Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Caso Arbitral 0617-2019 CCL

Consorcio Obras
(Demandante)

Y

Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES
(Demandado)

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL

IRMA ROXANA ADELA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA – PRESIDENTA
CARLOS SOTO COAGUILA – ÁRBITRO
RICARDO LEÓN PASTOR – ÁRBITRO

Lima, 15 de diciembre de 2021

ÍNDICE

I. NOMBRES DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y SUS ABOGADOS 4
II. CONVENIO ARBITRAL 5
III. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 6
IV. DERECHO APLICABLE 6
V. SEDE DE ARBITRAJE 6
VI. RESUMEN PROCEDIMENTAL 6
VII. DEMANDA PRESENTADA POR CONSORCIO 7
VIII. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR FONDEPES 9
IX. RECONVENCION POR PARTE DE FONDEPES 10
X. AUDIENCIA DE ILUSTRACION DE HECHOS Y PRUEBAS 11
XI. ALEGATOS FINALES 11
XII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES 12
XIII. PLAZO PARA LAUDAR 12
XIV. CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL 12
XV. DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EL PROCESO ARBITRAL 13
XVI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL 15
XVII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 41

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TÉRMINOS EMPLEADOS EN LA PRESENTE DECISIÓN	
DEMANDANTE / CONSORCIO	Consorcio Obras
DEMANDADA / FONDEPES	Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
PARTES	Son conjuntamente el Consorcio y FONDEPES.
CENTRO	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
TRIBUNAL ARBITRAL	Conformado por los árbitros: -Roxana Jiménez Vargas-Machuca -Carlos Soto Coaguila -Ricardo León Pastor
REGLAMENTO	Reglamento y Estatuto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
CONTRATO	Contrato 038-2017-FONDEPES, "Ejecución del Saldo de la Obra: Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal de la Localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Provincia de Tacna, Región Tacna"

LAUDO DE DERECHO

En la ciudad de Lima, a los quince (15) días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), luego de haber realizado las actuaciones arbitrales en respeto riguroso del debido proceso y la igualdad de las partes, de conformidad con la ley y las normas establecidas por las PARTES y, asimismo, habiendo escuchado los argumentos vertidos por estas últimas sobre las pretensiones planteadas en la demanda, reconvención, y los puntos controvertidos fijados en este arbitraje, y habiendo finalmente realizado un minucioso análisis sobre todo lo debatido y los medios probatorios aportados, el **TRIBUNAL ARBITRAL** dicta el presente Laudo de Derecho:

I. NOMBRES DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y SUS ABOGADOS

I.1. DEMANDANTE

1. CONSORCIO OBRAS, integrado por J.P.C. INGENIEROS S.A.C. con R.U.C. 20352428648 con domicilio legal en Jr. Inmaculada N 154, tercer piso, distrito de Callería Provincia de Coronel Portillo – Ucayali y SOLUCIONES INTEGRALES EMDEMAS S.A.C. con R.U.C. 20601312817 con domicilio legal y procesal en Av. Oscar R. Benavides 679 Conjunto Residencial Centro Colonial Dpto. 504 en el distrito de Cercado de Lima.

2. Representante:

- César Augusto Boulangger Aguilar

3. Abogado:

- Jennifer Lidia Meoño Urquizo

I.2. DEMANDADA

4. Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES, con domicilio real y procesal en Av. Petit Thouars 115, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima.

5. Representante:

- Blanca Estela Zumaeta Oropeza (Procurador Público)

6. Abogados:

- Harry Araníbar Zambrano
- Francisco Chumpitaz Cama
- Pedro Antonio Cappelletti Mendieta
- Milovan Petkovich Portocarrero
- Karen Evelyn Cabrera De La Cruz

II. CONVENIO ARBITRAL

7. El presente arbitraje se sustenta en el convenio arbitral contenida en la cláusula Vigésimo Segunda del **CONTRATO**, que expresamente señala:

> *"De acuerdo a lo establecido en el artículo 45° de la Ley, las controversias que surjan entre LAS PARTES sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de LAS PARTES. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*
>
> *LAS PARTES acuerdan que todos los conflictos que deriven de la ejecución a interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje institucional bajo la organización y administración de os órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su Reglamento.*
>
> *Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es mayor a 30 (treinta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de su presentación, el Tribunal Arbitral estará compuesto por tres árbitros.*
>
> *Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es indeterminable, el Tribunal Arbitral estará compuesto por tres árbitros.*
>
> *LAS PARTES acuerdan que las actuaciones arbitrales se realizaran en los plazos establecidos sin que el Tribunal Arbitral tengan facultad alguna para ampliarlos o modificarlos no siendo posible que el Tribunal Arbitral haga uso de la facultad contenida en el numeral 4 del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1071.*
>
> *El Laudo Arbitral emitido obligará a LAS PARTES y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o ante*

> *cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia".*

8. Al respecto, el Tribunal arbitral considera importante precisar que el presente proceso se lleva a cabo en el Centro de la Cámara de Comercio de Lima, debido a que el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE no es competente. Así lo han manifestado el CONSORCIO OBRAS en su escrito de solicitud de inicio arbitraje de fecha 09 de octubre de 2019 y FONDEPES en su escrito de absolución de fecha 29 de octubre de 2019.

III. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

9. El abogado Ricardo León Pastor fue designado árbitro por **FONDEPES** el 29 de octubre de 2019, y comunicó su aceptación el 05 de noviembre de 2019.

10. El abogado Carlos Soto Coaguila fue designado árbitro del **CONSORCIO OBRAS** por el **CENTRO** mediante sesión del 12 de febrero de 2020, y comunicó su aceptación el 24 de febrero de 2020.

11. La abogada Roxana Jiménez Vargas-Machuca fue designada Presidenta del Tribunal Arbitral de común acuerdo por los árbitros Ricardo León Pastor y Carlos Soto Coaguila mediante carta s/n presentada al CENTRO el 15 de julio de 2020, comunicando su aceptación mediante carta del 17 de julio de 2020.

IV. DERECHO APLICABLE

12. De acuerdo a lo señalado en la regla 8 de la Orden Procesal 3, la ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana.

V. SEDE DE ARBITRAJE

13. Según lo dispuesto en la regla 5 de la Orden Procesal 3, se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, y como sede institucional del arbitraje el local del CENTRO ubicado en Giuseppe Garibaldi 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

VI. RESUMEN PROCEDIMENTAL

14. El 9 de octubre de 2019, el **CONSORCIO** presentó su petición de arbitraje ante el CENTRO, la cual fue respondida por el **FONDEPES** el 29 de octubre de 2019.

15. Mediante Orden Procesal Orden Procesal 3 del 28 de setiembre de 2020, el **TRIBUNAL ARBITRAL** aprobó a las Reglas Definitivas del Arbitraje y concedió a **CONSORCIO** un plazo de treinta (30) días hábiles para que presente su demanda.

16. El 9 de noviembre de 2020, el **CONSORCIO** presentó su demanda arbitral.

17. El 21 de diciembre de 2020, **FONDEPES** presentó su contestación a la demanda y reconvención.

18. Mediante Orden Procesal 4 del 23 de febrero de 2021, el **TRIBUNAL ARBITRAL** fijó las cuestiones que serán materia de pronunciamiento en el presente arbitraje.

19. El 17 de marzo de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Pruebas, la que se reprogramó para el 8 de abril de 2021.

20. El 29 de abril de 2021 el **CONSORCIO** y **FONDEPES** presentaron respectivamente sus alegatos finales.

21. El 21 de setiembre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.

22. Mediante la Orden Procesal 7 del 04 de octubre de 2021, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declaró el cierre de la instrucción del presente proceso y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles.

VII. DEMANDA PRESENTADA POR CONSORCIO

23. El 9 de noviembre de 2020, el **CONSORCIO** presentó su escrito de demanda arbitral contra **FONDEPES**, formulando las siguientes pretensiones:

> ***Primera Pretensión Principal*** *Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la resolución del Contrato de Ejecución de Saldo de Obra de fecha 02 de noviembre de 2017 efectuada por el FONDEPES, comunicada mediante la Carta Notarial N° 1653 de fecha 23 de abril de 2019, porque los pretendidos incumplimientos bajo los cuales sustentó su resolución, son manifiestamente injustificados, y por el contrario son directamente imputables al FONDEPES e incluso pudieron ser revertidos; no cumpliendo con el supuesto de hecho contenido en el tercer párrafo del Artículo 136 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF; que la faculta a resolver el contrato sin requerimiento previo.*

1.1. Primera pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal.
Que, solicitamos al Tribunal Arbitral dejar sin efecto la Carta Notarial N° 1653 de fecha 23 de abril de 2019 que contiene la pretendida resolución del Contrato de Ejecución de Saldo de Obra efectuada por el FONDEPES.

1.2. Segunda pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal.
Que, solicitamos al Tribunal Arbitral declarar que el Contrato de Ejecución de Saldo de Obra continuó vigente surtiendo plenos efectos con fecha posterior al 22 de abril de 2019.

Segunda Pretensión Principal *Que el Tribunal Arbitral ordene al FONDEPES el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluidos los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.*

24. En cuanto a sus fundamentos, el **CONSORCIO** esencialmente manifestó lo siguiente:

Sobre la primera pretensión principal de la demanda:

- **FONDEPES** resolvió el CONTRATO infringiendo el principio de legalidad, actuando en contravención al principio de buena fe, ya que imputó dolosamente al **CONSORCIO** la responsabilidad de infracciones contractuales que eran responsabilidad del propio **FONDEPES**.

- **FONDEPES** no resolvió el CONTRATO de conformidad con lo regulado en los artículos 32 y 35 de la Ley de Contrataciones del Estado, ni de conformidad con los artículos 136 y 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Los supuestos incumplimientos del CONTRATO fueron originados por causas imputables al mismo **FONDEPES**, como consecuencia de la falta de disponibilidad de terrenos y las deficiencias en el Expediente Técnico.

- Desde un inicio existieron problemas en la OBRA, debido a la falta de disponibilidad física constante del lugar donde se ejecutaría la obra, por la intervención de la población pesquera que usaba el muelle así como de la autoridad marítima. Asimismo, existían serias deficiencias en el Expediente Técnico, toda vez que este no presentaba información suficiente, coherente y técnicamente correcta, lo cual, impidió al **CONSORCIO** ejecutar la OBRA.

- Lo anterior está demostrado con la aprobación de la Ampliación de plazo 01 por 25 días calendario; la Ampliación de plazo 02 por 30 días calendario; la Ampliación de plazo 09 por 34 días calendario; la Ampliación de plazo 10 por 23 días calendario; la Ampliación de plazo 12 por 07 días calendario; la Ampliación de plazo 13 por 07 días calendario y la Ampliación de plazo 15 por 06 días calendario.

  Asimismo, los problemas relacionados a errores o deficiencias técnicas del Expediente Técnico se acreditan con la Ampliación de plazo 03 por 31 días calendario; la Ampliación de plazo 04 por 25 días calendarios; la Ampliación de plazo 05 por 07 días calendario; la Ampliación de plazo 06, por 26 días calendario; la Ampliación de plazo 08 por 26 días calendario; la Ampliación de plazo 11 por 08 días calendario y la Ampliación de plazo 14 por 06 días calendario.

- La Carta Notarial 1653 del 23 de abril de 2019 (mediante la cual **FONDEPES** resolvió el CONTRATO) no es un acto válido, toda vez que adolece de vicios de nulidad que evidencian que la resolución contractual efectuada es nula de pleno derecho al infringir el Principio de Legalidad y contravenir los requisitos de validez de los actos administrativos establecidos en el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

  Sobre los gastos arbitrales:

- Se solicita condenar a **FONDEPES** a asumir y reembolsar la integridad de los costos, honorarios de abogados y gastos vinculados a este procedimiento arbitral, debido a su comportamiento ilegal y negligente en la exigencia de culminar las prestaciones, siendo consciente de las deficiencias del Expediente Técnico.

VIII. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR FONDEPES

25. El 21 de diciembre de 2020, **FONDEPES** presentó su contestación a la demanda, manifestando esencialmente lo siguiente:

- El 02 de noviembre de 2017 se suscribió el CONTRATO entre **FONDEPES** y **CONSORCIO OBRAS**, bajo el sistema de contratación a Precios Unitarios, modalidad Llave en Mano, por un monto de S/ 3'680,960.43 con precios del Presupuesto vigente al mes de junio de 2017, y un plazo de ejecución de 75 días calendario.

- Durante la ejecución de la obra se tramitaron dieciséis ampliaciones de plazo, habiéndose aprobado catorce, las cuales fueron notificadas mediante Cartas Nos. 038-2018-FONDEPES/SG, 079-2018-FONDEPES/SG, 118-2018-FONDEPES/SG, 165-2018-FONDEPES/SG, 205-2018-FONDEPES/SG, 240-2018-FONDEPES/SG, 277-2018-FONDEPES/SG, 325-2018-FONDEPES/SG, 366-2018-FONDEPES/SG, 368-2018-FONDEPES/SG, 403-2018-FONDEPES/SG, 405-2018-FONDEPES/SG, 406-2018-FONDEPES/SG y 428-2018-FONDEPES/GG; y dos fueron denegadas, notificadas mediante Cartas Nos. 267-2018-FONDEPES/SG y 442-2018-FONDEPES/SG.

- Mediante Carta 112-2019-FONDEPES/OGA del 23 de abril de 2019, se comunicó al **CONSORCIO** la decisión de resolver el contrato por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora. Dicha decisión de la Entidad se efectuó de conformidad a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y a los artículos 135, 136 y 137 de su Reglamento.

- Según la última ampliación de plazo aprobada el contratista debió terminar la obra el 29.10.2018, lo cual fue anotado en el Cuaderno de Obra en el Asiento 522 del 29.10.2018.

- El **CONSORCIO** no concluyó la obra por su incumplimiento, lo cual puede verificarse a través de las anotaciones efectuadas en el cuaderno de obra, específicamente el asiento 533 del 05 de noviembre de 2018 del residente de obra, quien señaló que los trabajos lentos eran consecuencia del abastecimiento lento de insumos y materiales de parte de la administración del "Consorcio Obras", por lo que la Entidad debía exigir y tener reuniones de trabajo para mitigar dicha anomalía.

- Respeto a la segunda pretensión por parte del **CONSORCIO**, se señala que siendo técnica y legalmente correcta la resolución del contrato por los incumplimientos de obligaciones contractuales del **CONSORCIO**, corresponde al contratista asumir los gastos del presente proceso arbitral, más los intereses legales correspondientes.

IX. RECONVENCION POR PARTE DE FONDEPES

26. El 21 de diciembre de 2020, **FONDEPES** presentó reconvención contra el **CONSORCIO**, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSION: Que, vuestro Tribunal Arbitral declare la existencia de daños y perjuicios ocasionados a la Entidad como consecuencia del incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del Consorcio Obras, y se ordene el pago de S/95,440.99, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que, se ordene el pago del total de los costos y costas del presente proceso más los intereses legales que correspondan.

27. En cuanto a sus fundamentos, **FONDEPES** esencialmente manifiesta lo siguiente:

- La pretensión reconvencional se fundamenta en los artículos 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como el artículo 1321 del Código civil, sobre la indemnización por dolo culpa leve e inexcusable.

- Respecto a la cuantificación del daño generado por la resolución del CONTRATO, vienen a ser los gastos en que los que incurrió **FONDEPES**, como son: (i) viáticos y pasajes aéreos durante el periodo de la constatación física e inventario de obra, los cuales han ascendido a la suma de S/ 12,040.99; (ii), para la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, el costo del servicio del Notario fue de S/ 3,900.00; (iii) también culminado el acto de la constatación física e inventario en el lugar de la obra, ésta queda bajo responsabilidad de **FONDEPES**, por lo cual contrataron a dos personas para el servicio de guardia siendo el gasto efectuado hasta la fecha de S/ 23,000.00; y, (iv) para garantizar la culminación de la obra, hubo la necesidad de contratar ingenieros especialistas para elaborar el expediente técnico adicional, siendo el gasto efectuado ascendente a S/ 56,500.00.

- En línea con lo anterior, **FONDEPES** afirma que los sobrecostos para la culminación de la obra ascienden en total a S/ 95,440.99, que constituirían los daños y perjuicios.

X. AUDIENCIA DE ILUSTRACION DE HECHOS Y PRUEBAS

El 17 de marzo de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Pruebas, sin embargo, se tuvo que suspender y se reprogramó para el 8 de abril de 2021 con la participación de las **PARTES**.

XI. ALEGATOS FINALES

28. El 28 de abril de 2021 **FONDEPES** presentó sus alegatos finales, conforme a los fundamentos allí expuestos.

29. El 29 de abril de 2021, el **CONSORCIO** presentó sus alegatos finales, conforme a los fundamentos allí expuestos.

XII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

30. El 21 de setiembre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la participación de las **PARTES**, quienes expusieron sus argumentos y respondieron a las preguntas que el tribunal arbitral les formuló.

XIII. PLAZO PARA LAUDAR

31. Mediante la Orden Procesal 7 del 4 de octubre de 2021, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declaró el cierre de instrucción del presente arbitraje y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, conforme a los artículos 32 y 39 del Reglamento del CENTRO.

XIV. CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

32. Mediante la Orden Procesal 6 del 8 de abril de 2021, el **TRIBUNAL ARBITRAL** determinó las cuestiones materia de pronunciamiento del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde, o no, declarar la nulidad de la resolución del Contrato de Ejecución de saldo de Obra de fecha 02 de noviembre de 2017 efectuada por el FONDEPES, comunicada mediante la Carta Notarial 1653 de fecha 23 de abril de 2019, porque los pretendidos incumplimientos bajo los cuales sustentó su resolución, son manifiestamente injustificados, y por el contrario son directamente imputables al FONDEPES e incluso pudieron ser revertidos; no cumpliendo con el supuesto de hecho contenido en el tercer párrafo del Artículo 136 del Decreto Supremo N° 350- 2015-EF; que la faculta a resolver el contrato sin requerimiento previo.

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENCIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde, o no, dejar sin efecto la Carta Notarial 1653 de echa 23 de abril de 2019 que contiene la pretendida resolución del Contrato de Ejecución de Saldo de Obra efectuada por el FONDEPES.

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENCIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde, o no, declarar que el Contrato de Ejecución de saldo de Obra continuó vigente surtiendo plenos efectos con fecha posterior al 22 de abril de 2019.

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENCIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde, o no, ordenar al FONDEPES el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluidos los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA PRIMERA PRETENCIÓN RECONVENCIONAL:** Determinar si corresponde, o no, declarar la existencia de daños y perjuicios ocasionados a la Entidad como consecuencia de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del Consorcio Obras, y se ordene el pago de S/ 95,440.99, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

- **MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENCIÓN RECONVENCIONAL:** Determinar si corresponde, o no, ordenar al Demandante el pago del total de los costos y costas del presente proceso más los intereses legales que correspondan.

XV. DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EL PROCESO ARBITRAL

33. Como acto previo al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje (que reproducen las pretensiones de la demanda), en función a la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por las partes, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara que ha sido designados de conformidad a Ley, que se ha otorgado

a las partes plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios ofrecidos oportunamente, que las actuaciones se han desarrollado respetando el debido proceso y las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes.

Asimismo, declara que ha verificado que las partes han ejercido su facultad para exponer sus conclusiones y alegatos orales en audiencia y que han presentado sus alegatos escritos.

Finalmente, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara que procede a laudar dentro del plazo en el REGLAMENTO del CENTRO.

34. Por otro lado, las **PARTES** manifestaron su conformidad con el desarrollo del presente proceso arbitral. Así lo declararon expresamente en la Audiencia Única realizada el 17 de marzo de 2021 y en la Audiencia de Informes Orales llevada a cabo el 21 de septiembre de 2021.

II. DECLARACIONES

La parte asistente declara expresamente haber tenido suficiente oportunidad para presentar sus hechos y sus alegaciones en el presente arbitraje. En ese sentido, expresa su plena conformidad con la forma en que se ha conducido el proceso arbitral y la presente Audiencia de Informes Orales, y no tener ninguna observación u objeción al respecto.

Del mismo modo, la parte asistente declara de manera expresa que durante el desarrollo de todo el proceso arbitral se les ha otorgado la posibilidad de exponer sus respectivas posiciones y ejercer su derecho de contradicción, respetando el derecho de defensa y al debido proceso. En tal sentido, la parte asistente declara de manera expresa que no tiene ningún reclamo u objeción sobre este extremo, toda vez que se han respetado todos sus derechos en el presente proceso arbitral.

Por último, la parte asistente declara de manera expresa que no tiene ninguna objeción contra las actuaciones arbitrales realizadas por el Tribunal Arbitral y el Secretario Arbitral. En tal sentido, la parte asistente declara de manera expresa que, durante todo el desarrollo del arbitraje, el Tribunal Arbitral y el Secretario Arbitral han actuado de manera diligente, independiente e imparcial en la realización de las actuaciones arbitrales.

35. De otro lado, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, utilizando

la apreciación razonada, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no hayan sido tomadas en cuenta para su decisión.

XVI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

SOBRE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS DERIVADAS DE LA DEMANDA

A. Determinar si corresponde declarar la nulidad de la resolución del Contrato de Ejecución de saldo de Obra del 2 de noviembre de 2017 efectuada por FONDEPES, comunicada mediante la Carta Notarial 1653 del 23 de abril de 2019, porque los pretendidos incumplimientos bajo los cuales sustentó su resolución son manifiestamente injustificados, y por el contrario son directamente imputables a FONDEPES e incluso pudieron ser revertidos; no cumpliendo con el supuesto de hecho contenido en el tercer párrafo del Artículo 136 del Decreto Supremo N° 350- 2015-EF; que la faculta a resolver el contrato sin requerimiento previo.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

36. El **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente los siguientes hechos que se desprenden del expediente arbitral:

- El 2 de noviembre de 2017, **FONDEPES** y el **CONSORCIO** suscribieron el CONTRATO, para la ejecución del saldo de obra de la ejecución de la obra "Mejoramiento de los servicios del desembarcadero pesquero artesanal, de la localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Provincia de tacana, Región Tacna", por el monto de S/ 3,680,960.43 (Tres millones seiscientos ochenta mil novecientos sesenta y 43/100 soles), y por un plazo de setenta y cinco (75) días calendario.

- Mediante Carta 112-2019-FONDEPES/OGA (carta notarial 1653) del 23 de abril de 2019, **FONDEPES** comunicó al **CONSORCIO** la resolución del CONTRATO, debido a que el contratista había alcanzado el máximo de penalidad por mora, conforme al artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

37. El **CONSORCIO** cuestiona la validez de la referida resolución contractual efectuada por **FONDEPES**, expresando que no existieron situaciones de incumplimientos

injustificados que le sean imputables y que, por tanto, no correspondía que el CONTRATO sea resuelto de manera automática.

38. En consecuencia, el Tribunal Arbitral verificará si la resolución del CONTRATO efectuada por **FONDEPES** fue acorde al mismo contrato, en concordancia con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

39. A continuación se inserta la Carta Notarial 112-2019-FONDEPES/OGA (carta notarial 1653) del 23 de abril de 2019:

Lima, 23 ABR. 2019

CARTA N° 112 -2019-FONDEPES/OGA

ESTE DOCUMENTO ... REDACTADO EN ESTA NOTAR
Carta Notarial N° 1653
Fecha 23 ABR 2019

CARTA NOTARIAL

RECIBID
Fecha 22 04 201
Hora 18:15

Señores
CONSORCIO OBRAS
Av. Oscar R. Benavides N° 679 Conjunto Residencial Centro Colonial Dpto. 504
Cercado de Lima - Lima
Presente.-

Atención : CESAR AUGUSTO BOULANGER AGUILAR - Representante Legal

Asunto : Comunico resolución de contrato por acumulación del monto máximo de penalidad por mora.

Referencia : Contrato N° 038-2017-FONDEPES

Me dirijo a usted, en atención al Contrato N° 038-2017-FONDEPES, suscrito entre la Entidad y su Representada el 2 de noviembre de 2017, por la contratación para la ejecución del saldo de obra "Mejoramiento de los servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de Morro Sama, distrito de Sama, provincia de Tacna, región Tacna", por el importe de S/ 3,680,960.43 (Tres Millones Seiscientos Ochenta Mil Novecientos Sesenta con 43/100 soles), incluido IGV.

Sobre el particular, con Memorando N° 1936-2019-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 23 de abril de 2019, el Director General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola (DIGENIPAA) ha solicitado se proceda con la resolución del Contrato N° 038-2017-FONDEPES, por cuanto precisan que, el 18 de diciembre de 2018, su representada acumuló el monto máximo de penalidad, y que el monto de penalidad acumulada al cierre de marzo de 2019 es superior al de las valorizaciones presentadas.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta lo informado por la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola (DIGENIPAA), y de conformidad a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y a los artículos 135, 136 y 177 de su Reglamento, le comunicamos nuestra decisión de resolver el Contrato N° 038-2017-FONDEPES por haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora. Asimismo, cumplimos con informarle que la constatación física e inventario se llevará a cabo en el lugar de la obra, iniciándose el día 29 de abril de 2019 a las 10:00 horas.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente;

FONDEPES
C.P.C. TERESA QUIROZ SILVA
JEFA DE LA OFICINA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN

CC Alexander Primitivo Huertas Jara
DIGENIPAA
LOGISTICA

40. De la revisión de dicha carta, se observa que **FONDEPES** comunicó al **CONSORCIO** la resolución del CONTRATO indicando como causal lo siguiente: *"(...) el 18 de diciembre de 2018, su representada acumuló el monto máximo de penalidad, y que el monto de penalidad acumulada al cierre de marzo de 2019 es superior al de las valorizaciones*

presentadas". (...) de conformidad a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y a los artículos 135, 136 y 177 de su Reglamento, le comunicamos nuestra decisión de resolver el Contrato 038-2017-FONDEPES por haber acumulado el monto máximo de la ***penalidad por mora****".*

41. Al respecto, el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:

> *"**Artículo 135.- Causales de resolución***
> *135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:*
> *1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
> *2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
> *3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*
> *(...)".*

42. Asimismo, respecto del procedimiento de resolución del CONTRATO por acumulación máximo de la penalidad por mora, el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

> *"**Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato***
> *(...)*
> *La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.* ***En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.***
> *(...)".*

43. A partir de dichas disposiciones, se desprende que la Entidad está facultada para resolver el Contrato cuando el contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, durante la ejecución de sus obligaciones. Asimismo, se establece que tal decisión de la Entidad puede ser inmediata, es decir, podrá resolver el Contrato (bastando para ello la sola

comunicación notarial al contratista) sin la necesidad de realizar un previo requerimiento de cumplimiento al contratista.

44. Al observar la Carta Notarial 112-2019-FONDEPES/OGA (carta notarial 1653) del 23 de abril de 2019, se aprecia que, mediante ella, **FONDEPES** comunicó al contratista su decisión de resolver el CONTRATO por acumulación máxima de penalidades por mora, sin hacer un requerimiento previo de cumplimiento, lo cual se encuentra conforme a los referidos artículos 135 y 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

No obstante, de dicha carta notarial no se desprende cuáles fueron los incumplimientos en los que habría incurrido el **CONSORCIO** para incurrir en mora y se le aplique penalidades. Para ello, el Tribunal Arbitral se remitirá a los escritos presentados por las partes durante el desarrollo del arbitraje:

Sobre las ampliaciones del plazo

41.1. El Tribunal Arbitral considera necesario señalar que en todo contrato, las prestaciones a cargo de una de las partes deberán ser ejecutadas dentro del plazo convenido, ya que, de lo contrario, la parte incumplidora (o que está en retraso) incurrirá en mora y, por tanto, sujeta, de ser el caso, a penalidades. Sin embargo, puede ocurrir que los incumplimientos y/o retrasos en que incurra alguna de las partes no le sean imputables, sino que obedezcan a situaciones ajenas a su voluntad.

En este último caso, cuando se trata del contratista, la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 34) y su Reglamento (artículo 169) han previsto la figura de la "ampliación de plazo", mediante la cual el contratista puede solicitar a la Entidad la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación: 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; 2) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra.; o, 3) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

41.2. Dicho lo anterior, es un hecho no controvertido entre las partes que durante la ejecución del CONTRATO se presentaron dieciséis (16) solicitudes de ampliación de plazo (por las siguientes razones: idoneidad del Expediente

Técnico, falta de disponibilidad de terrenos, intervención de los pescadores impidiendo al Consorcio ejecutar sus trabajos, o paralizaciones por hechos no imputables al consorcio), las cuales fueron atendidas y en algunos casos reconocidas por la ENTIDAD, ya sea total o de forma parcial. Así, conforme a lo expresado por las partes, si bien el primer plazo de ejecución era de setenta y cinco (75) días calendario, éste se amplió por un total de 261 días calendarios.

En esa línea, cabe señalar que tampoco existe controversia entre **FONDEPES** y el **CONSORCIO** en que el nuevo término del plazo de ejecución del CONTRATO era el 29 de octubre de 2018. A continuación se inserta lo expresado por las partes en sus respectivos escritos:

- *Escrito de alegatos del CONSORCIO:*

20. Sin embargo, debido a los errores del expediente técnico, el plazo se amplió por un total de 261 días, es decir, casi cuatro (04) veces más el plazo inicial:

AMPLIACIÓN DE PLAZO N°	DÍAS CALENDARIO	NUEVO TÉRMINO	N° DE RESOLUCIÓN
1	25	7/03/2018	RSG N° 032-2018-FONDEPES/SG
2	30	6/04/2018	RSG N° 062-2018-FONDEPES/SG
3	31	7/05/2018	RSG N° 071-2018-FONDEPES/SG
4	25	1/06/2018	RSG N° 087-2018-FONDEPES/SG
5	7	8/06/2018	RSG N° 109-2018-FONDEPES/SG
6	28	4/07/2018	RSG N° 131-2018-FONDEPES/SG
7	0	4/07/2018	RSG N° 145-2018-FONDEPES/SG
8	26	30/07/2018	RSG N° 151-2018-FONDEPES/SG
9	34	2/09/2018	RSG N° 165-2018-FONDEPES/SG
10	23	25/09/2018	RSG N° 179-2018-FONDEPES/SG
11	8	3/10/2018	RSG N° 180-2018-FONDEPES/SG
12	7	10/10/2018	RSG N° 201-2018-FONDEPES/SG
13	7	17/10/2018	RSG N° 202-2018-FONDEPES/SG
14	6	23/10/2018	RSG N° 203-2018-FONDEPES/SG
15	6	29/10/2018	RSG N° 211-2018-FONDEPES/GG
16	0	29/10/2018	RSG N° 221-2018-FONDEPES/SG
Total d.c.	261		

- *Escrito de Contestación de demanda de FONDEPES:*

3.2.5. **De la no culminación de la obra y del plazo hasta el cual se alcanzaba la penalidad máxima**

Según Cuaderno de obra

Con la última ampliación de plazo aprobada (N.º 15), el contratista debió terminar la obra el 29.10.2018, lo cual fue anotado en el Cuaderno de Obra en el Asiento N.º 522 del 29.10.2018, en el que se indica que (...) "en la fecha culmina oficialmente el plazo

41.3. Lo anterior es relevante debido a que, si bien durante la ejecución del CONTRATO se presentaron inconvenientes que conllevaron al **CONSORCIO**

a incurrir en retrasos, ellos fueron atendidos por **FONDEPES**, que reconoció las ampliaciones de plazo que eran necesarias.

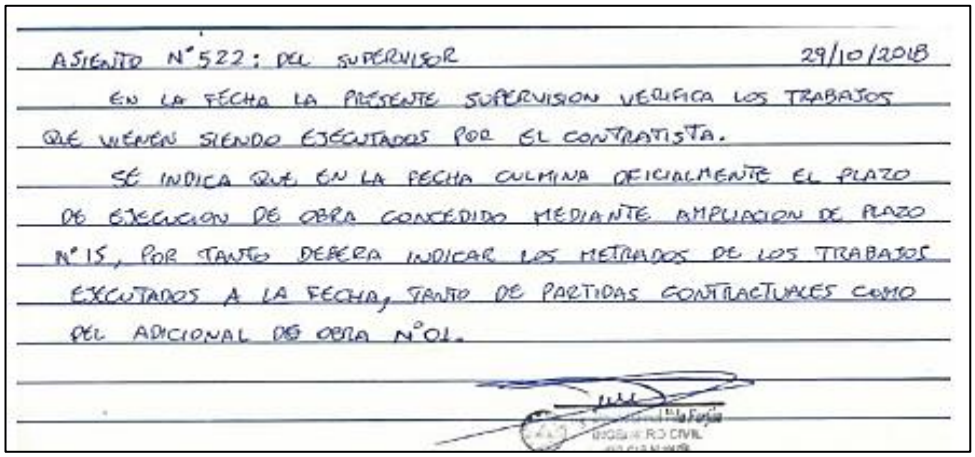
Cabe precisar que en el presente arbitraje no están en controversia las solicitudes de ampliación de plazo.

41.4. En consecuencia, a partir de lo expresado por las partes, y conforme obran los medios probatorios en el expediente arbitral, el Tribunal Arbitral concluye que el nuevo término del plazo de ejecución del CONTRATO (periodo en el que el **CONSORCIO** estaba obligada a ejecutar sus prestaciones) era el 29 de octubre de 2018.

Por tanto, se verificará si a dicha fecha el **CONSORCIO** había cumplido con sus obligaciones o, en caso que contrario, se verificará que la inejecución obedezca a situaciones que no le son imputables.

<u>Los requerimientos y comunicaciones efectuados por FONDEPES al CONSORCIO</u>:

41.5. Como se indicó anteriormente, el 29 de octubre de 2018 finalizaba el plazo de ejecución del CONTRATO. Así, obra en el expediente arbitral el asiento 522 del 29 de octubre de 2018, por el cual el Supervisor de Obra informó al **CONSORCIO** la fecha de culminación del plazo contractual y le solicitó que le indique los metrados de los trabajos ejecutados a dicha fecha, tanto de partidas contractuales como del adicional de obra 1:


ASIENTO N°522: DEL SUPERVISOR 29/10/2018
EN LA FECHA LA PRESENTE SUPERVISION VERIFICA LOS TRABAJOS QUE VIENEN SIENDO EJECUTADOS POR EL CONTRATISTA.
SE INDICA QUE EN LA FECHA CULMINA OFICIALMENTE EL PLAZO DE EJECUCION DE OBRA CONCEDIDO MEDIANTE AMPLIACION DE PLAZO N°15, POR TANTO DEBERA INDICAR LOS METRADOS DE LOS TRABAJOS EJECUTADOS A LA FECHA, TANTO DE PARTIDAS CONTRACTUALES COMO DEL ADICIONAL DE OBRA N°01.

41.6. Asimismo, obra en el expediente arbitral el Asiento 606 del 18 de diciembre de 2018, mediante el cual el Supervisor de Obra indicó al **CONSORCIO** que a

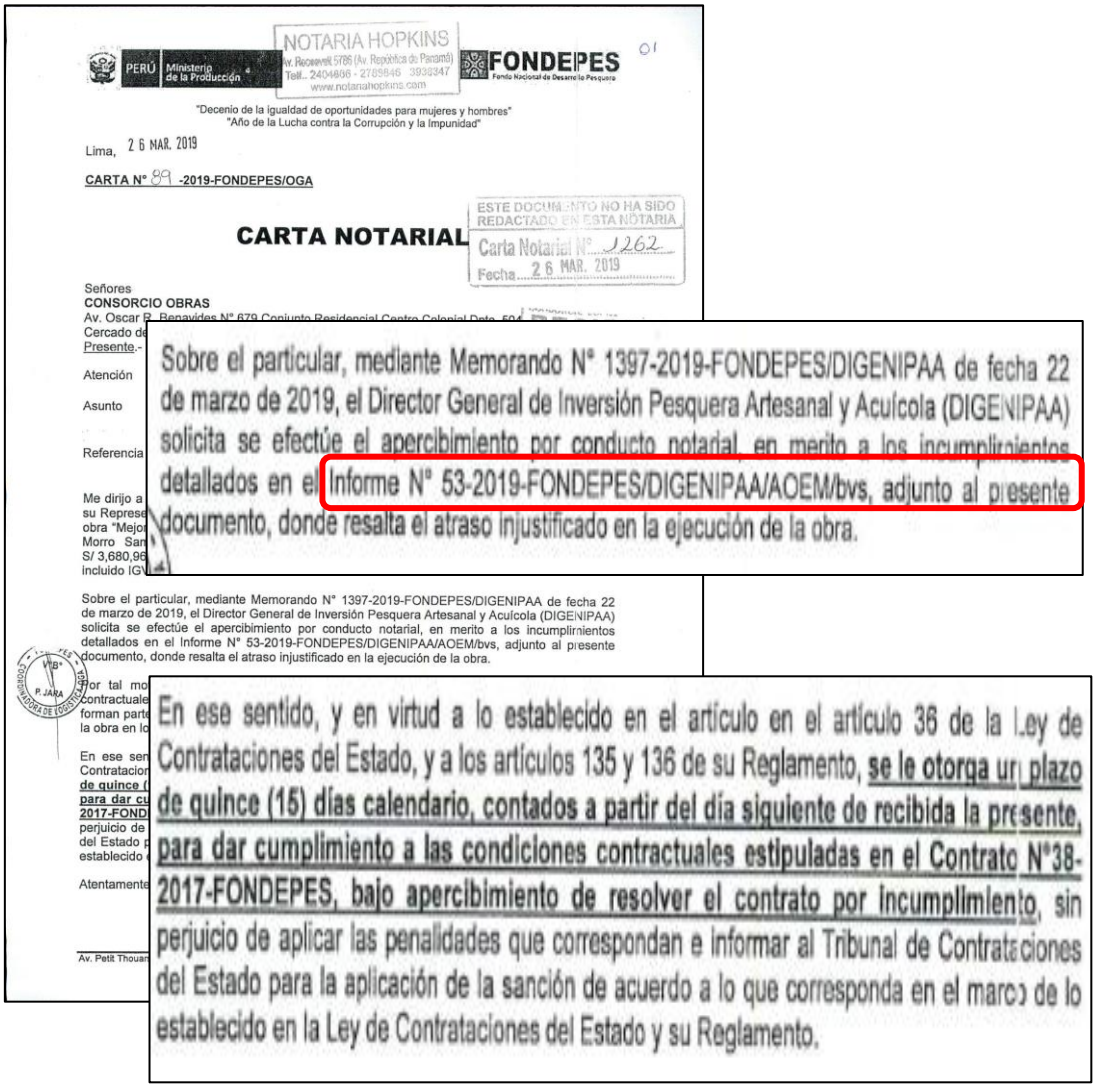
esa fecha venció el plazo máximo otorgado por Ley para continuar ejecutando los trabajos con aplicación de penalidades por atraso, que habían llegado al 10% del monto contratado:

ASIENTO N°606 : DEL SUPERVISOR 18/12/2018

EN LA FECHA LA PRESENTE SUPERVISION TOMA CONOCIMIENTO DE LO INDICADO POR EL RESIDENTE DE OBRA.

SE INDICA QUE EN LA FECHA SE HA VENCIDO EL PLAZO MAXIMO OTORGADO POR LEY PARA CONTINUAR EJECUTANDO LOS TRABAJOS CON APLICACION DE PENALIDADES POR ATRASO, MISMAS QUE HAN LLEGADO AL 10% DEL MONTO CONTRATADO, TANTO POR CONTRATO DE OBRA COMO POR ADICIONAL DE OBRA, POR ENDE SE PROCEDERA A INFORMAR A LA ENTIDAD A FIN DE DETERMINAR LA RESOLUCION DE CONTRATO O INTERVENCION ECONOMICA, TODA VEZ QUE A LA FECHA NO HA CONCLUIDO CON LA EJECUCION DE LOS TRABAJOS.

41.7. Por otro lado, obra en el expediente arbitral la Carta 89-2019-FONDEPES/OGA, notificada notarialmente al **CONSORCIO** el 26 de marzo de 2019, mediante la cual **FONDEPES** comunicó al **CONSORCIO** su atraso en la ejecución de la obra, y le otorga un plazo de 15 días calendarios para que cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO, y sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.



NOTARIA HOPKINS
Av. Roosevelt 5786 (Av. República de Panamá)
Tel.: 2404866 - 2785846 3933347
www.notariahopkins.com

PERÚ Ministerio de la Producción — FONDEPES Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 26 MAR. 2019

CARTA N° 89 -2019-FONDEPES/OGA

CARTA NOTARIAL

ESTE DOCUMENTO NO HA SIDO REDACTADO EN ESTA NOTARIA
Carta Notarial N° 1262
Fecha 26 MAR. 2019

Señores
CONSORCIO OBRAS
Av. Oscar R. Benavides N° 679 Conjunto Residencial Centro Colonial Dpto. 504
Cercado de
Presente.-

Atención

Asunto

Referencia

Me dirijo a
su Represe
obra "Mejo
Morro San
S/ 3,680,96
incluido IGV

Sobre el particular, mediante Memorando N° 1397-2019-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 22 de marzo de 2019, el Director General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola (DIGENIPAA) solicita se efectúe el apercibimiento por conducto notarial, en merito a los incumplimientos detallados en el Informe N° 53-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/bvs, adjunto al presente documento, donde resalta el atraso injustificado en la ejecución de la obra.

Sobre el particular, mediante Memorando N° 1397-2019-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 22 de marzo de 2019, el Director General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola (DIGENIPAA) solicita se efectúe el apercibimiento por conducto notarial, en merito a los incumplimientos detallados en el Informe N° 53-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/bvs, adjunto al presente documento, donde resalta el atraso injustificado en la ejecución de la obra.

V°B° P. JARA

Por tal mo
contractuale
forman parte
la obra en lo

En ese sen
Contratacion
de quince (
para dar cu
2017-FOND
perjuicio de
del Estado p
establecido

Atentamente

Av. Petit Thouar

En ese sentido, y en virtud a lo establecido en el artículo en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y a los artículos 135 y 136 de su Reglamento, **se le otorga un plazo de quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de recibida la presente, para dar cumplimiento a las condiciones contractuales estipuladas en el Contrato N°38-2017-FONDEPES, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento**, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan e informar al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción de acuerdo a lo que corresponda en el marco de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

41.8. A dicha carta notarial **FONDEPES** adjuntó el Informe 53-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/bvs del 21 de marzo de 2019, en el que se detallan –además de describir todas las solicitudes de ampliaciones de plazo, así como las comunicaciones entre las partes (FONDEPES y el CONSORCIO)– los incumplimientos contractuales en los que venía incurriendo el **CONSORCIO**.

A continuación se insertan las partes pertinentes del referido Informe:

II ANÁLISIS

Procedemos a elaborar el siguiente análisis según los hechos suscitados:

2.1 Mediante Carta N°127-2019-FONDEPES/DIGENIPAA dirigida al representante legal de CONSORCIO OBRAS con fecha de recepción 31.01.2019 la Entidad concluye mediante el Informe N°11-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/BVS que el contratista continúa retrasado en la culminación de la obra, además de tener observaciones en las actividades ejecutadas.

2.2 Mediante Carta N°217-2019-FONDEPES/DIGENIPAA dirigida al representante legal de CONSORCIO OBRAS con fecha de recepción 22.02.2019 la Entidad alcanza el Informe del ingeniero especialista Raúl Baltazar Florez Vilca, donde se trasladan las observaciones para ser subsanadas referente a la instalación y equipamiento de la Planta de Frio instalada en el DPA de Morro Sama.

2.3 Mediante Carta N°230-2019-FONDEPES/DIGENIPAA dirigida al representante legal de CONSORCIO OBRAS con fecha de recepción 22.02.2019 la Entidad alcanza el resumen de penalidades hasta el 31 de enero de 2019 reportados por la supervisión de obra.

Penalidad por mora en ejecución de la prestación	S/.405,693.78
Seguridad de obra y señalización – noviembre	S/.128.66
Seguridad de obra y señalización – enero	S/.298.03
Residente de obra – diciembre / enero	S/.366.29
Cuaderno de obra – enero	S/.7,450.87
Póliza CAR – enero	S/.7,450.87
TOTAL PENALIDADES hasta enero 2019	S/.421,388.5

2.4 Mediante Carta N°26-2019-CONS/AHJ/RL-MORRO SAMA, 13.03.19 la supervisión informa con N°004-2019-DMVF-JS-AHJ/MSDPAMS sobre las penalidades alcanzadas por el mes de febrero 2019. La suma es de S/.24,794.76 soles.

Acumulado de penalidades al cierre de enero 2019	S/421,388.50
Penalidades del mes de febrero 2019	S/24,794.76
TOTAL PENALIDADES hasta febrero 2019	**S/.446,183.26**

2.4 Mediante Carta N°28-2019-CONS/AHJ/RL-MORRO SAMA, 18.03.19 la supervisión informa mediante el reporte quincenal del 01-15 de marzo 2019 las actividades pendientes de ejecución.

Debe destacarse que la Carta 89-2019-FONDEPES/OGA del 26 de marzo de 2019, así como el referido Informe 53-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/bvs del 21 de marzo de 2019, no fueron cuestionadas ni objeto de tacha por parte del **CONSORCIO**.

Así, del mencionado Informe se desprende lo siguiente:

- Mediante Carta 127-2019-FONDEPES/DIGENIPAA del 31 de enero de 2019, **FONDEPES** comunicó al **CONSORCIO** que estaba retrasado en la culminación de la obra, además de tener observaciones en las actividades ejecutadas.

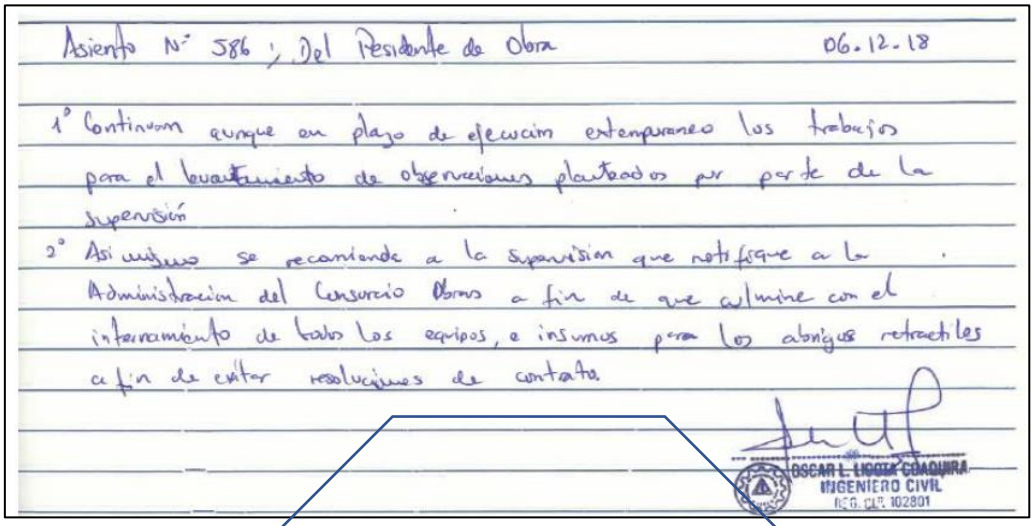
- Mediante Carta 217-2019-FONDEPES/DIGENIPAA del 22 de febrero de 2019, **FONDEPES** alcanzó al **CONSORCIO** determinadas observaciones para ser subsanadas referente a la instalación y equipamiento de la Planta de Frío instalada en el DPA de Morro Sama.

- Mediante Carta 230-2019-FONDEPES/DIGENIPAA del 22 de enero de 2019, **FONDEPES** comunicó al **CONSORCIO** el resumen de las penalidades hasta el 31 de enero de 2019, conforme se detalla a continuación:

Penalidad por mora en ejecución de la prestación	S/.405,693.78
Seguridad de obra y señalización – noviembre	S/.128.66
Seguridad de obra y señalización – enero	S/.298.03
Residente de obra – diciembre / enero	S/.366.29
Cuaderno de obra – enero	S/.7,450.87
Póliza CAR – enero	S/.7,450.87
TOTAL PENALIDADES hasta enero 2019	S/.421,388.5

- Asimismo, se describe la Carta 26-2019-CONS/AHJ/RL-MORRO SAMA del 13 de marzo de 2019, mediante la cual el Supervisor informó las penalidades alcanzadas por el **CONSORCIO** por el mes de febrero (S/ 24,794.76).

41.9. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene presente lo expresado por **FONDEPES** sobre el Asiento 586 del 6 de diciembre de 2018, mediante el cual el residente de obra comunicó al Supervisor la situación de incumplimiento en que se encontraba el **CONSORCIO**:


Asiento N° 586 ; Del Residente de Obra 06.12.18

1° Continuan aunque en plazo de ejecucion extemporaneo los trabajos para el levantamiento de observaciones planteados por parte de la supervisión

2° Asimismo se recomienda a la supervision que notifique a la Administracion del Consorcio Obras a fin de que culmine con el internamiento de todos los equipos, e insumos para los abrigos retractiles a fin de evitar resoluciones de contrato.

OSCAR L. LICOTA COAQUIRA
INGENIERO CIVIL
R.C.D. CIP. 102801

1. Continúan aunque en plazo de ejecución extemporáneo los trabajos para el levantamiento de observaciones planteadas por parte de la supervisión.
2. Asimismo se recomienda a la Supervisión que notifique a la Administración del Consorcio Obras a fin de que culmine con el internamiento de todos los equipos, e insumos para los abrigos retráctiles a fin de evitar resoluciones de contrato.

41.10. A partir de todo lo anterior, el Tribunal Arbitral observa que, antes de la carta de resolución del CONTRATO (esto es, la Carta 112-2019-FONDEPES/OGA del 23 de abril de 2019), el **CONSORCIO** tenía pleno conocimiento de los retrasos en que venía incurriendo en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

Es decir, si bien durante la ejecución del CONTRATO se presentaron ampliaciones de plazo por situaciones no imputables al **CONSORCIO**, lo cierto es que el nuevo plazo de ejecución contractual vencía el 29 de octubre de 2019. Vencido dicho plazo, el Tribunal Arbitral observa que el **CONSORCIO** fue notificado con distintos escritos sobre los retrasos en que venía

incurriendo, y que no subsanó hasta la fecha de resolución del CONTRATO (23 de abril de 2019), sobrepasando el monto máximo de penalidad por mora.

Los fundamentos del CONSORCIO:

41.11. El **CONSORCIO** expresó que: (i) no existe un atraso injustificado en el plazo de ejecución contractual porque los atrasos no son imputables al Contratista; y, (ii) no existe atraso injustificado en el cumplimiento de la prestación del **CONSORCIO** porque tal atraso es originado por culpa de **FONDEPES**.

41.12. Así, el **CONSORCIO** señala que la falta de disponibilidad del terreno y la entrega de un expediente técnico con deficiencias son incumplimientos esenciales, dado que sin el cumplimiento de dichos requisitos legales a cargo de **FONDEPES**, el **CONSORCIO** no podía alcanzar la finalidad del CONTRATO.

Al respecto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente que efectivamente, conforme al artículo 32.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando se trata de contratos de obra, entre otros requisitos se exige que se cuente con la "*disponibilidad física del terreno".*

No obstante, en el presente caso, se observa que **FONDEPES** sí atendió dicha observación por parte del **CONSORCIO** a través de la procedencia de las solicitudes de ampliación de plazo (como son, por ejemplo, las ampliaciones de plazo 1, 2 y 3),

Lo mismo ocurre con las deficiencias del expediente técnico, pues **FONDEPES** atendió las solicitudes de ampliación de plazo formuladas por el **CONSORCIO** en dicho extremo, declarándolas procedentes (como son, por ejemplo, las ampliaciones de plazo 4, 5 y 6). Esto ha sido reconocido por el propio **CONSORCIO** en su escrito de demanda (página 54), donde expresó lo siguiente:

> *"(...) nos adentraremos en el análisis de los problemas que se generaron en la ejecución de la OBRA a propósito de un Expediente Técnico plagado de errores e imprecisiones que justificaron las ampliaciones de plazo 03 por 31 días calendario; la ampliación de plazo 04 por 25 días calendario; la ampliación de plazo 05 por 7 días calendario; la ampliación de plazo 6, por 26 días calendario, la ampliación de plazo 08 por 26 días calendario;*

> *la ampliación de plazo 11 por 8 días calendario; ampliación de plazo 14 por 6 días calendario".*

Es decir, las alegaciones que formula el **CONSORCIO** para sustentar que sus retrasos se debieron a hechos imputables a **FONDEPES**, están relacionadas con las causales por las cuales formuló 16 solicitudes de ampliaciones de plazo, las cuales, a su vez, ya habían sido atendidas –en su oportunidad– por **FONDEPES**, quien finalmente extendió el plazo de ejecución contractual hasta el 29 de octubre de 2018.

De allí que el Tribunal Arbitral no comparte lo expresado por el **CONSORCIO** en su escrito de demanda arbitral, esto es, que "el CONSORCIO no recibió mayor acción o respuesta oportuna por parte de FONDEPES para cambiar la situación de la OBRA".

En ese sentido, el Tribunal Arbitral observa que el **CONSORCIO**, más allá de presentar pruebas que acrediten objetivamente que al 29 de octubre de 2019 continuaban existiendo situaciones ajenas a su voluntad que impedían que cumpla con sus obligaciones contractuales, se limita a repetir que los retrasos se debieron a causas que ya habían sido atendidas anteriormente por **FONDEPES**.

41.13. Por otro lado, para el **CONSORCIO** la resolución del CONTRATO efectuada por **FONDEPES** adolece de vicios de nulidad, porque: (i) infringe el principio de legalidad, esto es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; y (ii) contraviene los requisitos de validez de los actos administrativos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Respecto de supuesta contravención al principio de Legalidad, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha verificado que **FONDEPES** resolvió el CONTRATO de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, estos son los artículos 135 y 136.

Respecto de la supuesta contravención a los requisitos de validez de los actos administrativos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo General, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente que durante la etapa de la ejecución contractual las normas aplicables a la relación jurídica contractual entre las partes no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), sino lo dispuesto en el Contrato, los documentos que la integran,

así como las normas de Contrataciones del Estado. Esto ha sido reconocido por diferentes opiniones del OSCE, el que, absolviendo diferentes consultas, hace referencia a la Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR emitida por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, la cual precisó lo siguiente:

> *"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.*
>
> *56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado.* ***Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General****. (...)."* .

41.14. Por todo lo expuesto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha verificado que el **CONSORCIO**, como encargado de la ejecución de la obra, no acreditó debidamente que al 29 de octubre de 2018 (nueva fecha de culminación del plazo de ejecución contractual) no concluyó con la ejecución de sus prestaciones por causas que no le son atribuibles. Tampoco desacreditó las imputaciones de incumplimiento contractual que **FONDEPES** le atribuyó, así como que hasta el 18 de diciembre de 2018 ya había acumulado el máximo

de penalidades por mora permitidas por Ley, esto es el 10% del monto contractual.

45. Por los fundamentos expuestos, el **TRIBUNAL ARBITRAL** concluye en declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda formulada por el **CONSORCIO**; en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de la resolución del CONTRATO efectuada por **FONDEPES** mediante la carta notarial 1653 del 23 de abril de 2019.

B. DETERMINAR SI CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LA CARTA NOTARIAL DEL 23 DE ABRIL DE 2019, QUE CONTIENE LA PRETENDIDA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE SALDO DE OBRA EFECTUADA POR EL FONDEPES.

C. DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE SALDO DE OBRA CONTINUÓ VIGENTE SURTIENDO PLENOS EFECTOS CON FECHA POSTERIOR AL 23 DE ABRIL DE 2019.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

46. Cabe señalar que mediante el presente desarrollo se está analizando en conjunto el segundo y tercer puntos controvertidos derivados de la demanda, en tanto que los mismos están directamente vinculados.

47. Asimismo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente que las dos cuestiones controvertidas han sido formuladas por el **CONSORCIO** como pretensiones accesorias a la primera pretensión principal.

48. En ese sentido, el **TRIBUNAL ARBITRAL** se remite a los fundamentos señalados en el desarrollo y/o análisis de la Primera Pretensión Principal, en donde se concluyó que el **CONSORCIO** no ha acreditado que los incumplimientos que le fueron imputados al 29 de octubre de 2018, y posterior a dicha fecha, no le sean imputables. Asimismo, se verificó que **FONDEPES** resolvió el CONTRATO conforme a las disposiciones establecidas en el CONTRATO, y la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

49. En esa línea, en tanto que el **TRIBUNAL ARBITRAL** no ha declarado nula la resolución del CONTRATO efectuada por **FONDEPES** mediante la carta notarial 1653 del 23 de abril de 2019, esta mantiene validez y eficacia, por lo que evidentemente no corresponde declarar que el CONTRATO continuó vigente luego del 23 de abril de 2019. En consecuencia, el Tribunal Arbitral declara:

- **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el **CONSORCIO**; en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la carta notarial 1653 del 23 de abril de 2019, mediante la cual **FONDEPES** resolvió el CONTRATO.

- **INFUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el **CONSORCIO**; en consecuencia, no corresponde declarar que el CONTRATO continuó vigente con fecha posterior al 23 de abril de 2019.

SOBRE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS DERIVADAS DE LA RECONVENCIÓN

D. DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS A LA ENTIDAD COMO CONSECUENCIA DE INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL CONSORCIO OBRAS, Y SE ORDENE EL PAGO DE S/ 95,440.99, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

50. **FONDEPES** sostiene que, como consecuencia de la resolución del CONTRATO, por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora debido al incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del **CONSORCIO**, en cumplimiento de la normativa de la Contrataciones del Estado, y con la finalidad de culminar la ejecución de la obra para lograr el objetivo del mismo, la Entidad gastó hasta octubre de 2019 el monto total de S/ 95,440.99 que constituirían los daños y perjuicios hasta esa fecha.

51. Los conceptos solicitados por **FONDEPES** son los siguientes:

Descripción de los Gastos	Monto en S/.
Constatación Física e Inventario (Pasajes +Viáticos)	S/.12,040.99
Notario de la provincia de Tacna	S/. 3,900.00
Contratación de personal para guardianía de la obra	S/. 23,000.00
Elaboración del Expediente Técnico del Saldo de Obra del DPA Morro Sama	S/. 56,500.00
Total gastos ocasionados por la Resolución de Contrato N° 038-2019-FONDEPES	**S/. 95,440.99**

52. Lo pretendido por **FONDEPES** se encuentra en el ámbito de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones (la denominada responsabilidad contractual), por la cual queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

53. El **TRIBUNAL ARBITRAL** analizará si cada uno de los conceptos reclamados por **FONDEPES** califican como supuestos de responsabilidad civil y, por tanto, si existe la concurrencia de sus elementos, partiendo por el análisis de la **antijuridicidad** (incumplimiento contractual), para luego ingresar al análisis del **daño** y la **relación de causalidad** entre este y la conducta antijurídica

54. Para ello, el **TRIBUNAL ARBITRAL** procederá con su análisis de acuerdo al siguiente esquema:

- Sobre la conducta antijurídica (incumplimiento) alegada por **FONDEPES.**
- La resolución del CONTRATO y sus principales consecuencias jurídicas.
- Los conceptos reclamados por **FONDEPES**.

I. RESPECTO DE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA ALEGADA POR FONDEPES:

55. En el ámbito contractual, el incumplimiento (inejecución imputable) constituye la conducta antijurídica que abre la puerta de la responsabilidad civil[1].

[1] Al respecto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación 3168-2015-Lima, indicó que: "*La disciplina de la responsabilidad civil. Sea esta extracontractual o contractual, tiene como uno de sus principales elementos a la antijuricidad, la cual consiste en determinar que aquel*

56. En el presente caso, **FONDEPES** alega la inejecución por parte del **CONSORCIO** de sus obligaciones contractuales, conllevando a que el CONTRATO sea resuelto por acumulación máxima de penalidad por mora.

57. Al respecto, conforme se ha expuesto anteriormente, el **TRIBUNAL ARBITRAL** arribó a la conclusión que el **CONSORCIO** no ha acreditado que los retrasos en que incurrió en la ejecución de sus prestaciones no le sean imputables, incurriendo en mora y sujeto a la aplicación de penalidades y, finalmente, conllevando a que el CONTRATO sea resuelto por **FONDEPES**.

El **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente, además, que en el presente caso el **CONSORCIO** no ha presentado medios probatorios que acrediten que cumplió sus obligaciones contractuales (dado que como deudor, asume la carga probatoria) o que hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida, o que las situaciones de retraso más allá del 29 de octubre de 2018 hayan sido por situaciones imputables a **FONDEPES**.

58. A partir de lo indicado, para el **TRIBUNAL ARBITRAL** el **CONSORCIO** incurrió en incumplimiento (imputable), que conllevó a que el CONTRATO se resuelva.

II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

59. En este punto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera pertinente traer a colación lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

> *"**Artículo 135.- Causales de resolución***
> *135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:*
> *1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.;*

---

comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres. Artículo 1321 del Código Civil."

> *2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
> *3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*
> *(…)".*
>
> *"**Artículo 137.- Efectos de la resolución***
> *Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.*
> *(…)".*

60. Se observa de los dispositivos citados que, cuando el Contratista incurra en incumplimientos contractuales injustificados, o, como en el presente caso, haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora, la Entidad puede resolver el contrato. Asimismo, que la resolución contractual faculta a la Entidad a ejecutar las garantías que el contratista hubiera otorgado y, además, que puede solicitar una indemnización por los *mayores daños irrogados*.

61. Todo contratista está obligado a cumplir cabalmente con la ejecución de sus prestaciones conforme a los documentos que forman parte integrante del Contrato suscrito, caso contrario será responsable por su incumplimiento.

62. En la cláusula décimo novena del CONTRATO, las partes establecieron la "Responsabilidad de las partes" bajo el siguiente tenor:

> **CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES**
> Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a algunas de **LAS PARTES**, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente. Ello no obsta la aplicación de las sanciones administrativas, penales y pecuniarias a que dicho incumplimiento diere lugar, en el caso que éstas correspondan.
>
> Lo señalado precedentemente no exime a ninguna de **LAS PARTES** del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el presente contrato.

III. LOS CONCEPTOS RECLAMADOS POR FONDEPES

63. **FONDEPES** afirma que, como consecuencia de la resolución del CONTRATO por hechos imputables al **CONSORCIO**, incurrió en los siguientes gastos, que solicita le sean reconocidos como indemnización de daños y perjuicios:

CONCEPTO	MONTO
✓ Pagos relacionados a la constatación física e inventario (pasajes + viáticos).	S/ 12,040.99
✓ Pago al Notario de la provincia de Tacna.	S/ 3,900.00
✓ Contratación de personal para guardianía de la obra.	S/ 23,000.00
✓ Elaboración del Expediente Técnico del Saldo de Obra del DPA Morro Sama.	S/ 56,500.00
TOTAL	S/ 95,440.99

64. Se observa que **FONDEPES** reclama conceptos por daño emergente, el que consiste en la pérdida o el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. Conforme a la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, para la procedencia del pago de indemnizaciones, el artículo 137 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado establece que: "*Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados*".

65. En ese sentido, si bien en el presente caso el CONTRATO fue resuelto por **FONDEPES** por causa imputable al **CONSORCIO**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** desconoce si la Entidad llegó a ejecutar o no las garantías que el **CONSORCIO** le hubiese otorgado, teniendo las garantías esencialmente función indemnizatoria. De allí que el Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que corresponde indemnización "*por los mayores daños irrogados*", lo que significa que si la garantía (en caso de incumplimiento contractual del contratista) no cubre todos los daños irrogados, la entidad podrá solicitar una indemnización por tales mayores daños.

66. Sobre ello, el OSCE ha emitido diversas opiniones[2] mediante las cuales ha indicado que:

> *"En relación a lo señalado, sobre la garantía de fiel cumplimiento, debe anotarse que esta tenía una doble función: (i) compulsiva, porque buscaba compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por*

[2] En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones 036-2015, 005-2015/DTN, 108-2014/DTN, entre otras.

> *éste; y **(ii) resarcitoria**, dado que pretendía (la garantía de fiel cumplimiento), a través de su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que hubiera sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista."*

67. En igual sentido, en la Opinión 125-2019/DTN se ha pronunciado el OSCE:

> *"Sobre el particular, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas Opiniones[3] que las garantías que se exigen en el marco de los procesos de contratación pública cumplen una doble función: **compulsiva** y **resarcitoria**. Son compulsivas, puesto que pretenden compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este; asimismo, son resarcitorias, puesto que **pretenden, con su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que hubiera sufrido debido al incumplimiento del contratista**."*

68. En el presente caso, se observa que **FONDEPES** no ha sustentado de modo adecuado su pretensión indemnizatoria, en tanto que no ha explicado ni sustentado las medidas que habría adoptado, de haberlo hecho, una vez que resolvió el CONTRATO, como por ejemplo si procedió a ejecutar las garantías, y si las mismas cubrían o no aquellos mayores daños que afirma haber sufrido al realizar pagos relacionados a la constatación física e inventario, contratación de un notario, contratación de personal para guardianía de la obra, y contratar a especialistas que elaboren el expediente técnico de saldo de obra.

69. Cabe indicar que en la cláusula sétima del CONTRATO las partes establecieron lo siguiente:

[3] Sírvase revisar las Opiniones N°017-2019/DTN, N° 015-2018/DTN y N° 206-2016/DTN, entre otras.

> **CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍAS**
> **EL CONTRATISTA** entregó al perfeccionamiento del contrato la respectiva garantía incondicional, solidaria, irrevocable, y de realización automática en el país al solo requerimiento, a favor de **LA ENTIDAD**, por los conceptos, montos y vigencias siguientes:
>
> **De Fiel Cumplimiento del Contrato**: Por el monto de S/. 368,097.00 (Trescientos sesenta y ocho mil noventa y siete con 00/100 Soles), a través de la Carta Fianza N° 0011-0306-9800125481-86 emitida por el BBVA Banco Continental, monto que es equivalente a más del diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la misma que debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

70. En suma, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que el elemento daño[4] no ha sido probado; así también, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene en consideración, para el análisis de esta pretensión, que el daño se cuantifica a través de sus consecuencias económicas, las cuales se manifiestan a través del daño emergente y el lucro cesante[5]*."*

71. En tal sentido, corresponde al **TRIBUNAL ARBITRAL** determinar qué gastos, egresos, pérdidas, etc., se generaron como consecuencia del incumplimiento imputable al **CONSORCIO**.

72. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera importante precisar que para establecer una indemnización a favor del solicitante no basta que el derecho se encuentre reconocido en la ley, sino que es necesario acreditar la existencia del daño y su cuantificación.

Como señala el artículo 1331 del Código Civil:

> "L*a prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".

---

[4] *"El daño puede ser entendido como la lesión de un interés protegido." Cfr.* ESPINOZA ESPINOZA. Juan (2018). DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Octava edición. Instituto del Pacifico. Pág. 299). Precisa el mismo autor que el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido.

[5] *Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor." (*Cfr. OSTERLING PARODI. F. La indemnización de daños y perjuicios).

73. En el caso concreto, se observa que el monto inicial de la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO ascendió a S/ 368,097.00 (Trescientos sesenta y ocho mil noventa y siete con 00/100 soles). Por tanto, haciendo una básica operación matemática con el monto (S/ 95,440.99) reclamado por **FONDEPES** como indemnización de daños y perjuicios, se observa que la misma no excede el monto de garantía de fiel cumplimiento, no dando a lugar a "*mayores daños irrogados*", conforme lo exige el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

74. En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que en el presente caso no se encuentra satisfecho, por **FONDEPES**, el requisito consistente en sustentar y acreditar el ***daño*** para la procedencia de la indemnización que se reclama, conforme a lo previsto en el artículo 1331 del Código Civil.

75. Por tales fundamentos, el **TRIBUNAL ARBITRAL** debe declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención formulada por **FONDEPES**; en consecuencia, no corresponde declarar la existencia de daños y perjuicios ocasionados a la Entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del **CONSORCIO**. Tampoco corresponde ordenar el pago de S/ 95,440.99, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS ARBITRALES

E. DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL FONDEPES EL REEMBOLSO DE TODOS LOS GASTOS Y COSTOS INCURRIDOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE, INCLUIDOS LOS HONORARIOS PROFESIONALES CONTRATADOS PARA LA DEFENSA EN ESTE PROCESO, ASÍ COMO LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y DEMÁS EFECTUADOS PARA SU ATENCIÓN.

F. DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL CONSORCIO EL PAGO DEL TOTAL DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO MÁS LOS INTERESES LEGALES QUE CORRESPONDAN.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

76. Al respecto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene en cuenta lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley de Arbitraje:

> ***"Artículo 56.- Contenido del laudo.***
> *(...)*
> *2. El **tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje**, según lo previsto en el artículo 73."*
> *(Énfasis agregado)*

77. Asimismo, el artículo 56, inciso g) del REGLAMENTO del CENTRO establece lo siguiente:

> ***"Artículo 56°. - Contenido del laudo***
>
> *El laudo arbitral de derecho deberá estar motivado y contendrá:*
> *(...)*
> **g) La referencia sobre la asunción o distribución de los costos arbitrales.**
> (...)."
> (Énfasis agregado)

78. Teniendo en cuenta ello, el **TRIBUNAL ARBITRAL** procede a pronunciarse sobre la forma de asunción de los gastos arbitrales, esto es, que gastos debe asumir cada parte.

79. En el presente caso, el **CONSORCIO** y **FONDEPES** no han pactado en el Convenio Arbitral la forma de imputar los gastos arbitrales, por lo que el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera pertinente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de Arbitraje y en el Artículo 73 de la Ley de Arbitraje.

> *"**Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje***
> ***Decisión sobre los costos del arbitraje***
>
> *1. Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:*
> *a. los honorarios y los gastos de los árbitros;*
> *b. los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio*

del arbitraje;
c. los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
d. los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

2. El Consejo puede fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulte de la Tabla de Aranceles aplicable, si así lo considera necesario, en razón de circunstancias excepcionales que se presenten en el caso.

3. En cualquier momento del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede tomar decisiones sobre los costos de pruebas ordenadas por iniciativa propia o sobre los costos legales de una etapa y ordenar su pago.

4. El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.

5. Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo.

6. En caso de desistimiento o de terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final, el Centro fija los honorarios y gastos de los árbitros cuando corresponda y los gastos administrativos del Centro. A falta de acuerdo de las partes, la distribución de los costos del arbitraje y otras cuestiones relevantes en relación con los costos son decididas por el Tribunal Arbitral. El Centro devuelve cualquier excedente de los gastos arbitrales a las partes en la forma que determine el Tribunal Arbitral, o en su defecto, en las proporciones en que fueron recibidas."

"Artículo 73 de la Ley de Arbitraje.- 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.***
> *2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo. Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE 18*
> *3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable."*
> *(Énfasis agregado)*

80. Teniendo en cuenta lo señalado, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que en el presente caso se ha presentado una demanda arbitral y reconvención, cuyas pretensiones fueron objeto de análisis, siendo declaradas infundadas. Es decir, existieron cuestiones controvertidas formuladas por ambas partes, respecto de las cuales cada una ha tenido y desarrollado una determinada interpretación.

81. En ese sentido, habiéndose declarado infundadas las pretensiones de la demanda y de la reconvención, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que en el presente caso no puede indicarse que existió una parte vencida, por lo que considera que cada parte deberá asumir el cincuenta por ciento (50%) de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del **TRIBUNAL ARBITRAL** y de la Secretaría Arbitral).

82. El monto total de los gastos arbitrales de honorarios del **TRIBUNAL ARBITRAL** y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral fueron los siguientes:

Etapa	Demandante | demandado	Gastos Administrativos	Honorarios del Tribunal Arbitral
Solicitud de Arbitraje	Consorcio Obras Asumió 100%	Pagó S/ 15,791.45	Pagó S/ 40,585.79
		Pagó S/ 15,791.45	Pagó S/ 40,585.79
Reconvención	Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero Asumió el 100%	Pagó S/ 4,510.00	Pagó S/ 13,530.00
		Pagó S/ 4,510.00	Pagó S/ 13,530.00

Montos totalizados:

Gastos Administrativos	Honorarios del Tribunal Arbitral
S/ 40,602.90	S/ 108,231.58

Los montos no incluyen el I.G.V.

A partir de lo señalado, se advierte que cada una de las partes pagó el 100% de la totalidad de los gastos arbitrales liquidados por el CENTRO respecto de sus respectivas pretensiones, por lo que corresponde que el **TRIBUNAL ARBITRAL** ordene el reembolso correspondiente a la diferencia.

De ese modo, siendo que la totalidad de gastos administrativos asciende a S/ 40,602.90 y de honorarios del Tribunal Arbitral a S/ 108,231.58, corresponde que cada parte pague S/ 20,301.45 por gastos administrativos y S/ 54,115.79 por honorarios del Tribunal Arbitral.

Así, al haber pagado el Consorcio Obras la suma de S/ 31,582.90 por gastos administrativos y de S/ 81,171.58 por honorarios del Tribunal, se concluye que FONDEPES debe reembolsarle la diferencia, esto es, S/ 11,281.45 por gastos administrativos y S/ 27,055.79 por honorarios del Tribunal Arbitral.

83. Asimismo, respecto de los gastos correspondientes a honorarios profesionales de los abogados, así como a todo otro gasto en general, el **TRIBUNAL ARBITRAL** dispone que cada una de las partes asuma los gastos de su respectiva defensa legal.

84. Por tanto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha decidido que corresponde declarar las pretensiones de este caso de la siguiente manera:

- **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO OBRAS; en consecuencia, no corresponde ordenar a FONDEPES reembolsar al CONSORCIO OBRAS todos los gastos y costos incurridos en el arbitraje.

- **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la reconvención formulada por FONDEPES; en consecuencia, no corresponde que se ordene al CONSORCIO OBRAS el pago total de los costos y costas del arbitraje, más los intereses legales, sino únicamente debe reembolsar al CONSORCIO OBRAS por la parte que le corresponde, según lo señalado en el fundamento 74 del presente Laudo Arbitral.

XVII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje; y, que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las consideraciones que preceden, el **TRIBUNAL ARBITRAL** Lauda en Derecho DECLARANDO:

PRIMERO: INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO OBRAS; en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de la resolución del CONTRATO efectuada por FONDEPES mediante la carta notarial 1653 del 23 de abril de 2019.

SEGUNDO: INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO OBRAS; en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la carta notarial 1653 del 23 de abril de 2019, mediante la cual FONDEPES resolvió el CONTRATO.

TERCERO: INFUNDADA la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO OBRAS; en consecuencia, no corresponde declarar que el CONTRATO continuó vigente con fecha posterior al 23 de abril de 2019.

CUARTO: INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención formulada por FONDEPES; en consecuencia, no corresponde declarar la existencia de daños y perjuicios ocasionados a la Entidad como consecuencia del incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del CONSORCIO OBRAS. Tampoco corresponde ordenar el pago de S/ 95,440.99, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

QUINTO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO OBRAS; en consecuencia, no corresponde ordenar a FONDEPES reembolsar al CONSORCIO OBRAS todos los gastos y costos incurridos en el arbitraje, salvo lo correspondiente a la diferencia al asumir cada parte el 50% de todos los costos arbitrales (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral), de acuerdo a lo establecido en el fundamento 74 del presente Laudo Arbitral; por lo que **SE ORDENA a**

FONDEPES reembolsar al CONSORCIO OBRAS la suma de S/ 11,281.45 por gastos administrativos y de S/ 27,055.79 por honorarios del Tribunal Arbitral.

SEXTO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención formulada por FONDEPES; en consecuencia, no corresponde que se ordene al CONSORCIO OBRAS el pago total de los costos y gastos del arbitraje, más los intereses legales, debiendo remitirse a lo ordenado en el punto anterior.

SÉPTIMO: DISPONER que, respecto de los gastos correspondientes a honorarios profesionales de los abogados y/o expertos, así como a todo otro gasto en general en que cada parte hubiese incurrido en su defensa, el Tribunal Arbitral dispone que cada una de las partes asuma sus propios gastos de defensa legal

Notifíquese a las partes.-

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Árbitro

RICARDO LEON PASTOR
Árbitro

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
Presidenta del Tribunal Arbitral