Arbitraje seguido entre

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

(Demandante)

Y

CONSTRUCTORA DÁVALOS S.A.C.

(Demandada)

–

LAUDO

–

Tribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Carlos Ruska Maguiña

Secretaría Arbitral

Joyce Poves - CCL

Expediente No. 081-2019-CCL

En Lima, a los 18 días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, así como en rigurosa observancia del debido proceso, escuchados los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de la demanda y ampliación de demanda, emite el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 11 de setiembre de 2017, las partes suscribieron el Contrato N° 026-2017-FONDEPES (en adelante, "el Contrato"), el cual tuvo como objeto la Contratación para la Emersión y Lanzamiento de Emisor Submarino del Proyecto Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de Atico, provincia de Caraveli, región Arequipa.

2. El Contrato, en su Cláusula Vigésima Primera estableció el convenio arbitral, en los siguientes términos:

> *" (…)*
> *LAS PARTES acuerdan que todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez serán resueltos mediante arbitraje institucional y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje y de acuerdo a su Reglamento. (…)"*

3. En este punto, el Tribunal Arbitral deja constancia de que el Consejo Superior de Arbitraje resolvió declarar que la administración del arbitraje continuará siendo llevada a cabo por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, mediante Resolución No. 108-2019/CSA-CA-CCL de fecha 15 de mayo de 2019.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral declaran que fueron designados de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y con los artículos

10° y 11° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, Reglamento del Centro).

5. Recibida la aceptación del presidente del Tribunal Arbitral por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "CCL"), este quedó válidamente constituido de la siguiente forma:

Tribunal Arbitral	
Árbitro	**Designación y Aceptación**
Manuel Diego Aramburú Yzaga	Designado como Presidente del Tribunal Arbitral, de común acuerdo por los árbitros designados por las partes.
Roxana Jiménez Vargas-Machuca	Designado como Árbitro por el demandante (Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero).
Carlos Ruska Maguiña	Designado como Árbitro por el demandado (Constructora Dávalos).

III. NORMAS APLICABLES

6. El Tribunal Arbitral, para emitir la presente decisión, ha respetado lo pactado por las partes, de conformidad con el artículo 21°[1] del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

7. Asimismo, el Tribunal Arbitral, de acuerdo con la Cláusula Vigésima del Contrato, ha resuelto la controversia conforme al marco legal aplicable:

- Es de aplicación la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "LCE") modificada por el Decreto Legislativo 1341 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, "RLCE"), así como las directivas que emita el OSCE, y demás normativa especial que resulte aplicable.

[1] **Artículo 21. Normas aplicables al fondo. -** *"1. Las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral debe aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplica las normas jurídicas que considere pertinentes. 2. El Tribunal Arbitral debe tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes y cualesquiera usos y prácticas aplicables. 3. El Tribunal Arbitral decide la controversia en equidad únicamente si las partes lo han pactado de manera expresa."*

- En todo lo no previsto en el Contrato y la normativa detallada anteriormente son de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y las demás normas de derecho privado.

IV. ANTECEDENTES ARBITRALES

8. El día 11 de febrero de 2019, FONDEPES presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, EL CENTRO) una solicitud arbitral en contra de DÁVALOS. Mediante comunicación de fecha 14 de febrero de 2019, EL CENTRO solicitó a FONDEPES que cumpla con presentar el documento por el cual el SNA-OSCE declinó la competencia para la administración del arbitraje relativo a la controversia suscitada entre FONDEPES y DÁVALOS.

9. El día 20 de febrero de 2020, FONDEPES presentó un escrito por el cual explicó que, de acuerdo con el artículo 195° del RLCE, el SNA-OSCE no es competente para administrar este arbitraje, ya que solo es competente para administrar aquellos arbitrajes cuyo monto controvertido sea igual o menor a 10 UIT y el monto de la controversia suscitada superaba largamente las 10 UIT.

10. EL CENTRO notificó a DÁVALOS con la solicitud arbitral y el 13 de marzo de 2019 dicha empresa presentó una excepción de incompetencia del CENTRO para administrar la controversia con FONDEPES, así como una excepción de caducidad respecto de las reclamaciones expresadas en la solicitud arbitral y FONDEPES, indicando que el centro de arbitraje competente, según el Contrato, es el SNA-OSCE.

11. Posteriormente, EL CENTRO, por comunicación de fecha 29 de marzo de 2019, precisó a las partes que la excepción de caducidad debía ser planteada conforme al artículo 7.1 del Reglamento del Centro.

12. El día 15 de mayo de 2019, el Consejo Superior de Arbitraje emitió la Resolución No. 108-2019/CSA-CA-CCL, mediante la cual se decidió que el arbitraje continuara bajo la administración del Centro, declarando infundada la excepción de incompetencia formulada por DÁVALOS.

13. Con fecha 27 de junio de 2019, DÁVALOS solicitó al CENTRO que la excepción de incompetencia formulada sea resuelta por el Consejo Superior de Arbitraje, en virtud del artículo 7 del Reglamento del Centro.

14. El 11 de julio de 2019, FONDEPES absolvió la solicitud formulada por DÁVALOS el 27 de junio de 2019 e indicó que ello carecía de objeto, pues el Consejo Superior de Arbitraje ya se había pronunciado al respecto, desestimado la excepción de incompetencia.

15. El día 10 de octubre de 2019, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 1, mediante la cual presentó el proyecto de reglas procesales aplicables al arbitraje y otorgó un plazo de 5 días hábiles para que las partes formularan observaciones a las mismas.

16. Con fecha 16 de octubre de 2019 y 6 de noviembre de 2019, FONDEPES y DÁVALOS presentaron, respectivamente, sus observaciones al proyecto de reglas procesales aplicables a la controversia.

17. Mediante Orden Procesal No. 3 de fecha 22 de noviembre de 2019, el Tribunal Arbitral fijó las reglas procesales y otorgó un plazo de 22 días hábiles al demandante para que presente la demanda.

18. El día 21 de diciembre de 2019, FONDEPES presentó la demanda y el 31 de enero de 2020, DÁVALOS presentó su escrito de contestación a la demanda y formuló reconvención en contra de FONDEPES. Asimismo, dedujo una excepción de caducidad en contra de la Primera Pretensión Principal formulada por FONDEPES. Es importante recordar que, no obstante DÁVALOS planteó una excepción de incompetencia ante el CENTRO, la misma que había sido resuelta desestimándola por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el 15 de mayo de 2019, y DAVALOS no dedujo nuevamente la excepción de incompetencia ante el Tribunal Arbitral, por lo que no tiene que pronunciarse al respecto.

19. Con fecha 4 de marzo de 2020, FONDEPES absolvió el escrito de contestación a la demanda y la reconvención, así como la excepción de caducidad deducida por DÁVALOS.

20. El 3 de julio de 2020 DÁVALOS formuló objeciones contra una prueba presentada por FONDEPES en su escrito de absolución a la contestación a la demanda, reconvención y excepción de caducidad. Esta objeción fue absuelta por FONDEPES.

21. Mediante Orden Procesal No. 4 de fecha 6 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral varió las reglas procesales establecidas a las del arbitraje virtual, en atención al Estado de Emergencia generado por el Covid-19.

22. Mediante Orden Procesal No. 5 de fecha 4 de agosto de 2020, el Tribunal Arbitral declaró infundada la objeción probatoria presentada por DÁVALOS.

23. Con fecha 10 de agosto de 2020, DÁVALOS presentó un recurso de reconsideración contra la Orden Procesal No. 5 de fecha 4 de agosto de 2020 por la que el Tribunal Arbitral desestimó la objeción a la prueba de DÁVALOS. El día 19 de agosto de 2020, FONDEPES absolvió la reconsideración presentada por DÁVALOS.

24. Por Orden Procesal No. 7 de fecha 24 de agosto de 2020, el Tribunal Arbitral declaró infundado el recurso de reconsideración formulado por DÁVALOS.

25. El día 10 de setiembre de 2020, DÁVALOS se desistió de su reconvención y mediante Orden Procesal No. 9 de fecha 25 de setiembre de 2020, el Tribunal Arbitral tuvo por desistido a DÁVALOS de dicha reconvención, fijó el calendario procesal, así como los puntos controvertidos y otorgó un plazo de 5 días hábiles para que FONDEPES cumpla con las exhibiciones solicitadas por DÁVALOS. Es importante indicar que el desistimiento de la reconvención no comprende la excepción de caducidad.

26. Por escrito de fecha 2 de octubre de 2020, FONDEPES indicó que no cuenta con los documentos materia de la solicitud de exhibición de DÁVALOS y con fecha 7 de octubre de 2020 DÁVALOS absolvió el escrito presentado por FONDEPES el 2 de octubre de 2020.

27. Mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2020, FONDEPES presentó medios probatorios extemporáneos y por Orden Procesal No. 11 de fecha 27 de octubre de

2020, el Tribunal Arbitral resolvió no admitir los medios probatorios extemporáneos presentados por FONDEPES, por las razones expuestas en dicha Orden Procesal.

28. El 28 de octubre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia Especial de manera virtual en la cual las partes expusieron ampliamente sus posiciones y respondieron a las preguntas que el Tribunal Arbitral les formuló. Con fecha 11 de noviembre de 2020 DÁVALOS presentó la línea de tiempo requerida por el Tribunal Arbitral en la referida Audiencia Especial.

29. Por Orden Procesal No. 15 de fecha 18 de diciembre de 2020, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la etapa probatoria y de actuaciones y declaró el inicio del plazo para laudar. Asimismo, se tuvieron presente los alegatos presentados por las partes.

V. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

30. A efectos de resolver la controversia, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de las pretensiones planteadas teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas aportadas al arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza respecto de tales hechos.

31. Asimismo, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, en aplicación del Principio Probatorio de “Adquisición de la Prueba”, los medios probatorios ofrecidos por las partes, desde el momento que fueron presentados y admitidos como tales, pasaron a pertenecer al presente proceso arbitral y, por consiguiente, pueden ser utilizados para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció.

32. El Tribunal Arbitral deja constancia que, al emitir el presente laudo arbitral, ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje valiéndose de las reglas de la sana crítica y apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa, de ningún modo, que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral 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, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

33. A continuación, el Tribunal procederá a exponer las posiciones de las partes en torno a las pretensiones formuladas por FONDEPES. En este punto, es importante recordar que DÁVALOS por escrito del 10 de setiembre de 20202 se desistió de su reconvención y que por Orden Procesal No. 16 de fecha 6 de enero de 2021, el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de caducidad formulada por DÁVALOS. Siendo ello así, queda por resolver únicamente las dos pretensiones de FONDEPES.

a. **<u>Primera Pretensión principal:</u> Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución del Contrato No. 026-2017-FONDEPES para la ejecución de la obra "Emersión y lanzamiento submarino del proyecto mejoramiento de los servicios del DPA en la localidad de Atico, provincia de Caravelí, región Arequipa", realizado por la empresa Constructora Dávalos S.A.C. mediante Carta Notarial 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 26 de diciembre de 2018 y notificada el 28 de diciembre de 2018 por la Notaría Anibal Corvetto Romero.**

▪ **<u>POSICIÓN DE FONDEPES</u>**

34. Durante la ejecución de la obra materia del Contrato, específicamente en los meses de julio y agosto de 2017, se presentaron sismos y oleajes anómalos que produjeron el debilitamiento del enrocado y el colapso de parte del cabezo invadiendo parte del trazo proyectado del emisor submarino del expediente técnico y por esta razón el Ingeniero Oswaldo Malqui Canelo, coordinador de la obra, en el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017 explicó la necesidad de realizar una modificación en el trazo del emisor submarino, pues era peligroso y riesgoso realizar los trabajos en esa zona.

35. Siguiendo lo indicado por el Ingeniero Oswaldo Malqui Canelo en el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017, FONDEPES y DÁVALOS suscribieron con fecha 15 de noviembre de 2017, el Acta de Acuerdos de la Suspensión del Plazo de Ejecución de la Obra por Eventos no Atribuibles a las Partes (en adelante Acta de Suspensión) en el que se acordó lo siguiente: **(i)** la suspensión del plazo de ejecución de la obra a partir de la fecha de suscripción del Acta de Suspensión, de acuerdo con lo expuesto en el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017

y de conformidad con el artículo 153.1 del RLCE, **(ii)** el plazo de ejecución de la obra se suspenderá hasta que FONDEPES comunique a DÁVALOS la culminación de los eventos que han generado la suspensión del plazo de ejecución del Contrato, de acuerdo con el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017 y **(iii)** FONDEPES reconocerá los mayores gastos generales y costos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión, conforme a lo establecido en el artículo 153.1 del RLCE: **(a)** guardianía las 24 horas, a fin de preservar la integridad de las partidas contractuales ejecutadas, **(b)** costo de mantenimiento de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, en caso el plazo de suspensión sea mayor a 45 días y **(c)** costo de desmovilización y nueva movilización de equipo y campamento en caso el plazo de suspensión sea mayor a 45 días.

36. FONDEPES explica que mientras se mantenía suspendido el plazo de ejecución de la obra, por Carta No. 045-2018/03-CDSAC-LOG de fecha 19 de marzo de 2018, DÁVALOS le requirió el cumplimiento de obligaciones esenciales: **(i)** el pago de las valorizaciones 1 y 2 remitidas el 8 de enero de 2018 y **(ii)** que se cumpla con entregar a DÁVALOS la resolución que aprueba el adicional y deductivo vinculado y correspondiente al cambio de trazo que motivó la suspensión del plazo al haber vencido más de 100 días, cuando la entidad solo requería de 30 días, según el informe. Todo ello bajo el apercibimiento de resolver el Contrato.

37. FONDEPES señaló que el Director General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola respondió el requerimiento de DÁVALOS mediante Carta No. 391-2018-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 3 de abril de 2018 recibida por DAVALOS el 5 de abril de 2018, haciendo referencia al Informe 020-2018-FONDEPES/DIGENIAA/AOEM/oamc de fecha 26 de marzo de 2018, elaborado por el Coordinador de la Obra. En su respuesta dejó constancia de que la entidad no había incurrido en incumplimientos, por lo que no se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 136° de RLCE para resolver el Contrato. Además, informó los avances realizados por FONDEPES respecto de los compromisos asumidos en el Acta de Suspensión.

38. En la antes referida carta de respuesta 391-2018-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 3 de abril de 2018 y en relación al primer incumplimiento imputado, a través del Director General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola FONDEPES indicó que la razón por la que no procedió al pago de las valorizaciones fue porque estas

tenían un costo excesivo por el servicio de guardianía. Este concepto no había sido consignado en la oferta económica para la adjudicación simplificada No. 008-2017-FONDEPES y pese a que la entidad exhortó a DÁVALOS a acordar el precio por dicho servicio, según el mercado, la referida empresa no lo hizo. El Informe 020-2018-FONDEPES/DIGENIAA/AOEM/oamc dejó constancia de dicha situación.

39. Respecto al segundo incumplimiento imputado, FONDEPES explica que, para obtener la modificación en el trazo, se deben conseguir ciertos permisos, haciendo necesaria la intervención de otras entidades diferentes a FONDEPES, y ello quedó establecido en el Acta Suspensión, como se puede ver de lo siguiente:

"Conforme puede advertirse, la necesidad de realizar el cambio de trazo del emisor por la situación imprevisible ocurrida en el enrocado a consecuencia de los sismos y los oleajes anómalos y, por tanto, no imputable a ninguna de las partes, implica obtener las autorizaciones respectivas para la ejecución de los trabajos correspondientes al nuevo trazo; no obstante considerando que para tales efectos, corresponde elaborar los estudios respectivos, debiéndose tener en cuenta, además, los plazos para la emisión de las Resoluciones que debe emitir la Dirección General de Capitanías y Guardacostas – DICAPI (Resolución de otorgamiento de uso de área acuática) y el Gobierno Regional de Arequipa (Desafectación del área de maricultura) en el ámbito de sus competencias (…)"

40. Además, en su demanda, específicamente en la página 22, FONDEPES señala que, para obtener los permisos de DICAPI se debía elaborar la modificación y actualización del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental para el proyecto "Mejoramiento de los servicios de Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de Atico", que era materia de una licitación pública.

41. FONDEPES señala que el día 12 de diciembre de 2017 se emitió la Resolución Gerencial de Producción RGR No. 804-2014-GRA-GRP por la que se modificaron las coordenadas iniciales del trazo y se indicó en el artículo 3° que *"la organización social deberá tramitar ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú la correspondiente modificación en la resolución de habilitación de área acuática y la de autorización del uso del área acuática* con la finalidad de dar inicio a los trámites correspondientes para la modificación del trazo.

42. En otras palabras, FONDEPES sostiene que para que se les otorgue el área acuática correspondiente, DICAPI debe emitir una resolución como requisito previo para que FONDEPES pueda definir y encargar la elaboración del expediente del adicional de obra y su deductivo vinculante, autorizando la ejecución de los trabajos correspondientes en el trazo modificado. Señaló que por esta razón se estableció expresamente en el Acta de Suspensión que para poder hacer viable el cambio de trazo era necesario que se realicen una serie de trámites cuya duración no dependía de FONDEPES.

43. FONDEPES indica que, pese a que explicó a DÁVALOS, mediante Carta 433-2018-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 13 de abril de 2018 que se debían conseguir ciertos permisos, haciendo necesaria la intervención de otras entidades, diferentes a FONDEPES, DÁVALOS resolvió el Contrato, mediante Carta 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018 y convocó a la diligencia de Constatación Física e Inventario de Obra. Ante ello, FONDEPES comunicó su total desacuerdo con la resolución del Contrato e informó que procedería a utilizar el mecanismo de solución de controversias.

44. Como consecuencia de la resolución del Contrato, FONDEPES presentó una demanda arbitral el 23 de mayo de 2018 ante el OSCE. Cuando dicho arbitraje se encontraba en trámite, DÁVALOS envió la Carta 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018 recibida por FONDEPES el 10 de mayo de 2018 por la que se desistía de la resolución del Contrato que generó la controversia. Por ello, la Procuraduría presentó un escrito con fecha 9 de julio de 2018 que dio origen a la conclusión del arbitraje sin pronunciamiento de fondo.

45. FONDEPES señala que, luego del desistimiento de la resolución del Contrato y del arbitraje, se continuó con lo acordado en el Acta de Suspensión y se cumplió con pagar al contratista la valorización 1.

46. FONDEPES continúa en su demanda explicando que requirió a DÁVALOS mediante Carta No. 385-2018-FONEEPS/OGA de fecha 11 de junio de 2018 para que dentro de 15 días calendario proceda con el cambio de tuberías según las especificaciones técnicas del Contrato; dicha carta fue contestada por DÁVALOS mediante Carta 092-2018-/06CDSAC-LOG de fecha 23 de junio de 2018, señalando que se había cumplido con reemplazar las tuberías. Según el demandante, esta es la prueba de que el Contrato continuó ejecutándose

47. FONDEPES, en su demanda, también refiere que, mientras se encontraba vigente el Acta de Suspensión, DÁVALOS le requirió, mediante Carta No. 135-2018/11-CDSAC-LOG de fecha 29 de noviembre de 2018 y recibida por FONDEPES el 3 de diciembre de 2018, para que dentro del plazo de 15 días cumpla con exhibir las autorizaciones necesarias para continuar con la ejecución de la obra, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

48. Señala FONDEPES que como no contaba con las autorizaciones requeridas por DÁVALOS, mediante Carta No. 135-2018/11-CDSAC-LOG de fecha 29 de noviembre de 2018 y recibida por FONDEPES el 3 de diciembre de 2018, DÁVALOS resolvió el Contrato por Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 28 de diciembre de 2018 y como fundamento de la resolución señaló que FONDEPES no había cumplido con *"exhibir y acreditar las autorizaciones necesarias para continuar con la ejecución de la obra (…)"*, lo que había previamente requerido, mediante Carta No. 135-2018/11-CDSAC-LOG de fecha 29 de noviembre de 2018.

49. Con la finalidad de acreditar que no ha incumplido con ninguna obligación, FONDEPES adjunta a su demanda el Informe No. 085-2019-FONDEPES/AEP/GCG de fecha 20 de diciembre de 2019 por el que comunica y describe el status de la gestión para la obtención del derecho de uso de área acuática para la instalación del Emisor Submarino del DPA Atico.

50. Agrega que en el referido informe se acredita que no ha incumplido con sus obligaciones y que la demora en la obtención de la resolución directoral que autoriza el derecho de uso del área acuática por parte de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas – DICAPI se ha debido a nuevas disposiciones legales y a los procesos de selección que han sido declarados desiertos, como es el caso del Proceso de Selección del Servicio para la elaboración de la Modificación y Actualización del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), que, según lo indicado por FONDEPES, recién se otorgó la buena pro en la tercera convocatoria y, para el servicio de elaboración de estudios hidro oceanográficos, se otorgó la buena pro en la segunda convocatoria.

51. FONDEPES destaca que en el Informe No. 013-2019-FONDPES/AOEM/acs de fecha 6 de febrero de 2019 preparado por el Ingeniero Álvaro Cornejo Soto se

concluye que, de acuerdo con la Cláusula Décimo Sétima del Contrato, así como conforme a los artículos 32.3 de la LCE y del artículo 135 del RLCE, la resolución del Contrato sería procedente cuando la entidad incumple injustificadamente con sus obligaciones.

52. Además, FONDEPES sostiene, en su demanda, que la exhibición o acreditación de las autorizaciones necesarias para continuar con la ejecución del Contrato no es una obligación esencial pactada en el Contrato ni en el Acta de Suspensión.

53. Manifiesta FONDEPES que, conforme a lo establecido en la Opinión de OSCE No. 027-2014/DTN, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el Contrato.

▪ **POSICIÓN DE DÁVALOS**

54. DAVALOS señala que mediante Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018 comunicó su decisión de resolver el Contrato, debido a que FONDEPES incumplió con el pago de las Valorizaciones 1 y 2, pese a haber sido requeridas para ello.

55. DÁVALOS alega que, luego de haber comunicado su decisión de resolver el Contrato, nunca fueron notificados con el inicio de algún procedimiento relacionado a la resolución contractual.

56. Explica que, por las promesas de FONDEPES relativas al pago de las valorizaciones y a la definición del nuevo trazo del Emisor, además de entregar las autorizaciones correspondientes al lanzamiento del Emisor submarino en un plazo breve, enviaron la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG por la que se desistieron de la resolución del Contrato, precisando que el desistimiento solo surtiría efectos a partir de la comunicación del destinatario aceptándolo. Agrega que FONDEPES nunca remitió comunicación alguna aceptando el desistimiento, por lo que este nunca surtió efectos, manteniéndose la resolución del Contrato efectuada mediante Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG.

57. Añade DAVALOS que por Carta No. 128-2018/10-CSAC-LOG de fecha 22 de octubre de 2018 y luego de transcurridos 11 meses desde la suspensión del Contrato, solicitó a FONDEPES que le informe documentadamente acerca de las acciones realizadas para salvar los inconvenientes que motivaron la suspensión del Contrato, es decir, el cambio del trazo y obtención de las autorizaciones correspondientes, pero que FONDEPES nunca contestó su carta.

58. Indica DAVALOS que, ante el silencio de la entidad respecto de la Carta No. 128-2018/10-CSAC-LOG de fecha 22 de octubre de 2018, por Carta No. 135-2018/11-CDSAC-LOG de fecha 29 de noviembre de 2018, requirió a FONDEPES para que cumpla con exhibir y acreditar las autorizaciones necesarias para la ejecución de la obra bajo apercibimiento de resolver el Contrato, pero, según indica el demandado, FONDEPES tampoco le contestó.

59. DÁVALOS refiere que, por no cumplir con exhibir la documentación requerida dentro del plazo otorgado, el día 29 de diciembre de 2018, mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG, comunicó de manera reiterativa su decisión de resolver el Contrato.

▪ **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

60. El Tribunal Arbitral ha revisado y analizado los argumentos y pruebas de las partes en torno a esta Primera Pretensión Principal de la demanda.

- La posición de FONDEPES es que la resolución contractual efectuada mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 29 de diciembre de 2018, es nula o ineficaz, debido a que no ha incumplido ni con las obligaciones a su cargo establecidas en el Contrato ni con los acuerdos del Acta de Suspensión.

- Por otro lado, DÁVALOS sostiene que el desistimiento a la resolución del Contrato efectuada por Carta 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018 nunca desplegó efectos, ya que en la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG se condicionaba el referido desistimiento a una respuesta por parte de la entidad y FONDEPES nunca contestó la indicada carta. Además, señala DAVALOS que mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG, reiteró la resolución del Contrato.

61. Como se puede observar de los hechos expuestos por las partes, durante la relación contractual se habría planteado la resolución del Contrato, aparentemente, en dos ocasiones: **(i)** la primera, mediante Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, respecto de la cual DÁVALOS se desistió por Carta 073-2018/05-CDSAC-LOG y **(ii)** la segunda, comprendida dentro de la Primera Pretensión Principal de la demanda que es la que habría realizado DAVALOS mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 29 de diciembre de 2018.

62. El Tribunal Arbitral hace la precisión de que, tal como se desprende de los argumentos y documentos presentados por las partes, si bien la Primera Pretensión Principal de la demanda presentada por FONDEPES solo gira en torno a la resolución del Contrato que se habría efectuado mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 28 de diciembre de 2018, el Tribunal Arbitral, debe analizar lo ocurrido con la resolución planteada por Carta 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, puesto que de lo señalado por DAVALOS, la resolución efectuada con Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG sería una reiteración de la resolución efectuada con la Carta 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018. Ello se puede apreciar del numeral 2.9 de su escrito de contestación de la demanda.

63. En atención a ello, el Tribunal Arbitral analizará si el desistimiento a la primera resolución del Contrato efectuada mediante Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018 desplegó o no efectos, pues de no haber desistimiento el contrato efectivamente podría estar resuelto con base en la misma.

64. De acuerdo con lo indicado por DÁVALOS, luego de que FONDEPES fue requerido en diversas ocasiones para que cumpla con pagar las Valorizaciones 1 y 2, resolvió el Contrato mediante Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, entregada notarialmente a FONDEPES el 9 de abril de 2018. En efecto, en dicha comunicación DÁVALOS indica que el Contrato quedó resuelto, debido a que las Valorizaciones 1 y 2 no habían sido canceladas. Sin embargo y conforme las propias partes han indicado, DÁVALOS se desistió de la resolución de Contrato por Carta 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018 y recibida al día siguiente, en la que se indicó lo siguiente:

"Tenemos a bien dirigirles la presente a fin de comunicarles nuestra decisión de DESISTIRNOS de la Resolución Contractual comunicada mediante nuestra Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG, entregada a vuestro despacho el pasado 09 de abril de 2018; para lo cual como Representante Legal cumplo con legalizar mi firma.

Hacemos presente que este desistimiento surtirá efectos a partir de la comunicación del destinatario (FONDEPES) aceptando el mismo, respecto de la obra de la referencia."

65. Como se puede observar, DÁVALOS habría condicionado los efectos del desistimiento de la resolución contractual efectuada por Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG a la existencia de una respuesta por parte de FONDEPES en la que se exprese la aceptación a dicho desistimiento.

    De la revisión de los medios probatorios presentados por ambas partes, el Tribunal Arbitral no encuentra comunicación de FONDEPES en respuesta a la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018 por la que de manera expresa acepte el referido desistimiento.

    No obstante, el Tribunal ha realizado un análisis completo del expediente y considera que si bien no existe tal comunicación expresa, existen una serie de documentos que reflejan que la conducta tanto de FONDEPES como de DÁVALOS demuestra que voluntariamente continuaron con la ejecución del Contrato (la conducta tiene un significado que se encuentra implícito en ella), pese a que, como el Tribunal Arbitral ha observado, no se dio una respuesta formal a la Carta 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018. A continuación se verificarán los hechos que configuran esa conducta:

    - La Carta No. 385-2018-FONEEPS/OGA de fecha 11 de junio de 2018, mediante la que FONDEPES requirió a DÁVALOS para que dentro del plazo de 15 días cumpliera con cambiar la tubería conforme lo establecía las especificaciones técnicas del Contrato y la Carta No. 092-2018-/06-CDSAC-LOG de fecha 23 de junio de 2018 (Anexo A-5 del Escrito de demanda de FONDEPES), emitida por DÁVALOS, en la cual manifiesta que ya realizó el cambio de tuberías, acreditan que, de manera posterior a la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018 recibida por FONDEPES el

10 de mayo de 2018, (carta en la que DÁVALOS comunica su desistimiento a la resolución del Contrato), las partes continuaron actos de ejecución contractual, pese a que no existió una respuesta formal –al menos no se encuentra en los actuados arbitrales- aceptando el desistimiento.

- La Carta No. 128-2018/10-CDSAC-LOG de fecha 22 de octubre de 2018, recibida por FONDEPES el 29 de octubre de 2018 por la que DAVALOS solicita información de manera documentada de las acciones realizadas a efectos de salvar los inconvenientes que motivaron la suspensión del plazo contractual, como se puede ver a continuación:

  "Nos vemos obligados a cursarle la presente en atención al Acta de Suspensión de la referencia a fin de solicitarles se sirvan informarnos de manera documentada las acciones realizadas a efecto de salvar los inconvenientes que motivaron la suspensión del plazo contractual, toda vez que, a la fecha, ha trascurrido 341 días desde que se suspendió el plazo, y hasta la fecha no se han reiniciado las labores, y el CONTRATISTA recurrente viene soportando el costo del mantenimiento de la suspensión de plazo de acuerdo a las exigencias de la Entidad, costo que en su oportunidad se procederá a valorizar."

Como se puede observar, esta comunicación fue enviada 5 meses después de la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo recibida por FONDEPES el 10 de mayo de 2018, mediante la que DÁVALOS comunicó su desistimiento a la resolución del Contrato efectuada por Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, y acredita que, pese a que no se había contestado formalmente la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG de fecha 9 de mayo de 2018 (recibida por FONDEPES al día siguiente), DÁVALOS y FONDEPES seguían realizando actos de ejecución contractual, como lo es la solicitud de información que envió DÁVALOS a FONDEPES requiriendo que se le informe sobre las acciones que FONDEPES estaba realizando para salvar los inconvenientes que motivaron la suspensión del plazo del Contrato. Para el Tribunal no cabe duda que esta actitud de DAVALOS acredita que para DÁVALOS el Contrato estaba vigente, pues de lo contrario qué sentido tendría que envíe la referida carta.

- La Carta N° 135-2018/11-CDSAC-LOG – Carta Notarial N° 295495, recibida el 3 de diciembre de 2018 por FONDEPES, mediante la que DÁVALOS requiere a FONDEPES cumplir con la exhibición y acreditación de las autorizaciones necesarias para continuar la ejecución de la obra, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 026-2017-FONDEPES y, a la vez, señaló lo siguiente*: "Conforme lo previsto en el Art. 136 del D.S. 350-2015-EF, se otorga el plazo perentorio de 15 días para atender nuestro requerimiento, de lo contrario nos veremos obligados a proceder a la resolución de contrato."* (Anexo A-40), y la Carta No. 391-2018-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 3 de abril recibida por DAVALOS el 5 de abril de 2018 por la que FONDEPES expresa su total rechazo a los incumplimientos imputados, prueban que el Contrato continuaba ejecutándose, pues si DÁVALOS estaba requiriendo el cumplimiento de las obligaciones y FONDEPES estaba rechazando la imputación de incumplimiento era porque ambas partes consideraban que la relación contractual entre ellas se mantenía vigente y eficaz, por tanto que el desistimiento a la resolución del Contrato sí había desplegado efectos.

- La Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 26 de diciembre de 2018 mediante la cual DÁVALOS resolvió el Contrato invocando el incumplimiento de FONDEPES de exhibir los permisos necesarios para la continuación de la ejecución del Contrato y sin hacer referencia a que dicha resolución del Contrato sería la continuación de la resolución efectuada por Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG, como se puede ver de lo siguiente:

> *"Nos vemos obligados a cursarle la presente, para comunicarle nuestra decisión de RESOLVER el contrato de Ejecución de obra de la referencia por causa de incumplimiento de las obligaciones imputables a la Entidad, relativa a exhibir y acreditar las autorizaciones necesarias para continuar la ejecución de la obra del contrato de la referencia.*
>
> *Cabe señalar que la obligación antes descrita ha sido requerida para su cumplimiento mediante carta notarial de la referencia, entregada notarialmente el 03 de noviembre del 2018; sin que se haya cumplido con satisfacer el requerimiento hasta la fecha.*
> *(…)"*

De la revisión de la referida carta, el Tribunal Arbitral observa que DÁVALOS invocó incumplimientos distintos a los que originaron la resolución del Contrato realizada mediante la Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril

de 2018, pues, conforme a esta última, resolvió el Contrato porque FONDEPES no habría cumplido con pagar las Valorizaciones 1 y 2 y la imputación que realiza y por la que se pretende resolver el contrato mediante la Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 26 de diciembre de 2018 es diferente: en este caso la causal invocada fue no exhibir los permisos necesarios para la ejecución del Contrato, esto es, una causal completamente diferente a la invocada en la Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG, lo que acredita que ambas partes, con su comportamiento, entendieron y actuaron dentro de una relación contractual que aún estaba vigente, por lo tanto el desistimiento de DÁVALOS sí surtió efectos. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, y es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas, o de hechos concluyentes (*facta concludentia*), que revelan su existencia[2]. Y en este caso la conducta concluyente, que evidencia la voluntad de mantener la vigencia del Contrato ha sido de ambas partes, y no tan solo de FONDEPES.

DÁVALOS en su contestación de demanda ha señalado que, debido a que FONDEPES no cumplió con exhibir las autorizaciones solicitadas, comunicó de manera reiterativa su decisión de resolver el Contrato, es decir, pareciera señalar que se trata de una continuación de la resolución contractual realizada por Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018. Sin embargo, del análisis de la Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 26 de diciembre de 2018 no se observa que en dicha comunicación se haya hecho referencia a la Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, o a las mismas causales, por el contrario, se aprecia claramente la decisión de resolver el Contrato, por lo tanto tendría que estar vigente, ello acredita una vez más que para DÁVALOS si quedó sin efecto la resolución contractual invocada por la Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, y en consecuencia se mantuvo vigente el Contrato.

66. Si bien DÁVALOS había condicionado la eficacia del desistimiento de la resolución del Contrato realizada por Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018 a la existencia de una respuesta por parte de FONDEPES, la conducta y actos desplegados por las partes evidencian que el referido desistimiento sí surtió plenos efectos, pues ambas partes realizaron actos de

[2] Ver: Enciclopedia Jurídica (www.enciclopedia-juridica.com/d/dec), y también Código Civil peruano, art. 141.

ejecución del Contrato, como lo son el requerimiento de cambio de tuberías y el efectivo cambio de las referidas tuberías, así como el requerimiento de información de DÁVALOS entre los señalados en el numeral precedente.

67. No cabe duda entonces que si las partes no hubiesen estado de acuerdo con dejar sin efecto la resolución del Contrato realizada por Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, ninguna de ellas hubiese continuado realizando actos de ejecución del Contrato en fecha posterior a la supuesta resolución del mismo, como efectivamente ocurrió. En consecuencia, para el Tribunal no cabe duda que ha habido voluntad de ambas partes manifestada de modo indubitable bajo la forma de hechos concluyentes respecto a que el Contrato siguió vigente, después del 10 de mayo de 2018, fecha en la que DÁVALOS envió su carta de desistimiento a la resolución del Contrato realizada mediante la Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018.

68. Es decir, las partes se comportaron demostrando que el desistimiento efectuado sí surtió plenos efectos. Esto implica que ambas partes mediante sus propios actos continuaron ejecutando el contrato y por tanto considerándolo vigente y dieron efectos al desistimiento a la resolución del Contrato del Contrato.

Por lo que, para este Tribunal, el argumento referido a que el desistimiento de la resolución del Contrato efectuado por Carta Notarial No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, no tuvo efectos, porque FONDEPES no contestó la Carta 073-2018/05-CDSAC-LOG ha quedado plenamente descartado, pues DÁVALOS y FONDEPES se continuaron comportando como si el Contrato estuviera plenamente vigente.

69. A mayor refuerzo de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer una breve referencia a la teoría de los actos propios y evaluar estos hechos en función a la misma. Como sabemos la Teoría de los Actos Propios es una manifestación del Principio de Buena Fe contractual. El profesor Alejandro Borda, acerca de este tema, ha indicado lo siguiente:

> *"La Teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del Principio General de la Buena Fe que sanciona como inadmisible toda*

pretensión lícita, ***<u>pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto</u>***[3]*"*

70. Asimismo, el mencionado autor señala que para aplicar la referida teoría a un caso en concreto es necesario que concurran los siguientes requisitos:

    (i) Una conducta anterior relevante y eficaz. La conducta es el acto o serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto de algunos intereses vitales. Pero no hablamos de una conducta a secas sino decimos una conducta vinculante.

    (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción -atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas.

    (iii) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas[4].

71. Los requisitos anteriormente expuestos, desde la perspectiva del Tribunal Arbitral, se han cumplido en el presente caso, pues **(i)** DÁVALOS condicionó los efectos de su desistimiento a la aceptación de FONDEPES, **(ii)** tanto DÁVALOS como FONDEPES realizaron actos de ejecución del Contrato como los antes enumerados, pese a que no existió una respuesta formal por parte de FONDEPES en la que aceptara el desistimiento a la resolución del Contrato de DÁVALOS, así por ejemplo, el cambio de tuberías, los requerimientos de información y exhibición sobre los permisos para la continuación de la obra y la propia carta de resolución del Contrato, en la que invoca una causal de resolución diferente a la contenida en la Carta No. 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018; **(iii)** existe plena identidad entre los sujetos intervinientes en las conductas indicadas en **(i)** y **(ii)**. Por consiguiente, DÁVALOS ha actuado en contra de sus propios actos al negar que el desistimiento a la resolución del Contrato habría surtido efectos, cuando su comportamiento indica lo contrario.

72. Por lo tanto, el desistimiento de la resolución del Contrato fue, por la conducta de las partes, eficaz, continuándose con la relación contractual.

---

[3] Cit. Por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. La Teoría de los Actos Propios. Doctrina y jurisprudencia, Instituto Pacífico, Segunda Edición, Lima. Página

[4] **BORDA**, Alejandro. *Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires 2005, p. 71.

73. Habiendo determinado el Tribunal Arbitral que el Contrato se mantuvo vigente, después del 10 de mayo de 2018, fecha en la que DÁVALOS envió la Carta No. 073-2018/05-CDSAC-LOG por la que comunicó su desistimiento a la resolución del Contrato contenida en la Carta 055-2018/04-CDSAC-LOG de fecha 6 de abril de 2018, corresponde analizar si la resolución contractual realizada mediante Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG de fecha 26 de diciembre de 2018 debe ser o no declarada nula o ineficaz, conforme lo ha solicitado FONDEPES en su Primera Pretensión Principal.

74. De la revisión de los hechos expuestos por las partes, se aprecia que, durante la ejecución del Contrato, ocurrieron sismos y oleajes anómalos que obligaron a las partes a acordar la suspensión de la ejecución del contrato para lo cual celebraron el Acta de Suspensión de fecha 15 de noviembre de 2017. Esta Acta de Suspensión, fue suscrita como consecuencia del Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017, en el que se evalúa y determina la necesidad de realizar el cambio del trazo del emisor submarino por una situación imprevisible sucedida en el enrocado que produjo el debilitamiento del enrocado y el colapso de parte del cabezo invadiendo parte del trazo proyectado del emisor submarino del expediente técnico. Es importante indicar que el Acta de Suspensión hace expresa referencia al Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017.

75. En el Acta de Suspensión se pactó lo siguiente: **(i)** la suspensión del plazo de ejecución de la obra a partir de la fecha de suscripción del acta, de acuerdo con lo expuesto en el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017 y de conformidad con el artículo 153.1 del RLCE, **(ii)** el plazo de ejecución de la obra se suspenderá hasta que FONDEPES comunique a DÁVALOS la culminación de los eventos que han generado la suspensión del plazo de ejecución del Contrato, de acuerdo con el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017 y **(iii)** FONDEPES reconocerá los mayores gastos generales y costos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión, conforme a lo establecido en el artículo 153.1 del RLCE: **(a)** guardianía las 24 horas, a fin de preservar la integridad de las partidas contractuales ejecutadas, **(b)** costo de mantenimiento de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, en caso el plazo de suspensión sea mayor a 45 días y **(c)** costo de desmovilización y nueva movilización de equipo y campamento en el caso de que el plazo de suspensión sea mayor a 45 días.

76. En otras palabras, las partes acordaron suspender el plazo de ejecución del Contrato hasta que FONDEPES comunique a DÁVALOS la culminación de los eventos que generaron la suspensión del referido plazo y se pactó como obligación de FONDEPES la comunicación a DÁVALOS de la culminación de los eventos que generaron la suspensión del plazo de ejecución y el reconocimiento de los mayores gastos generales y costos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

77. Ahora bien, respecto específicamente de la pretensión del demandante y según lo expuesto por ambas partes, mientras el plazo contractual se encontraba suspendido, entre otras comunicaciones, DÁVALOS cursó tres cartas a FONDEPES. La primera de ellas fue la Carta No. 128-2018/10-CDSAC-LOG de fecha 22 de octubre de 2018, por la que le solicitó información acerca de las acciones que FONDEPES estaba llevando a cabo para hacer posible la ejecución del Contrato. Dicha carta indica lo siguiente:

> *"Nos vemos obligados a cursarle la presente en atención al Acta de Suspensión de la referencia a fin de solicitarles se sirvan informarnos de manera documentada las acciones realizadas a efecto de salvar los inconvenientes que motivaron la suspensión del plazo contractual, toda vez que, a la fecha, ha trascurrido 341 días desde que se suspendió el plazo, y hasta la fecha no se han reiniciado las labores, y el CONTRATISTA recurrente viene soportando el costo del mantenimiento de la suspensión de plazo de acuerdo a las exigencias de la Entidad, costo que en su oportunidad se procederá a valorizar."*

78. La segunda carta fue la Carta No. 135-2018/11-CDSAC-LOG de fecha 29 de noviembre de 2018 recibida por FONDEPES el 3 de diciembre de 2018, mediante la que se requiere a FONDEPES que, dentro del plazo de 15 días, cumpla con exhibir y acreditar los permisos y autorizaciones correspondientes que posibilitaría con la ejecución del Contrato, pues según indica el demandado, FONDEPES nunca le contestó ninguna de las comunicaciones.

79. La tercera comunicación fue la Carta No. 141-2018/12-CDSAC-LOG, mediante la cual DÁVALOS resuelve el Contrato, debido a que se habría configurado un incumplimiento en las obligaciones de FONDEPES. En dicha carta, DÁVALOS señaló lo siguiente:

"Nos vemos obligados a cursarle la presente, para comunicarle nuestra decisión de RESOLVER el contrato de Ejecución de obra de la referencia por causa de incumplimiento de las obligaciones imputables a la Entidad, relativa a exhibir y acreditar las autorizaciones necesarias para continuar la ejecución de la obra del contrato de la referencia.

Cabe señalar que la obligación antes descrita ha sido requerida para su cumplimiento mediante carta notarial de la referencia, entregada notarialmente el 03 de noviembre del 2018; sin que se haya cumplido con satisfacer el requerimiento hasta la fecha.
(…)"

80. Como se puede observar, DÁVALOS resolvió el Contrato invocando el siguiente incumplimiento de la obligación de FONDEPES: exhibir y acreditar las autorizaciones necesarias para continuar con la ejecución de la obra del Contrato. Para determinar si la resolución de Contrato se llevó a cabo de manera adecuada y por tanto si esta es procedente, debe ser analizada conforme a lo establecido por el artículo 135° del RLCE. Este artículo indica lo siguiente:

Artículo 135°:
"(…) El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato."

81. Como se puede observar, el artículo 135 del RLCE establece que el contratista, en este caso, DÁVALOS, puede resolver el Contrato, siempre que la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo. Es decir, para resolver esta pretensión, el Tribunal Arbitral deberá determinar si la exhibición y acreditación de los permisos y autorizaciones constituye una obligación esencial a cargo de la entidad, si es que fue incumplida injustificadamente y si se siguió el procedimiento de resolución del Contrato regulado en la LCE y el RLCE.

82. No cabe duda de que FONDEPES tenía la obligación de conseguir los permisos y autorizaciones necesarias para que DÁVALOS pudiera construir la obra objeto del Contrato No. 026-2017-FONDEPES – Contrato de Ejecución de Obra "Emersión y

Lanzamiento de Emisor Submarino del Proyecto Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de Atico, Provincia de Caraveli, Región Arequipa, derivado de la Adjudicación Simplificada No. 008-2017-FONDEPES, ello se estableció en el contrato y en el Acta de Suspensión y levantar la suspensión del plazo de ejecución acordado en el Acta de Suspensión.

83. Sin embargo, de la revisión del Acta de Suspensión, se advierte que las partes no pactaron un plazo para obtención de los permisos, estando en línea con lo señalado en el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017, puesto que tenía que obtenerse autorizaciones de otras entidades, así establece lo siguiente:

(...)

7. En virtud de lo expuesto, al haberse generado la necesidad de modificar el trazo del emisor submarino en obra por causas naturales (los sismos ocurridos en Julio y Agosto, sumado a los oleajes anómalos), sería procedente la Suspensión del plazo de ejecución de la Obra, toda vez que no se van a ejecutar las partidas consideradas en la ruta crítica actual.

En relación con el plazo de suspensión de la ejecución de la obra, corresponde precisar que la suspensión debe mantenerse hasta que se cumplan las condiciones técnicas y legales para que se pueda proseguir con los trabajos correspondientes a la obra, debiéndose contar para ello, entre otros aspectos, con las autorizaciones respectivas.

Al respecto, los plazos para obtener los permisos correspondientes por parte de la DICAPI y el Gobierno Regional de Arequipa, según lo establecido en el Texto Unico de Procedimientos Administrativos (TUPA) respectivo, tiene un plazo de tramitación de treinta (30) días hábiles; sin embargo, debe mencionarse que se tienen antecedentes de obtenciones de permisos que duran mucho más tiempo que lo previsto en los mencionados TUPA, por lo que se sugiere condicionar la suspensión del plazo de ejecución a la obtención de los permisos correspondientes o, en todo caso, a la obtención de una autorización provisional.

Por tanto, en el Acta de Acuerdos respectiva, se recomienda establecer que el plazo de ejecución de la obra se reiniciará una vez que se cuenten con todas las autorizaciones necesarias previa verificación por parte de FONDEPES del cumplimiento de las condiciones técnicas y legales necesarias para ello, en virtud de lo cual, una vez corroborados los señalados aspectos, FONDEPES notificará al contratista de manera oportuna para efectos de suscribir una nueva Acta de Acuerdos a fin de formalizar el reinicio del plazo de ejecución de la obra.

84. Como se puede ver, el Informe No. 027-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/oamc de fecha 2 de noviembre de 2017 que recomendó celebrar el Acuerdo de Suspensión y al que este documento hace expresa referencia, también recomendó no condicionar la obtención de los

permisos a los plazos establecidos en el TUPA del Gobierno Regional de Arequipa y de DICAPI, ya que conforme lo señala el numeral 8 del Informe referido, existían antecedentes de demoras prolongadas que han sobrepasado los plazos establecidos en las normas.

Es por ello que dentro del Acta de Suspensión las partes reconocieron que "*corresponde elaborar los estudios respectivos debiéndose tener en cuenta además, los plazos para la emisión de las Resoluciones que debe emitir la Dirección General de Capitanías u Guardacostas – DICAPI (Resolución de otorgamiento de uso de área acuática) y el Gobierno Regional de Arequipa (Desafectación del área de maricultura) en el ámbito de sus competencias, y siendo que, según el estado actual de la obra, no resulta posible continuar con los trabajos programados, es que correspondería acordar la suspensión del plazo de ejecución de la obra (…)"* sin fijar un plazo.

85. Así y no habiéndose pactado un plazo determinado para que FONDEPES obtenga los permisos y autorizaciones, no puede considerarse que esta ha incumplido con sus obligaciones, máxime si las propias partes han reconocido en el Acta de Suspensión que para la emisión de los referidos permisos y autorizaciones debían tener en cuenta los plazos que manejan las entidades encargadas de emitirlos, siendo que, una vez obtenidos estos, FONDEPES comunicaría que el levantamiento de la suspensión del plazo de ejecución contractual.

86. El Tribunal Arbitral considera importante indicar que, si bien las partes no habían pactado un plazo determinado para la obtención de los permisos y autorizaciones en el Acta de Suspensión, FONDEPES tenía la obligación de realizar las acciones necesarias y cumplir los requisitos necesarios para lograr la obtención de los permisos y autorizaciones a fin de levantar la suspensión del plazo de ejecución contractual.

87. En relación a ello, la conducta de FONDEPES no ha sido pasiva, desde que se acordó la suspensión del plazo de ejecución contractual. Por el contrario, el Tribunal Arbitral observa que logró **(i)** la emisión de la Resolución Gerencial Regional de Producción RGR No. 804-2017-GRA-GRP de fecha 12 de diciembre de 2017 por la que se produjo la modificación de las coordenadas iniciales. indicando que *"La organización social, deberá tramitar ante la Dirección General*

de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la correspondiente modificación en las Resoluciones de Habilitación de Área Acuática y la de Autorización del Uso del Área Acuática. Esta modificación de coordenadas permitirá dar acceso a la instalación definitiva del Emisor Submarino del DPA Ático." y **(ii)** el día 5 de diciembre de 2018, es decir, días anteriores a la resolución del Contrato planteada por DÁVALOS, FONDEPES venía gestionando el PAMMA del DPA para el Proyecto denominado "Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de Ático, distrito de Ático, Provincia de Cavelí, Región Arequipa" para obtener la Certificación Ambiental del Ministerio de la Producción, servicio que FONDEPES ya había contratado por concurso público, pues, como es natural, la contratación de profesionales para que realicen las evaluaciones y revisiones correspondientes debe hacer conforme establece la LCE y el RLCE.

88. En otras palabras, las gestiones que se encontraban a cargo de FONDEPES para lograr la modificación del expediente técnico de la obra, conseguir la autorización de DICAPI y así levantar la suspensión del plazo de ejecución del Contrato sí se venían realizando, por lo que este Tribunal no considera que haya existido incumplimiento alguno por parte de FONDEPES que pudiera generar la resolución del Contrato.

89. En consecuencia, la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por FONDEPES es declarada FUNDADA.

b. <u>Segunda Pretensión Principal:</u> Se ordene a la empresa Constructora Dávalos S.A.C. el pago de la totalidad de los costos y gastos arbitrales que deriven del presente proceso.

▪ **<u>POSICIÓN DE FONDEPES</u>**

90. FONDEPES señala que DÁVALOS cumpla con pagar el 100% de los costos y gastos arbitrales derivados del presente arbitraje.

▪ **<u>POSICIÓN DE DÁVALOS</u>**

91. DÁVALOS señala que corresponde que FONDEPES asuma el pago de la totalidad de los costos y gastos arbitrales.

▪ POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

92. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje[5], al no existir estipulación alguna de las partes sobre la asunción o distribución de los costos y costas del arbitraje, corresponde al Tribunal Arbitral decidir sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del laudo y las circunstancias del caso.

93. A lo largo del desarrollo del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral ha podido apreciar que ambas partes han contribuido con sus actuaciones a la necesidad de someter la controversia a esta vía. Sin embargo, este Tribunal Arbitral también observa que la Primera Pretensión Principal formulada por la parte demandante ha sido amparadas, siendo, en este arbitraje, la parte vencedora.

94. En atención a lo anterior, el Tribunal Arbitral -en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje[6]- resuelve que todos los gastos arbitrales (honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro) sean asumidos en su totalidad por el demandado, los cuales fueron cancelados de la siguiente manera:

Los montos incluyen IGV

Caso	Etapa	Demandante/Demandado	Gastos Administrativos	Honorario Arbitral
0081-2019-CCL	Instalación	**DEMANDANTE:** FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO	Pagó S/ 5,900.00	Pagó S/ 17,700.00

[5] **Ley de Arbitraje. Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos**
"1. 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. (…)"

[6] **Ley de Arbitraje. Artículo 70°.- Costos**
"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del 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."

		(100%)		
		DEMANDADO: CONSTRUCTORA DAVALOS S.A.C (0%)	Pagó S/ 5,900.00	Pagó S/ 17,700.00

Las sumas son las siguientes:

CASO	ETAPA	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0081-2019-CCL	**INSTALACIÓN**	S/ 11,800.00	S/ 35,400.00

95. En consecuencia, DÁVALOS debe devolver a FONDEPES la suma ascendente a S/ 35,400.00 (Treinta y cinco mil cuatrocientos y 00/100 soles) (incluye IGV) por concepto de Honorarios del Tribunal Arbitral y S/ 11,800.00 (Once mil ochocientos y 00/100 soles) (incluye IGV) por concepto de gastos administrativos del Centro. Los costos generados por concepto de defensa deberán ser asumidos por cada parte.

VI. LAUDO

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por FONDEPES.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda formulada por FONDEPES. En consecuencia, DÁVALOS debe asumir la totalidad de los gastos arbitrales, debiendo devolver a FONDEPES el monto ascendente a S/ 47,200.00 (Cuarenta y siete mil doscientos y 00/100 soles) (incluye IGV).

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: ARAMBURU YZAGA MANUEL DIEGO FIR[illegible]
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/02/2021 13:09:31-0500

MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA
Presidente del Tribunal Arbitral

IRMA ROXANA ADELA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
Árbitro

CARLOS LUIS BENJAMIN RUSKA MAGUIÑA
Árbitro