitraje aplicable al caso de contratos de ejecución, dado que tanto en el artículo 40° así como en el artículo 52° de la Ley de contratación pública aplicable al caso, ordena a que cualquier controversia suscitada entre las partes sea resuelta en la vía arbitral y que, además, dicho cuerpo normativo no regula exclusión alguna respecto a la pretensión planteada. Finalmente, EL CONTRATISTA pide que se desestime dicha excepción por lo anteriormente señalado y en virtud a la Cláusula Vigésimo Séptima estipulada en el Contrato.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

- Que, se advierte que ambas partes han analizado la normativa en contratación pública aplicable al caso y que han interpretado acorde a su criterio. Ahora bien, es tarea de este Tribunal Arbitral determinar si la pretensión formulada por el demandante constituye o no materia arbitrable.

- Que, como señala Caivano,[3] el arbitraje nace mediante una declaración de voluntad común de las partes. Esa estipulación implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el

[3] CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.° 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 111.

arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios.

- Que el arbitraje tiene ciertos límites y, a entender del citado autor,[4] ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

- Que, de esta manera, Zuleta[5] señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

- Que, dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:[6]

    - Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);

    - Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);

[4] CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 116.

[5] ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 223.

[6] CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 117.

- Obligatorio en sentido material: debe hacer identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y

- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

- Que, en ese sentido, primero se debe analizar la arbitrabilidad objetiva y, luego, analizar el alcance objetivo del convenio arbitral pactado por las partes.

- Que, las partes suscribieron el contrato que origina la materia de este arbitraje, en el acotado contrato se estableció en la Cláusula Vigésimo Séptima que las partes acordaron que cualquier controversia será resolvería mediante arbitraje, como se puede apreciar en la literalidad del artículo 27.2, como sigue a continuación:

27.2.- Aplicación del Arbitraje.-

27.2.1.- En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO.

(El subrayado es nuestro).

- Que, se advierte de lo regulado en el ejercicio de autonomía por las partes que no realizaron exclusión alguna respecto a las materias que se llevarían a arbitraje.

- Que, tratándose de contratación pública es pertinente también analizar la normativa aplicable, por lo que se tiene que todos los contratos con el Estado deben tener obligatoriamente una cláusula de solución de controversias que las remitan a la vía arbitral, así lo indica el artículo 41° de la Ley, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos.-

Los contratos regulados por la presente Ley 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 no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
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).

Cabe resaltar que el artículo en análisis, también regula la excepción a la regla general del primer párrafo del artículo, señalando que esta no será aplicable para el caso de ejecución de adicionales de obra y mayores metrados no previstos en el contrato respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejerza control previo sobre ellos. No cabe duda que dentro de esta excepción, que hace la ley configura en la determinación legislativa de que esas materias no son arbitrables, no está lo relacionado a la resolución contractual.

- A su vez, en el mismo cuerpo normativo, el artículo 53° que versa sobre Solución de Controversias, ha establecido que la resolución contractual también es plausible de ser controvertida en vía arbitral, como se advierte de la propia literalidad del artículo en cuestión:

Artículo 53.- Solución de controversias.-

(...)

53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

(...)

(El subrayado es nuestro).

- Que, tras el análisis de la normativa en los precedentes anteriores, se puede concluir que la resolución contractual sí puede ser materia arbitrable, por lo tanto, corresponde desestimar la excepción de incompetencia planteada por LA ENTIDAD.

IV.- ANALISIS DE LA CONTROVERSIA

4.1. Marco legal aplicable para resolver la controversia

Con el propósito de atender a cada una de las pretensiones suscitadas en el presente proceso arbitral, este Colegiado considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable a las controversias de fondo del presente proceso arbitral.

Para ello, debemos referirnos a lo establecido en la sección BASE LEGAL del Contrato de Ejecución de Obra "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande Distrito de Paracas – Región Ica", el cual se señala lo siguiente:

> **BASE LEGAL**
>
> D.S. Nº 083-2004-PCM (Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)
> D.S. Nº 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)
>
> (...)
>
> *(El subrayado es nuestro).*

Asimismo, teniendo en consideración que el presente arbitraje es uno de Derecho y que en el numeral 6 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 10 de octubre de 2014, se estableció que para el fondo de la controversia materia de este proceso arbitral se aplicaría la legislación peruana. Siendo ello así, se enfatiza que para resolver el fondo de la controversia se aplicará el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM -en adelante la Ley- y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM -en adelante el Reglamento-, entre otros que se encuentran indicados en el título BASE LEGAL del Contrato.

4.2. Desarrollo de los puntos controvertidos

Para un mejor desarrollo del laudo, este Tribunal Arbitral estima conveniente pronunciarse sobre cada punto controvertido en el orden en el que han sido enumerados en el Acta de Fijación y Puntos Controvertidos. Por lo que se procede a analizar el tema de fondo.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG, de fecha 21 de mayo del 2014, notificada el 23 de mayo del 2014, por contravenir lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 225 y el artículo 226 del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Posición de EL CONTRATISTA

- La parte demandante manifestó que para el análisis de los hechos y el derecho comprometidos en esta pretensión, se debe considerar que LA ENTIDAD resolvió el contrato en forma injusta y arbitraria una primera vez, mediante Carta N° 420-2008-FONDOPES/PCD, de fecha 02 de abril de 2008, diligenciada vía notarial, hecho que le causó extrañeza, según indica, puesto que, con fecha 01 de abril de 2008 –un día anterior a la primera resolución contractual- EL CONTRATISTA requirió a la hoy demandada que reciba la obra. No se tuvo respuesta de la misma y por el contrario se resolvió injustificadamente y se realizó la Constatación Física e Inventario de Materiales el día 08 de abril de 2008, sin presencia del demandante.

- Seguidamente, mencionados hechos fueron materia de otro arbitraje el cual finalizó con la expedición del Laudo, de fecha 06 de julio de 2009, el mismo que declaró fundada la pretensión de EL CONTRATISTA que era declarar invalida la resolución contractual pretendida por la demandada por supuestos atrasos injustificados.

- Asimismo, con el laudo en cuestión se declaró nula el acta de constatación física e inventario

de materiales anteriormente señalada y se declaró procedente el derecho del demandante a una ampliación de plazo por 45 días calendario, así como el pago de los mayores gastos generales. Por último, se declaró nula la Liquidación practicada por LA ENTIDAD, y se declaró improcedente el pedido de aprobación y realización de la liquidación final de obra por parte de aquel Tribunal Arbitral.

- Mediante la Absolución a la Contestación, el demandante señala que en el laudo que nos ocupa quedó por sentado que tampoco procede la aplicación máxima de penalidad practicada en la liquidación de LA ENTIDAD, siendo que esta fue materia de una pretensión[7] en aquel proceso, en el cual determinó que no correspondía aprobar la liquidación en cuestión, por lo que, concluye EL CONTRATISTA, la aplicación de penalidad máxima no procedía.

- Finalmente, el demandante arguye que ahora la demandada pretende maliciosamente resolver el contrato nuevamente por penalidad máxima cuando la obra ha quedado en los términos de la nulidad declarada en el laudo anterior, siendo que en el artículo 12° de la Ley del Procedimiento Administrativo General –en adelante LPAG- se establece de los efectos de la nulidad que cuando en el caso el acto viciado se haya consumado, o bien sea imposible de retrotraer sus efectos, solo dará lugar a la responsabilidad de quien los dictó y, en su caso, a la indemnización para el afectado.

- EL CONTRATISTA concluye que no existiendo retraso injustificado en la ejecución de obra, en consecuencia, no existe causal para resolver el contrato, por lo tanto, es evidente la nulidad de la Carta de resolución emitida por LA ENTIDAD.

Posición de LA ENTIDAD

- La demandada sostiene al respecto que al haber sido declarada nula la resolución de contrato anterior -comunicada con Carta Notarial N° 420-2008-FONDEPES/PCD- por el laudo, de fecha 06 de julio de 2009, no existe resolución alguna que afecte la eficacia del

[7] El tenor de dicha Pretensión fue el siguiente: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO APROBAR LA LIQUIDACIÓN DE OBTRA ELABORADA POR FONDOPES QUE SE ADJUNTO EN LA CARTA N° 579-2007-FONDOPES/DE Y, CONSECUENTEMENTE, SE DETERMINE SI PROCEDE LA APLICACIÓN MÁXIMA DE PENALIDAD AL CONTRATISTA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 222° DEL REGLAMENTO".

contrato, el cual se mantiene vigente hasta que se practique la liquidación y esta quede consentida.

- Por lo que, para LA ENTIDAD, los efectos de la nulidad declarada por el otro Tribunal Arbitral alcanza a los demás actos sucesivos que se derivaron de ella, conforme, según señala, con la aplicación del artículo 13° de la LPAG. Ello implica que el contrato sigue vigente.

- Asimismo, la demandada señala que al plazo contractual ordinario, el cual finalizaba el 27 de enero de 2008, se le tienen que adicionarse 45 días más, en razón a la ampliación de plazo concedida por el anterior Tribunal Arbitral, en consecuencia el plazo contractual culminó el 12 de marzo de 2008. Según señala La ENTIDAD, a esa fecha la obra no había sido entregada ni recepcionada; por lo que a partir del día siguiente, es decir, el 13 de marzo de 2008, se comenzó a aplicar la penalidad regulada en el artículo 222° del Reglamento.

- Es entonces, que para LA ENTIDAD al mantenerse vigente el contrato las partes conservan sus atribuciones, derechos y obligaciones, por lo que su decisión de remitir al aún contratista la Carta N° 80-2014-FONDEPES/SG, de fecha 21 de mayo de 2014, mediante la cual se le imputa un significativo retraso en la ejecución de obra, que ha dado como resultado la acumulación de un monto de penalidad por arriba al 10% del monto contractual, es decir S/.13,516.40, no sólo es legítima sino acorde al inciso 2 del artículo 225° del Reglamento.

- Finalmente, LA ENTIDAD señala que la resolución contractual que ocupa esta pretensión está conforme al artículo 226° del Reglamento, el cual establece el procedimiento de resolución contractual, el mismo que, según el análisis de la demandada, no requiere previamente del apercibimiento, por lo tanto solicita sea declara infundada esta pretensión.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL[8]

- Que, para este Colegiado es imprescindible analizar los hechos que dan origen a la resolución contractual por máximo de penalidad, teniendo en consideración que los hechos

[8] Sobre este punto controvertido se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya emitirá un voto singular el cual se adjunta al presente Laudo.

deben ser narrados, es decir, proporcionados por ambas partes, por lo que desde ya se resalta que en este proceso arbitral ambas partes han tenido la oportunidad de señalar hechos, probarlos y sobre todo el de impugnar y/o controvertirlos para que estos en su conjunto generen certeza al Tribunal Arbitral.

- Que, para este Tribunal Arbitral se tiene por hecho cierto que el contrato de ejecución tenía un plazo contractual de 60 días calendario, según se constata de la Cláusula Quinta del Contrato, como se aprecia a continuación:

> **CLÁUSULA QUINTA** **Plazo de Ejecución**
>
> **5.1.-EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar la obra, objeto del contrato en un plazo de 60 días naturales contados a partir de que se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 240° del Reglamento.**
>
> (...)

- Que, también es cierto que la ejecución de obra dio inicio el día 28 de noviembre de 2007, por lo que su fecha de término se computaba hasta el 26 de enero de 2008.

- Que, LA ENTIDAD advierte retrasos injustificados y los manifiesta a EL CONTRATISTA con Carta N° 024-2008-FONDOPES/DE, notificada el 14 de enero de 2008, la misma que fue absuelta por el hoy demandante, según obra en el expediente, con Carta N° C- 027-2008-IBECO, notificada a FONDOPES el 17 de enero de 2008.

- Que, respecto al plazo contractual se advierte que el demandante, con la misma fecha que absuelve los atrasos injustificados imputados por su contraparte, solicita una ampliación de plazo por 45 días fundamentada en paralizaciones de obra y por errores en el expediente. Obra también en el expediente que esta solicitud fue denegada por LA ENTIDAD y controvertida en el arbitraje que dio origen a la expedición del Laudo de fecha 06 de julio de 2009, el cual analizaremos en los precedentes siguientes.

- Que, EL CONTRATISTA ha adjuntado como medio probatorio el Oficio N° 193-2008-FONDOPES/DE, de fecha 29 de febrero de 2008, mediante el cual LA ENTIDAD, otorgó 15 días de plazo contados a partir de recibida dicha comunicación, documento que no ha sido impugnado por la demandada. Según este apercibimiento, a esa fecha, el plazo contractual se extendía hasta el 15 de marzo de 2008 por potestad de la propia demandada. Al respecto,

el demandante presenta la Carta N° C-0091-2008/IBECO, notificada con fecha 03 de marzo de 2008, en la cual manifiesta su extrañeza por la amenaza de resolución de contrato cuando se ha estado en coordinaciones con el Supervisor y funcionarios de LA ENTIDAD para la aprobación de la ejecución del Adicional N° 01.

- Que, este Tribunal Arbitral advierte que EL CONTRATISTA solicitó la recepción de obra el día 01 de abril de 2008, según medio probatorio presentado: "Cargo de la Carta N° 0133-2008/IBECO", que no fue impugnado por la ENTIDAD, por lo que es un hecho considerado cierto y que causa convicción para este Colegiado. A continuación se advierte el tenor de la misma:

IBECO

CARGO 0065

CARTA N° 0133-2008/IBECO

Señores
FONDEPES
Atención: Sub Dirección de la
Unidad de Abastecimiento
Presente.-

Asunto: Solicito Recepción de Obra

Ref.:
a) Exoneración N° 005-2007-OA/FONDEPES Obra. Rehabilitación Integral del DPA Laguna Grande

De nuestra consideración:

Por medio del presente nos dirigimos a su despacho para saludarle cordialmente y a la vez comunicarles que habiendo concluido con los trabajos de la obra de la referencia, solicitamos la Recepción de Obra.

Sin otro particular me suscribo de Ud

Muy atentamente.

IBECO
DRA. LAGUNA GRANDE

(El subrayado es nuestro).

- Que, además cabe indicar que el abogado de la parte demandada no niega en ningún momento que el contratista haya solicitado la recepción de obra, es más lo ratifica, escúchese el minuto 19:05 del audio de la Audiencia de Informes Orales que obra en este expediente arbitral.

- Que, también obra en el expediente de este proceso arbitral, la Carta N° 420-2008-FONDOPES/PCD, notificada a la parte demandante el día 03 de abril de 2008, por la cual LA ENTIDAD resolvió por primera vez el contrato por la causal de incumplimiento de obligaciones. De ello, se advierte que la demandada lejos de iniciar el procedimiento de recepción de Obra propuesta por EL CONTRATISTA, y transcurrido dos días de la misma, optó por resolver el contrato bajo la causal de incumplimientos contractuales.

- Que, a pesar de que en la Audiencia de Informes Orales, el abogado de LA ENTIDAD señaló que ellos sí realizaron observaciones a la recepción de obra y que estas no fueron subsanadas por EL CONTRATISTA, según se aprecia en el minuto 19:11 del audio de dicha audiencia, llama la atención de este Colegiado que en el expediente de este proceso no se presentó prueba alguna que demuestre que LA ENTIDAD haya realizado dichas observaciones a la recepción de obra propuesta por el demandante.

- Que, al respecto informaron las partes que esta primera resolución contractual fue materia de controversia, entre otras pretensiones llevada a arbitraje, y que dio como resultado el Laudo arbitral de fecha 06 de julio de 2009, cabe resaltar que este laudo fue presentado como medio probatorio por lo que este Colegiado considera relevante su aporte probatorio, tratándose de un laudo firme[9].

Es de resaltar que la norma que regula el arbitraje señala claramente que todo Laudo debe

[9] De la búsqueda realizada en la página web del Poder Judicial respecto a información pública de resoluciones de anulaciones de laudo en el link: link http://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml, se ha podido constatar que dicho laudo fue materia de un recurso de anulación de laudo presentado por LA ENTIDAD, el mismo que fue declarado infundado por la Segunda Sala Comercial de Lima, mediante Resolución N° 21, de fecha 15 de diciembre de 2010.

ser de cumplimiento obligatorio y que además produce los efectos de cosa juzgada, como bien se puede constatar en el artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje:

> **Artículo 59.- Efectos del laudo.**
>
> 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
>
> 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

- Que, en el mencionado laudo, se declaró nula la primera resolución contractual, nula el acta de constatación física e inventario realizada, procedente la ampliación de plazo de 45 días a favor de EL CONTRATISTA –más reconocimiento de mayores gastos generales-, nula la liquidación practicada por LA ENTIDAD, no ha lugar el pedido de liquidar el contrato, no aprobar la liquidación practicada por la demandada y, finalmente, no reconocer el pedido de indemnización.

- Que, de la parte resolutiva de ese laudo, se puede concluir que aquel Tribunal Arbitral modificó el plazo contractual al señalar la procedencia de la ampliación de plazo por 45 días y que, a su vez, ordenó a las partes a que realicen una nueva Acta de constatación física y que establezcan una nueva liquidación, aplicando los criterios desarrollados en el acotado laudo en su página 54. Esto último, se aprecia en la literalidad del laudo, cuyo tenor es el siguiente:

> Respecto de la Liquidación propiamente dicha, habiéndose establecido que la resolución de contrato y el Acta de Constatación Física quedaron sin efecto; ambas partes deben llevar a cabo una nueva Acta de Constatación y establecer una nueva Liquidación, aplicando los criterios contenidos en los considerandos del presente laudo y respetando lo dispuesto en el Artículo 268° y 269° del Reglamento y de acuerdo a lo realmente ejecutado por el Contratista.

(El subrayado es nuestro).

- Que, el presente Colegiado no puede desconocer los alcances y las implicancias de lo ordenado por el otro Tribunal Arbitral, por lo que para resolver la presente controversia se tiene en consideración todos los hechos hasta ahora desarrollados en los precedentes anteriores, siendo estos considerados ciertos por el presente Tribunal Arbitral, ello en base a que fueron demostrados generando convicción y certeza.

- Que, al haber sido declarada la nulidad de la primera resolución contractual y que los efectos de esta nulidad alcanzaron al Acta de Constatación física y a la liquidación practicada por la Entidad, se tiene que el contrato se encuentra vigente hasta la fecha por lo que, solo en este extremo, LA ENTIDAD tiene la razón respecto a la vigencia del contrato. Sin embargo, este Tribunal Arbitral, como ya se ha indicado, no puede desconocer las implicancias de un laudo firme, el mismo que, como ya se indicó y demostró líneas arriba, ordenó a que las partes realicen una nueva constatación física y una nueva liquidación.

- Que, se advierte que lejos de cumplir con el anterior laudo, y habiendo trascurrido 5 años después del laudo, LA ENTIDAD ha optado nuevamente por la resolución contractual pero ahora apelando a la causal de máxima penalidad arguyendo que como el contrato sigue vigente se mantiene sus potestades contractuales.

- Que, en el laudo anterior se advierte que los efectos de la nulidad de la primera resolución no alcanzan a la Carta N° 0133-2008/IBECO (sobre solicitud de recepción de la obra), dado que aquel Tribunal arbitral no lo ordenó así y que, además, LA ENTIDAD nunca se pronunció al respecto de la misma, aún cuando fue debidamente notificada, por lo que cabe concluir que la propuesta de recepción de obra ha quedado pendiente hasta la fecha.

- Que, se advierte el desinterés por parte de LA ENTIDAD, de no cumplir con la recepción de obra y con la presentación de las observaciones pertinentes o no al caso; aún cuando fue el propio laudo anterior el que ordenó lo mismo –realizar nuevamente la constatación física y liquidar– en la fecha 06 de julio de 2009.

- Que, al respecto es preciso analizar lo que dice la Ley sobre la recepción de obra: en su artículo 268°, como sigue a continuación:

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el Cuaderno de Obra 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, el contratista y su residente.

(El subrayado es nuestro).

Como se aprecia del artículo, la recepción de obra inicia con la solicitud de la misma por parte del contratista; acto seguido, es el Supervisor el que debe elevar su pronunciamiento sobre la misma a la Entidad para que esta designe al comité de recepción y en 20 días se proceda a verificar el fiel cumplimiento con el objetivo de realizar el Acta de recepción y se pueda pasar a liquidar.

Que, para este Colegiado LA ENTIDAD pretende hacer ejercicio de sus potestades contractuales de resolución en el momento de la recepción de obra, desconociendo sus obligaciones legales no solo de recibir la obra, sino y principalmente seguir el procedimiento establecido por la normativa en contratación aplicable al caso.

Que, además, en el minuto 20:46 de la Audiencia de Informes Orales, ante la pregunta de la Presidente del Tribunal Arbitral, la misma que refería sobre en base a qué fecha realizaron el cómputo de plazo para aplicar la penalidad, el abogado de la ENTIDAD contestó que computaron los plazos de la penalidad a partir de la fecha en que se les notificó con el laudo y que además, señaló que se otorgó a EL CONTRATISTA un plazo de 15 días para que levantaran las observaciones realizadas por la misma, hechos que tampoco han sido probado en el presente proceso arbitral.

- Que, es la consideración final del presente Tribunal Arbitral que LA ENTIDAD no inobserve lo ordenado por el laudo arbitral y cumpla con el procedimiento previsto por ley, **ello sin perjuicio de las penalidades y los descuentos que considere pero en la liquidación final del contrato.**

- Que, en ese mismo orden de ideas, corresponde declarar fundada la pretensión de EL CONTRATISTA, en consecuencia se declara nula la Resolución contractual bajo la causal de penalidad máxima.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la Invalidez, Nulidad y/o Ineficacia de la penalidad que pretende aplicar el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – Fondepes, por la suma de S/. 13,516.40, por no ajustarse a lo dispuesto y establecido en el artículo 222° del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Posición de EL CONTRATISTA

- Que, se advierte que el demandante no ha precisado sus fundamentos de hecho y de derecho de esta pretensión en su escrito de demanda.

Posición de LA ENTIDAD

- Al respecto, la demandada señala que su contraparte ha sido incapaz de precisar cuál es el hecho, elemento, proceder o metodología empleada que descalifica la penalidad obtenida.

- Asimismo, LA ENTIDAD arguye que es un hecho evidente que al 12 de marzo de 2008, la obra no se encontraba culminada ni recepcionada, por lo que la penalidad aplicada está confirme a la formula y el procedimiento establecido en el artículo 222° del Reglamento.

- Según esta parte, el demandante incurrió en el máximo de penalidad contractual, el cual representa más del 10% del valor contractual, es decir S/. 13,516.40 al 05 de abril de 2008, esto es 24 días posteriores a la fecha de conclusión de su vigencia, que para esta parte se computa desde el 12 de marzo de 2008.

- Finalmente, LA ENTIDAD señala que al 05 de abril de 2008, la obra no tenía observaciones ni la satisfacción de la misma, por lo que, ante tal estado de cosas, ha optado por resolver el contrato con arreglo a la normativa de la materia.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL[10]

- Que, se advierte en la Cláusula Décima Novena del Contrato lo siguiente:

CLÁUSULA DECIMA NOVENA **Penalidad por mora**

19.1.- En el caso que El **CONTRATISTA** incurra en mora por retraso injustificado en la entrega de la obra, se le aplicará una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual. 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 la garantía a que se refiera el artículo 213º, 214º, 215º y 221º del Reglamento.

19.2.- La penalidad se aplicará y se calculará de acuerdo a la fórmula señalada en el artículo 222º del Reglamento.

19.3.- En caso que llegase acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, **FONDEPES**, podrá resolver el contrato por incumplimiento.

(El subrayado es nuestro).

- Que, teniendo en cuenta la cláusula y el artículo 222° del Reglamento al que se hace alusión en la misma, corresponde ahora determinar si existió demora en la entrega de la obra y si ésta fue imputable al Contratista.

- Que, como ya se ha señalado en el desarrollo de la pretensión anterior, LA ENTIDAD no ha negado que sea cierto que el demandante haya solicitado la recepción de Obra el 01 de abril de 2008, mediante la Carta N° 0133-2008/IBECO.

[10] Sobre este punto controvertido se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya emitirá un voto singular el cual se adjunta al presente Laudo.

- Que, se advierte que el plazo contractual fue modificado primero por el Oficio N° 193-2008-FONDOPES/DE, de fecha 29 de febrero de 2008, mediante el cual LA ENTIDAD, otorgó 15 días de plazo contados a partir de recibida dicha comunicación, documento que no ha sido impugnado por la demandada. Según este apercibimiento, a esa fecha, el plazo contractual se extendía hasta el 15 de marzo de 2008 por potestad de la propia demandada; asimismo, el plazo contractual también se modificó con el laudo de fecha 06 de julio de 2009, ya que aquel Tribunal reconoció el derecho a 45 días de ampliación de plazo.

- Que, para LA ENTIDAD, según indica en sus escritos, estos plazos se trasladan a obra siendo el nuevo plazo de finalización de obra el 12 de marzo de 2008, fecha que EL CONTRATISTA no ha negado en ningún momento, teniendo la oportunidad de hacerlo. No obstante, a este Colegiado le causa extrañeza que el abogado de LA ENTIDAD, en el minuto 20:46 de la Audiencia de Informes Orales, ante la pregunta de la Presidente del Tribunal Arbitral, la misma que era sobre la fecha que consideró para el computo de plazo para aplicar la penalidad, haya contestado contradictoriamente a lo indicado en los escritos, puesto que contestó que computaron los plazos de la penalidad a partir de la fecha en que se les notificó con el laudo y que además, señaló que se otorgó a EL CONTRATISTA un plazo de 15 días para que levantaran las observaciones realizadas por la misma, hechos que como ya se indicó no han sido probado en el presente proceso arbitral.

- Que, ante tal situación, este Tribunal arbitral quiere dejar constancia expresa del deficiente e inadecuado patrocinio de ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral, dado que no se ha presentado suficiente material probatorio para que este colegiado pueda poner fin a la controversia respecto a los plazos que concatenan la supuesta aplicación de penalidad.

- Que, sin perjuicio de ello, se advierte que LA ENTIDAD sustenta la aplicación de penalidad en base a que han transcurrido 28 días de supuesto retraso inobservando que para la contabilización del mismo, indica -en su anexo N° 2 Cálculo de la Multa- que el plazo final del contrato era el 11 de marzo de 2008 y que hubo un supuesto corte del vínculo contractual el 08 de abril de 2008, datos que contradicen sus alegaciones, como se aprecia a continuación del mismo anexo:

ANEXO N° 02 CÁLCULO DE LA MULTA

Obra : REHABILITACION INTEGRAL DEL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL "LAGUNA GRANDE", DISTRITO DE PARACAS - REGION ICA
Proceso : EXP. N° 006-2007/CIAP/CNDEPES
Contratista: IBEDO CONTRATISTAS GENERALES S.A.

(...)

MULTA POR RETRASO EN LA ENTREGA DE LA OBRA
(Esta multa no sería de aplicación en los casos de resolución del contrato)

C Determinación del retraso en la terminación de la obra

1	Fecha de inicio del plazo	26-nov-07
2	Plazo contractual, en días calendario	60
3	Fecha de termino de plazo contractual original	26-ene-08
5	Plazo Vigente (plazo original + ampliaciones) : PV	105
6	Fecha de vencimiento del plazo vigente	11-may-08
7	Fecha de termino de la obra, según Supervisor	08-abr-08
	Se usa el vigente contractual	
8	Días de Retraso : C7 - C6 =	28 días calendario

D Determinación del retraso en la subsanación de observaciones

1	Fecha del acta de constatación Física	NO SE PRODUJO
2	1/10 del plazo vigente : C5 / 10 = 5 días	días calendario
3	Prorrogas por causas ajenas al contratista	0 días calendario
4	Fecha Máxima para subsanar observaciones : D1 + D2	
5	Fecha de Termino de subsanación observaciones Acuerdo 120, Inc. del C.D	
6	Días de atraso en subsanar observaciones (D4 - D3)	0 días calendario

E Atraso Total: D8 + D6 = 28 días calendario

F Multa por retraso en la entrega de la obra

Tope Multa = 10% del Monto Contratado
= 13,516.40
Multa = Contrato Vigente con IGV x Atraso Total en D E x 0.1/30 = x 60
= 16,765.17

Multa a Considerar = 13,516.40

- Que, el Tribunal Arbitral considera que estas contradicciones de LA ENTIDAD intuyen negligencia en la administración de sus contratos, por lo que no se tiene datos certeros que acrediten que la penalidad haya sido aplicada conforme a derecho.

- Que, tampoco se ha probado por qué el Supervisor determinó que la obra habría culminado el 08 de abril de 2008, lo que sí obra en el expediente es una solicitud de recepción de obra, la misma que sigue pendiente en el tiempo, cuyo paso siguiente sería el pronunciamiento del Supervisor y en consecuencia la formación del comité de recepción, formación que es obligación de la Entidad como lo indica el artículo 268°, obligación legal que aún la entidad no ha cumplido.

- Que, lo alegado y probado por ambas partes no han causado suficiente certeza y convicción en el Tribunal Arbitral para que este se pronuncie sobre la invalidez, nulidad y/o la ineficacia de la aplicación de la penalidad por parte de LA ENTIDAD, y tampoco se ha acreditado el

cumplimiento contractual que los exonere de dicha penalidad, por parte de EL CONTRATISTA.

- Que, en consecuencia, corresponde declarar improcedente la segunda pretensión de la demanda por falta de medios probatorios.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no poner fin al contrato "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande, Distrito de Paracas; Región Ica", sin mayor responsabilidad para las partes, conforme a lo establecido en el artículo 224 del D.S. N° 084-2004-PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, teniendo en cuenta que las partes han llegado a un punto de no continuar con el contrato.

Posición de EL CONTRATISTA

- El demandante no ha precisado sus fundamentos de hecho y de derecho de esta pretensión del escrito de su demanda.

Posición de LA ENTIDAD

- Para la parte demandada esta pretensión constituye materia no arbitrable, toda vez que en su opinión el artículo 224° del Reglamento reconoce únicamente a las partes del contrato la potestad de resolución por un hecho posterior a la suscripción del mismo. Para LA ENTIDAD, la potestad resolutoria no se encuentra en manos de ningún otro sujeto, no es una institución de orden público porque en todo momento es potestativa sujeta al interés de la parte que lo requiere.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL[11]

[11] Sobre este punto controvertido se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya emitirá un voto singular el cual se adjunta al presente Laudo.

- Que, en el punto de las cuestiones preliminares ya se ha desestimado la excepción de incompetencia formulada por LA ENTIDAD. Siendo ello así, este colegiado se considera competente para analizar esta pretensión.

- Que, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal Arbitral respecto a la pretensión que nos ocupa, se advierte que no se han argumentado fundamento alguno ni se han presentado pruebas por los cuales habría que resolver el contrato sin responsabilidad de las partes.

- Que, al peticionar tal pretensión EL CONTRATISTA tenía la carga de prueba, la misma que no ha sido cumplida, por lo que corresponde declarar improcedente dicha pretensión.

- Que, el Tribunal Arbitral aprovecha para recalcar que ambas partes han mostrado un deficiente e inadecuado patrocinio durante el desarrollo del presente proceso arbitral, ya que no se ha presentado suficiente material probatorio para que este colegiado pueda poner fin a la controversia respecto a sus pedidos vinculados con la resolución contractual.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene a la Entidad el pago de S/. 2,500.00 Nuevos Soles por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y Arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

Posición de EL CONTRATISTA

- El demandante señala que el presente proceso arbitral le ha generado perjuicios frente a las empresas del sistema financiero nacional, ya que al tomar conocimiento del mismo, estas elevaron la calificación de riesgo de su empresa, exigiéndoles gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas. A su vez, pide que se reconozca la pérdida de utilidades dejadas de percibir al no poder presentarse a otras licitaciones..

Posición de LA ENTIDAD

- Por su parte la demandada señala que la pretensión debe ser rechazada porque en el presente proceso EL CONTRATISTA ha repetido la pretensión que formuló en el proceso que finalizó con la expedición del Laudo de fecha 06 de julio de 2009, por lo que formularon excepción de cosa juzgada.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL[12]

- Que, en el punto de las cuestiones preliminares ya sea desestimado la excepción de cosa juzgada formulada por LA ENTIDAD.

- Que, sin perjuicio de lo anterior, respecto a la pretensión que nos ocupa, se advierte que no se han presentado pruebas por medio de las cuales se pueda constatar que EL CONTRATISTA haya sufrido un perjuicio patrimonial imputable a FONDOPES, y tampoco se ha acreditado el daño patrimonial ni una cuantía que lo respalde.

- Que, al peticionar tal pretensión EL CONTRATISTA tenía la carga de prueba, la misma que no ha sido cumplida, por lo que corresponde declarar improcedente dicha pretensión.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente proceso arbitral, más intereses hasta la fecha de cancelación.

[12] Sobre este punto controvertido se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya emitirá un voto singular el cual se adjunta al presente Laudo.

Posición de EL CONTRATISTA

- El demandante no ha precisado sus fundamentos de hecho y de derecho de esta pretensión del escrito de su demanda.

Posición de LA ENTIDAD

- La demandada señala que los costos arbitrales se encuentran comprendidos en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, los cuales ante la falta de acuerdo de los árbitros en principio han de decidir que sean asumidos por la parte vencida con arreglo al articulo 73° de la misma Ley.

- Asimismo, sostiene que en el presente caso los costos del presente proceso arbitral sean asumidos por la demandante, toda vez que su irresponsable proceder en culminar sus obligaciones en el tiempo pactado, ha desencadenado que se tenga que aplicar la penalidad correspondiente y que ello les haya llevado al presente proceso arbitral.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL[13]

- De acuerdo con el Artículo 70° del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:

  a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
  b) Los honorarios y gastos del secretario.
  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.

[13] Sobre este punto controvertido se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya emitirá un voto singular el cual se adjunta al presente Laudo.

- Asimismo el Articulo 73º, en su numeral 1 del citado cuerpo legal, señala que, se 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.

- En el convenio arbitral, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral, en ese sentido, este Colegiado considera señalar los actuados realizados durante el proceso referido a los pagos de honorarios arbitrales del Tribunal y Secretario Arbitral, los cuales se detallan a continuación:

  i) Mediante Acta de Instalación, de fecha 10.10.14, se establecieron los anticipos de honorarios del Tribunal y Secretaría Arbitral, por la suma de S/. 2,000.00 para cada Árbitro y S/.1,440.00 para el Secretario Arbitral.

  ii) Mediante Resolución N° 02, de fecha 10.11.14, el Tribunal Arbitral dejó constancia del pago de anticipos de honorarios del Tribunal y Secretario Arbitral por parte del CONTRATISTA.

  iii) Mediante Resolución N° 06 de fecha 11.12.14 se dejó constancia del pago de anticipo de honorarios del Tribunal y Secretario Arbitral por parte del CONTRATISTA en vía de subrogación.

  iv) Mediante Resolución N° 13, de fecha 17.06.15, el Tribunal dispuso el reajuste de honorarios del Tribunal y Secretario Arbitral, en la suma de S/.3,975.00 netos para cada Árbitro y S/.3,683.00 netos para el Secretario Arbitral.

  v) Mediante Resolución N° 16 de fecha 25.09.15, el Tribunal Arbitral dejó constancia del pago de reajuste de honorarios del Tribunal y Secretario Arbitral por parte del CONTRATISTA.

vi) Mediante Resolución N° 18 de fecha 11.11.15, el Tribunal Arbitral dejó constancia del pago de reajuste de honorarios del Tribunal y Secretario Arbitral por parte del CONTRATISTA en vía de subrogación.

- De lo señalado precedentemente, se tiene que el CONTRATISTA ha cumplido con pagar la totalidad del anticipo y reajuste de honorarios correspondientes al CONTRATISTA y la ENTIDAD.

- Ahora bien, tomando en cuenta que ambas partes tenían motivos suficientes para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral y atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, la cual motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral.

- En consecuencia, habiéndose subrogado el CONTRATISTA en el pago de honorarios arbitrales (anticipo y reajuste) correspondientes a la ENTIDAD, este Tribunal dispone que la ENTIDAD cumpla con reintegrar al CONTRATISTA la suma de S/. 11,524.00 Nuevos Soles, más impuestos de Ley, de conformidad a lo resuelto en el presente laudo.

El Tribunal Arbitral EN MAYORÍA **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:[14]

PRIMERO: DECLARAR **INFUNDADA** LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PLANTEADA POR LA ENTIDAD.

SEGUNDO: DECLARAR **INFUNDADA** LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA PLANTEADA POR LA ENTIDAD.

[14] Se deja constancia de que la doctora Rita Sabroso Minaya coincide con el laudo en mayoría en lo relativo a las excepciones y emite un voto singular en torno a las pretensiones de fondo.

TERCERO: DECLARAR **INFUNDADA** LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PLANTEADA POR LA ENTIDAD.

CUARTO: DECLARAR **FUNDADA** LA PRIMERA PRETENSIÓN, ORDENANDO A AMBAS PARTES A CUMPLIR CON EL LAUDO DE FECHA 06 DE JULIO DE 2009, EN CONSECUENCIA, REALIZAR NUEVAMENTE LA CONSTATACIÓN FÍSICA Y REALIZAR LA LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL.

QUINTO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** LA SEGUNDA PRETENSIÓN POR LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS CONSIDERANDOS.

SEXTO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** LA TERCERA PRETENSIÓN POR LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS CONSIDERANDOS.

SÉTIMO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** LA CUARTA PRETENSIÓN POR LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS CONSIDERANDOS.

OCTAVO: DECLARAR **FUNDADA EN PARTE** LA QUINTA PRETENSIÓN Y EN CONSECUENCIA **ORDENESE** A LA ENTIDAD QUE CUMPLA CON REINTEGRAR AL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 11,524.00, MÁS IMPUESTOS DE LEY, POR LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN EL PRESENTE LAUDO.

NOVENO: **REMITASE** UN EJEMPLAR DEL PRESENTE LAUDO ARBITRAL A LA DIRECCIÓN DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE.

ARMINDA ISABEL ANDRADE VILLAVICENCIOS
Presidenta del Tribunal Arbitral

MARIA ESTHER DAVILA CHÁVEZ
Árbitro

MAYCKOL ERNESTO BETETA DÍAZ
Secretario Arbitral