CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Caso Arbitral N° 3585-439-21

CONSORCIO AGUA

vs.

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES

LAUDO

Árbitro Único

Alberto José Luis Rizo-Patrón Carreño

Secretario Arbitral

Luciano Barchi Campuzano

Lima, 16 de junio de 2022

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Demandante/Contratista/ Consorcio:	CONSORCIO AGUA integrado por NERIO NORIEGA INGENIEROS S.A.C. y por CONSTRUCCIONES KUSI S.A.C
Demandada/Entidad/FONDEPES:	FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
Las partes:	CONSORCIO AGUA y el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
Arbitraje:	Derecho e Institucional.
Concurso Público:	Adjudicación Simplificada N° 009-2020-FONDEPES[1] para la Contratación de ejecución de la obra: red complementaria de alcantarillado y conexión domiciliaría para el terminal pesquero (desembarcadero pesquero artesanal) Callao - Región Callao - Provincia Constitucional del Callao.
Contrato:	Contrato 21-2020-FONDEPES
Ley/LCE	Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30225 aprobado por el Decreto Supremo Nº 082-2019-EF.
Reglamento/RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 344-2018-EF.
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo Nº 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
Centro:	Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] Convocado en el SEACE el 9 de octubre de 2020.

Decisión N° 10

En Lima, a los 16 días del mes de junio del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y analizado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, dicta el laudo siguiente:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1. Son partes del arbitraje:

DEMANDANTE	DEMANDADA
Representante: Carlos Enrique Nerio Noriega	**Procuradora Pública**: Blanca Estela Zumaeta Oropeza

II. CONVENIO ARBITRAL

2. Con fecha 20 de noviembre de 2020, el Consorcio y el FONDEPES suscribieron el Contrato cuya Cláusula Vigésima dispuso lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS[1]
Las controversias que surjan entre LAS PARTES durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según acuerdo entre LAS PARTES.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

3. De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el Contrato.

III. TIPO DE ARBITRAJE

4. La presente controversia será dilucidada mediante un arbitraje nacional y de derecho.

IV. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

5. El abogado Alberto Rizo-Patrón Carreño fue designado conforme a la normativa del Centro, quien manifestó oportunamente su aceptación al cargo, declarando que tiene disponibilidad de tiempo para atender y conducir este caso en plazos razonables y que conservará su independencia e imparcialidad durante su desarrollo.

V. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

6. De conformidad con la Cláusula Décima Novena del Contrato, se dispone lo siguiente:

> **CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO**
> Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

VI. DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS

7. El Consorcio mediante escrito de fecha 26 de enero de 2022, presentó su demanda arbitral estableciendo como pretensiones:

   Primera Pretensión principal: Declare consentida la liquidación con las observaciones formuladas; y ordene el pago de S/ 61,257.47 (Sesenta y un mil doscientos cincuenta y siete con 47/100 Soles) más intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, en calidad de pretensión principal.

   En caso se declare infundada o improcedente la pretensión precedente.

   Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determine y ordene pagar en la liquidación final de la obra, los montos que corresponda a la liquidación, respecto de los conceptos discrepantes consignados por el Contratista y la Entidad, más intereses legales, desde la fecha en que se presentó la liquidación.

   Segunda Prensión principal: Ordene que la Entidad emita al Contratista y registre en el SEACE el certificado de prestación de la obra ejecutada, sin penalidades.

   Tercera Prensión principal: Ordene que la Entidad pague los costos y las costas del proceso arbitral, más los intereses legales desde la fecha de la condena hasta la fecha efectiva de pago, por honorarios del árbitro, secretaria arbitral, y gastos administrativos; así como los gastos de asesoría técnica y legal en que viene incurriendo e incurrirá mi representada.

8. Indica como antecedente que, con la Carta N° 0025-2021/JCS-SE de fecha 27 de enero de 2021, el Ing. José Fernando Cayturo Sandoval adjuntó a la Entidad el Informe N° 023-2021/JCS referente a la necesidad de generar prestaciones adicionales de la obra.

9. Refiere con la Carta N° 460-2021-FONDEPES/DIGENIPAA notificada vía correo electrónico el 12 de abril de 2021, la Entidad comunicó la aprobación del cambio de Residente de Obra, no obstante, con la Carta N° 465-2021-FONDEPES/OGA, la Entidad le comunicó que debido a la ausencia del Residente de Obra debía aplicarse la penalidad por el Supuesto N° 02 por el periodo (06) días, equivalente a S/13,200.00 (Trece mil doscientos con 00/100 Soles).

10. Añade que con la Carta 47.OBK01 de fecha 09 de junio de 2021, notificada a la Entidad el 11 de junio de 2021, presentó la Liquidación de Obra y el Informe Final de Obra.

11. De otro lado, con la Carta 48.OBK01 de fecha 30 de junio 2021 sustentó ante la Entidad, que la demora en la aprobación del Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N° 01 no les es imputable y solicita la inaplicación de lo respectiva penalidad por mora y que con la Carta N° 506-2021-FONDEPES-OGA de fecha 27 de julio de 2021, la Entidad le comunicó la procedencia en parte de la solicitud de inaplicabilidad de penalidad por el término de 14 días calendarios, no obstante, procederá con la aplicación de penalidades por el lapso de 15 días calendarios.

12. Mediante correo electrónico de fecha 06 de agosto de 2021 2021, la Entidad remite la Carta N° 943-2021-FONDEPES/DIGENIPAA donde observó la liquidación efectuada por la Contratista y Determina un saldo a favor de la Entidad por el monto de S/ 21,207.28 (Veintiún mil doscientos siete con 28/100 Soles).

13. Agrega que con el correo electrónico de fecha 17 de agosto de 2021, el Contratista remite a la Entidad la Carta 51.0BKO1 donde formuló observaciones a la Liquidación Final de la obra emitida por la Entidad.

14. Añade que con la Carta N° 1035-2021-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 03 de setiembre de 2021, la Entidad comunicó estar de acuerdo con el Informe N° 042-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC de fecha 01 de setiembre de 2021, mediante el cual, el especialista ratifica el contenido del Informe N° 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC y, por ende, el contenido de la Carta N° 943-2021-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 06 de agosto de 2021.

15. Indica que con la Carta 52.0BKO1 de fecha 13 de setiembre de2021, solicitó el cobro de la parte no controvertida de la liquidación del contrato, el cual, asciende al monto S/ 17,430.61 Soles.

16. Señala que con el correo electrónico de fecha 20 de setiembre de 2021, el Contratista presentó la Carta 53.0BKO1 de fecha 18 de setiembre de 2021, donde comunicó que la Liquidación Final de Obra presentada con Carta 47.OBK01 el 11 de junio de 2021, con las observaciones contenida en la carta No 51.OBK01 de fecha 17 de agosto de 2021, ha quedado consentida, al no haber sido objeto de un pronunciamiento dentro del plazo de quince (15) días conforme lo dispone el Art. 209.5 del Reglamento.

17. Con relación a la Primera Pretensión Principal, expresa que la Carta 1035-2021-FONDEPES/DIGENIPAA ha sido presentada al Contratista, fuera del plazo de quince (15) días, el 03 de setiembre de 2021. En esa línea, refiere que con la Carta 53.0BKO1 remitida el 20 de setiembre de 2021, el Consorcio comunicó a la Entidad que la Liquidación Final de Obra presentada con Carta 47.OBK01 el 11 de junio de 2021, con las observaciones contenida en la carta No 51.OBK01 de fecha 17 de agosto de 2021, ha quedado consentida, al no haber sido

objeto de un pronunciamiento dentro del plazo de quince (15) días conforme lo dispone el Art. 209.5 del Reglamento.

18. Indica que la liquidación final con las observaciones presentadas a la Entidad, contiene un saldo a favor del contratista por el monto de S/ 61,257.47 (Sesenta y un mil doscientos cincuenta siete con 47/100 Soles) conforme consta de la última comunicación, que la Entidad se niega a pagar pese al requerimiento respectivo.

19. Con relación a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, expresa sus argumentos para sostener que le corresponde la suma de S/ 61,257.47 (Sesenta y un mil doscientos cincuenta siete con 47/100 Soles).

20. Respecto a la Segunda Pretensión Principal, expresa que la Entidad no emitió el certificado de prestación que corresponde al Contrato conforme al art. 169 del Reglamento.

21. Por último, solicita que los costos y costas sean asumidos por la Entidad.

22. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

23. Mediante el escrito de fecha 14 de febrero de 2022, de forma extemporánea, la Entidad solicita que se declara infundada la demanda conforme a lo siguiente:

24. Se remite al artículo 209 del Reglamento y sostiene que el procedimiento de liquidación culminó con la notificación de la Carta N°51.OBK01 en la cual el Contratista expresa su discrepancia sobre las observaciones de la Entidad, quedando como únicas vías para resolver la discrepancia la conciliación y/o el arbitraje, situación que se encuentra a cargo únicamente del Contratista, conforme al procedimiento previsto en el artículo 209 del RLCE

25. Considera que no se puede ordenar pago alguno porque la liquidación ha sido observada.

26. Con relación al pedido de la constancia, estima que se debe determinar la existencia de penalidades o no.

27. Por último, solicita que los costas y costas, sean asumidos por el Contratista.

28. Concluye, ofreciendo los medios probatorios.

VIII. FIJACIÓN DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y OTRAS ACTUACIONES

29. Con la Decisión N° 3 de fecha 25 de febrero de 2022, se dejó constancia que la contestación de la demanda fue presentada fuera del plazo, por lo que no se admitió a trámite la referida contestación ni los medios probatorios. Asimismo, se fijaron las materias controvertidas:

    PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Unipersonal determine si corresponde o no declarar consentida la liquidación con las observaciones formuladas; y ordene el pago de S/. 61,257.47 soles, más intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

    SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, en caso se declare infundada o

improcedente la pretensión precedente, el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar pagar en la liquidación final de la obra, los montos que corresponda a la liquidación, respecto de los conceptos discrepantes consignados por el Contratista y la Entidad, más intereses legales, desde la fecha en que se presentó la liquidación.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar que la Entidad emita al Contratista y registre en el SEACE el certificado de prestación de la obra ejecutada, sin penalidades.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, el Tribunal Unipersonal determine si corresponde o no ordenar que la Entidad pague los costos y las costas del proceso arbitral, más los intereses legales desde la fecha de la condena hasta la fecha efectiva de pago, por honorarios del árbitro, secretaria arbitral, y gastos administrativos; así como los gastos de asesoría técnica y legal en que viene incurriendo e incurrirá mi representada.

30. El 11 de marzo de 2022, se llevó a cabo, la Audiencia Única de Ilustración de Hechos, Sustentación de Posiciones y Pruebas con la asistencia del Árbitro Único y la participación de las partes.

31. Mediante la Decisión N° 5 de fecha 29 de marzo de 2022, el Árbitro Único resolvió, entre otros puntos, no admitir el escrito presentado el 11 de marzo de 2022 por la Entidad ni los medios probatorios y disponer el cierre de la etapa probatoria del presente proceso arbitral.

32. Con la Decisión Nº 6 de fecha 5 de abril de 2022, se otorgó un plazo para que las partes presenten sus alegatos escritos.

33. El 18 y 20 de abril de 2022, la Entidad y el Consorcio presentaron sus alegatos.

34. Mediante la Decisión Nº 7 de fecha 20 de abril de 2022, se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Decisión.

35. Con la Decisión Nº 9 de fecha 4 de mayo de 2022, se declaró infundado el recurso de reconsideración formulado por el FONDEPES

36. Dentro del plazo, se procede a laudar.

IX. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

37. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se le ha recusado o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las reglas del presente proceso arbitral; (iii) que, el Consorcio Agua presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, FONDEPES contestó la demanda dentro del plazo; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos, así presentar sus correspondientes posiciones en la Audiencia Única; y, (vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.

38. Asimismo, el Árbitro Único deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios

presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

39. En el siguiente acápite, se procederá a analizar la primera cuestión controvertida

> **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que el Tribunal Unipersonal determine si corresponde o no declarar consentida la liquidación con las observaciones formuladas; y ordene el pago de S/ 61,257.47 (Sesenta y un mil doscientos cincuenta y siete con 47/100 Soles), más intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

<u>Sobre el procedimiento de liquidación del Contrato</u>

40. El artículo 209 del Reglamento establece que:

"**Artículo 209. Liquidación del Contrato de Obra**

209.1. El contratista presenta la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra o de que la última controversia haya sido resuelta y consentida. Dentro de los sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra, el supervisor o inspector presenta a la Entidad sus propios cálculos, excluyendo aquellos que se encuentran sometidos a un medio de solución de controversias

209.2. Dentro del plazo de sesenta (60) días de recibida la liquidación formulada por el contratista la Entidad se pronuncia con cálculos detallados, ya sea aprobando, observando, o elaborando otra, notificando al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

209.3. En caso el contratista no presente la liquidación en el plazo previsto, la Entidad ordena al supervisor o inspector la elaboración de la liquidación debidamente sustentada en el plazo previsto en el numeral 209.1, siendo los gastos a cargo del contratista. La Entidad notifica la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

209.4. La liquidación queda consentida o aprobada, según corresponda, cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido.

209.5. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta se pronuncia dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

209.6. En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella lo manifiesta por escrito dentro del plazo previsto en el numeral anterior. En tal supuesto, la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

209.7. Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias

establecidas en la Ley y en el Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

209.8. La liquidación de obra contratada bajo cualquier sistema de contratación se practica con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados y, de ser el caso, los aprobados durante la ejecución del contrato. 209.9. No se procede a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver." (Subrayado es nuestro).

41. Al respecto, de la revisión a los documentos obrantes en el expediente arbitral, se observa que con fecha 17 de mayo de 2017 se firmó el Acta de Recepción de Obra.

42. En el expediente arbitral obra la Carta N° 47.OBK01 notificada el 11 de junio de 2021 a la Entidad, mediante la cual, el Contratista presentó su respectiva liquidación con un saldo a favor de su representada de S/ 57,022.00 (Cincuenta y siete mil veintidós con 00/100 Soles).

43. Por lo que en estricta aplicación del artículo 209 del Reglamento, la Entidad contaba con un plazo máximo de sesenta (60) días de recibido la liquidación, para pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el Contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra. Dicho plazo venció el 10 de agosto de 2021.

44. El 6 de agosto de 2021, dentro del plazo, la Entidad presentó su Carta N° 943-2021-FONDEPES/DIGENIPAA observando la liquidación presentada por el Contratista conforme a lo siguiente:

Lima, 06 de agosto de 2021

CARTA N° 943 -2021-FONDEPES/DIGENIPAA

Señores:
CONSORCIO AGUA
Jirón Ica 158-35, distrito de Cercado de Lima – Lima
Presente.-

Correo electrónico: co.kusi.sac@outlook.com

ASUNTO: Se observa la liquidación presentada en relación al Contrato N° 021-2020-FONDEPES suscrito para la ejecución de la obra IOARR: «Red complementaria de alcantarillado y conexión domiciliaría para el Terminal Pesquero (Desembarcadero Pesquero Artesanal) Callao – Región Callao – Provincia Constitucional del Callao».

REFERENCIA: Carta N° 47.OBK01

ANEXOS: a) Informe N° 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC
b) Informe N° 291-2021-FONDEPES/OGAJ

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, a través del cual vuestra representada presentó su liquidación al contrato indicado en el asunto, en el marco de lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Al respecto, luego de realizar la evaluación correspondiente, esta Dirección General concluye que corresponde **OBSERVAR** la liquidación efectuada por su representada a través de la carta de la referencia, toda vez que se ha determinado que el costo total de la Obra asciende a la suma de S/ 422 402,93 (Cuatrocientos Veintidós Mil Cuatrocientos Dos con 93/100 Soles) incluido IGV, con un saldo resultante a favor de la Entidad de S/ 21 207,28 (Veintiún Mil Doscientos Siete con 28/100 Soles) incluido IGV, de acuerdo a lo señalado en los documentos indicados en los anexos, los cuales se adjuntan a la presente comunicación.

Asimismo, requerimos la subsanación de la documentación observada en el numeral 3.62 y 3.63 del Informe N° 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC, toda vez que la misma resulta exigible conforme a los argumentos expuestos en los documentos indicados en los anexos.

Sin otro particular por el momento, quedo de ustedes.

45. De la literalidad de la carta previamente glosada, se advierte que la Entidad formuló observación a la liquidación presentada por el Contratista, ello queda reflejado igualmente en los siguientes informes, que le sirvieron de sustento:

- Informe Nº 291-2021-FONDEPES/OGAJ de fecha 6 de agosto de 2021 donde, la Entidad concluyó que:

IV. CONCLUSIÓN:

Estando a lo expuesto en el Informe Nº 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC, esta Oficina General de Asesoría Jurídica concluye que concurren los presupuestos legales para observar la liquidación de obra presentada por el contratista CONSORCIO AGUA en el marco del Contrato Nº 021-2020-FONDEPES suscrito para la ejecución de la obra IOARR: «Red complementaria de alcantarillado y conexión domiciliaría para el Terminal Pesquero (Desembarcadero Pesquero Artesanal) Callao – Región Callao – Provincia Constitucional del Callao», conforme a lo señalado en el Informe Nº 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC.

- Informe Nº 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC de fecha 30 de julio de 2021, donde la Entidad también concluyó:

5.0 CONCLUSIONES

5.1 Se recomienda a la DIGENIPAA remitir el presente informe a la Oficina General de Asesoría Jurídica (OGAJ) de la Entidad , adjuntando la Liquidación de la "RED COMPLEMENTARIA DE ALCANTARILLADO Y CONEXIÓN DOMICILIARÍA PARA EL TERMINAL PESQUERO (DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL) CALLAO – REGIÓN CALLAO – PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO", a fin de emitir opinión legal sobre el particular y proyecte el documento que corresponda, observando la liquidación de CONTRATO Nº 021-2020-FONDEPES presentada por el contratista "CONSORCIO AGUA" para luego proceder a notificarlo a la siguiente dirección electrónica: *co.kusi.sac@outlook.com* y/o en su defecto de manera física al domicilio: *Jirón Ica 158-35, distrito de Cercado de Lima – Lima*, teniendo en consideración que el plazo normativo máximo de pronunciamiento por parte de la Entidad vence en fecha lunes 09/08/2021.

46. Encontrándose observada la liquidación presentada por el Consorcio, corresponde remitirnos al artículo 209.5 del Reglamento que dispone que: "Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta se pronuncia dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas".

47. En el presente caso, la Entidad formuló la liquidación presentada por el Contratista por lo que en estricta aplicación del artículo 209.5 del Reglamento, correspondía que el Consorcio dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación, se pronuncie sobre ella. En esa línea, se aprecia que el 17 de agosto de 2021, dentro del plazo, remitió vía correo electrónico remite la Carta Nº 51.OBK01 de fecha 17 de agosto de 2021 donde señaló lo siguiente:

51.OBK01

Lima, 17 de agosto 2021.

Señores:

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO DEL MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN (FONDEPES).

Atención: Director General de Inversión Pesquera, Artesanal y Acuícola.
Asunto: Observación a la Liquidación Final de la Obra emitida por FONDEPES.
Referencia. i) Contrato N° 021-2020- FONDEPES, ii) Carta No 47.OBK01; y iii) Carta No 941-2021-FONPEPESLPIGENIPAA.

Presente.

Luego de extender un cordial saludo, la presente comunicación tiene por **finalidad observar la liquidación final de la obra, remitida por vuestra Entidad, al amparo del Art. 209.2 del Reglamento de Contrataciones del Estado** aplicable al contrato que establece que la facultad del contratista de poder observar la liquidación de la Entidad, dentro del plazo de 15 días calendarios.

En específico mi representada pide con la observación una revaluación de la posición asumida por vuestra Entidad, i) de penalidad con quince (15) días con el importe de la penalidad diaria, en iguales términos incorporada en el contrato de obra; y ii) penalizar por el concepto de no aprobación de sustitución de profesional por seis (06) días.

Este pedido de reevaluación implica que la Entidad motive y sustente los puntos centrales contenidos en el numeral III) primer, segundo, tercero y cuarto punto, y numeral V) primer punto contenidos en el presente escrito, y satisfacer la garantía de motivación de las decisiones de la Entidad, pues precisamente la etapa de la liquidación implica que las partes a través de la observación puedan formular sus reparos a la liquidación de la otra parte, con la finalidad que culmine el proceso de inversión.

La liquidación observada está contenida en la Carta No 943-2021-FONPEPESLPIGENIPAA de fecha 06.08.2021, sustentada en el Informe 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIMI/MAGC de fecha 30.06.2021 del profesional que suscribe, el Ing. Civil Miguel Ángel Gálvez C..de la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola; y en el Informe N° 291-2021-FONDEPES/OGAJ de fecha 06.08.2021 de la Oficina General de Asesoría Jurídica, establece que solo corresponde opinar sobre la viabilidad legal de aprobar la liquidación de obra presentada por el Contratista, no siendo competente para emitir opinión sobre los aspectos técnicos y financieros.

48. A través de la comunicación previamente transcrita, el Contratista si bien, refiere como asunto: "Observación a la liquidación final de la obra de FONDEPES", no obstante, del tenor de la referida carta, se advierte que solicita una reevaluación de las observaciones formuladas por la Entidad porque estimó que las mismas no se encontraban motivadas.

49. Al respecto, de la lectura del artículo 209 del Reglamento no se advierte, que el procedimiento recoja la posibilidad de una reevaluación de las observaciones, sino únicamente, que se pronuncie sobre aquellas – las observaciones – esto es, rechazándolas o haciéndolas suyas. En ese sentido, si bien, el Contratista pide una reevaluación de las observaciones se advierte también, que el propósito de la Carta Nº 51.OBK01 de fecha 17 de agosto de 2021 fue rechazar las observaciones ya que desarrolla y expone, las razones que sustentaría el rechazo de las observaciones formuladas por la Entidad.

50. Con lo cual, nos encontramos en el artículo 209.6 del Reglamento que dispone que: "En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella lo manifiesta por escrito dentro del plazo previsto en el numeral anterior. En tal supuesto, la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas".

51. En ese sentido, correspondía al Contratista recurrir a los mecanismos de solución de controversias, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles. En esa línea, el 23 de setiembre de 2021, el Consorcio sometió a arbitraje, la liquidación de obra formulada por su representada con las observaciones formuladas por la Entidad.

52. En este punto, es pertinente precisar que el Consorcio ha hecho referencia que la Entidad formuló una liquidación y que ésta habría consentido las observaciones formuladas por el Contratista mediante la Carta Nº 051.OBK01. En esa línea, tal pareciera que el Contratista pretende fijar un procedimiento mediante el cual, la Entidad habría formulado una liquidación y que el Consorcio habría formulado observaciones, no obstante, en el presente procedimiento, quien presentó la liquidación es el Contratista razón por la cual, a la Entidad le correspondía formular las observaciones o una liquidación, siendo que la Demandada observó la liquidación razón por la cual, el Consorcio se pronunció sobre dichas observaciones, negándolas.

53. Conforme a lo descrito, el Árbitro Único considera que no corresponde declarar consentida la liquidación presentada por el Consorcio mediante la Carta Nº N° 47.OBK01 y que fuera observada por la Entidad mediante la Carta N° 943-2021-FONDEPES/DIGENIPAA toda vez, que las partes cumplieron con los plazos previstos en el artículo 209 del Reglamento, y en consecuencia, infundada la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por el Consorcio.

54. A continuación, el Árbitro Único estima analizar el siguiente punto controvertido:

> ***SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:*** Que, en caso se declare infundada o improcedente la pretensión precedente, el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar pagar en la liquidación final de la obra, los montos que corresponda a la liquidación, respecto de los conceptos discrepantes consignados por el Contratista y la Entidad, más intereses legales, desde la fecha en que se presentó la liquidación.

55. Así las cosas, se aprecia que: **i)** El Consorcio formuló su liquidación, ii) Dicha liquidación fue observada por la Entidad y) El Contratista se pronunció sobre dichas observaciones y recurrió al arbitraje por lo que, el Árbitro Único aprecia que ambas partes han cumplido con los plazos previstos en el artículo 209 del Reglamento, no obstante, las partes no han arribado a un consenso sobre determinados conceptos de la liquidación, sobre los cuales, el Árbitro Único emitirá pronunciamiento a efectos de arribar a una solución sobre aquella –la liquidación de obra. En esa línea, se han identificado los siguientes conceptos:

- **La penalidad por mora.**

56. La Entidad imputa una penalidad por mora por la suma de S/ 25,318.26 (Veinticinco mil trescientos dieciocho con 26/100 Soles), en esa línea, en el Informe Nº 038-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/MAGC de fecha 30 de julio de 2021 en adelante, el Informe Nº 038-2021-FONDEPES se indicó lo siguiente:

"3.34 La ejecución de la obra inició el 5 de diciembre de 2020 y en condiciones regulares de desarrolló debió culminar el día 2 de febrero de 2021, sin embargo, como consecuencia del periodo de tramitación y ejecución de la prestación adicional Nº 1 aprobada por la entidad mediante Resolución Nº 039-2021-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 14 de mayo de 2021, el término real de la ejecución de obra se produjo en fecha 21 de abril de 2021 y con lo cual, la evidencia manifiesta de un retraso injustificado de 78 días calendarios.

3.35 El desarrollo de la ejecución de la obra desde su inicio en fecha 5 de diciembre de 2020 hasta su finalización en fecha 21 de abril de 2021 ha implicado la siguiente línea de tiempo:

(…)

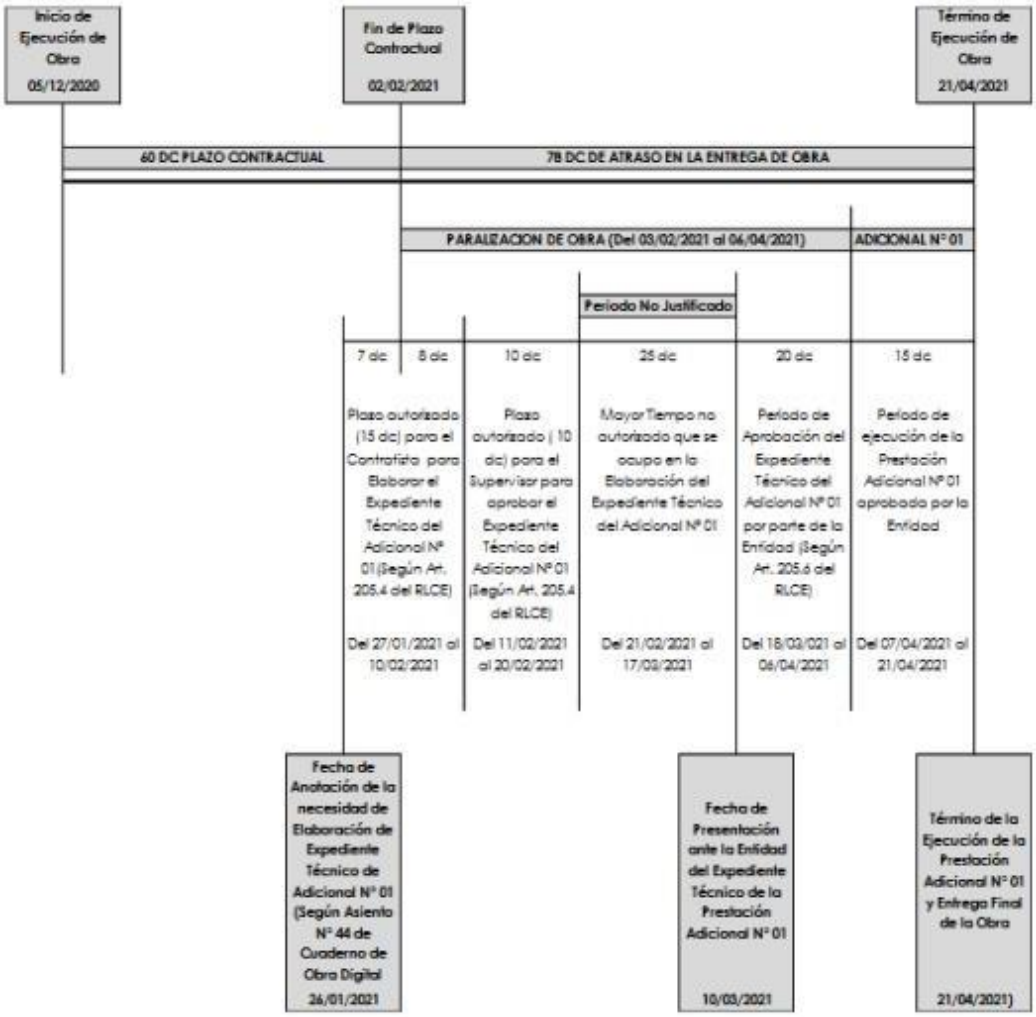
3.36 Dado que la entidad denegó las dos ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratistas, invocados tanto por el periodo de tramitación y aprobación de la prestación adicional Nº 1 así como por el periodo de plazo que implica propiamente su ejecución, cuyo sustento denegatorio de tales dictámenes se exponen los respectivos resolutivos por tanto, el plazo contractual vigente corresponde al plazo contractual original, y en tal sentido, corresponde aplicación de penalidad por mora por el número de días de retraso injustificado.

3.37 (…) El Contratista (…), presenta ante la Entidad un informe legal actualizado en el que sustenta que la demora en la aprobación del expediente técnico de la prestación adicional Nº 1 no es imputable al Contratista y solicita la inaplicación de la respectiva penalidad por mora.

3.38 Respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por mora (…) y los actuados administrativos de la Entidad (…) determinaron finalmente la existencia de retraso injustificado atribuible al Contratista por el periodo de quince (15) días".

57. Conforme a ello, la Entidad determinó un atraso en la obra imputable al Contratista por un periodo de quince (15) días por la suma de S/ 25,318.26 (Veinticinco mil trescientos dieciocho con 26/100 Soles).

58. En el escrito de alegatos, la Entidad consigna el siguiente gráfico:



59. La Entidad explica que "el detalle general del mayor tiempo (Periodo no justificado general de 25 días calendario) para la elaboración del Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 01, tanto por parte del Contratista como del Supervisor en función de lo calculado en el ítem 3.4 del INFORME N° 118-2021-FONDEPES/DIGENIPAA/UFIM/ACS, y que justifica la aplicación de 14 días calendarios de atraso injustificado atribuible al Contratista, es el siguiente":

PERIODO DE REVISION EMPLEADO POR EL SUPERVISOR EN LA REVISION DEL EXP. TEC. DEL ADICIONAL N° 01	PLAZO (Días Calendario)
Periodo del 11/02/2021 al 18/02/2021	8 dc
Periodo del 27/02/2021 al 03/03/2021	5 dc
Periodo del 09/02/2021 al 09/03/2021	1 dc
Periodo del 11/03/2021 al 17/03/2021	7 dc
TOTAL TIEMPO OCUPADO (A)	21 dc
TOTAL TIEMPO AUTORIZADO (B)	10 dc
TIEMPO DE EXCESO ATRIBUIBLE AL SUPERVISOR (A - B)	**11 dc**

PERIODO DE REVISION EMPLEADO POR EL CONTRATISTA EN LA ELABORACION DEL EXP. TEC. DEL ADICIONAL N° 01	PLAZO (Días Calendario)
Periodo del 27/01/2021 al 10/02/2021	15 dc
Periodo del 19/02/2021 al 26/02/2021	8 dc
Periodo del 04/03/2021 al 08/03/2021	5 dc
Del 10/03/2021 al 10/03/2021	1 dc
TOTAL TIEMPO OCUPADO (A)	29 dc
TOTAL TIEMPO AUTORIZADO (B)	15 dc
TIEMPO DE EXCESO ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA (A - B)	**14 dc**

13

60. Precisa que, "Conforme a la CARTA N° 506-2021-FONDEPES/OGA el periodo determinado como atraso injustificado es de 15 días calendario, pero que en función de la verificación practicada en el ítem anterior se advierte equivocación en dicha cuantificación equivalente a un (01) día calendario; es decir que en concreto son catorce (14) días calendario los que constituyen como retraso injustificado atribuible al Contratista y no quince (15) días calendario".

61. Al respecto, el artículo 205 del Reglamento establece el procedimiento para la aprobación de los adicionales:

"Artículo 205. Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)

205.1. Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

205.2. La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra es anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda. En un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, ratifica a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requiere el detalle o sustento de la deficiencia del expediente técnico de obra o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

205.3. En el caso de obras convocadas por paquete que, por su naturaleza, no cuenten con inspector o supervisor a tiempo completo, el plazo al que se refiere el numeral anterior se computa a partir del primer día posterior a la fecha de la anotación, en que, según la programación, corresponda al inspector o supervisor estar en la obra.

205.4. El contratista presenta el expediente técnico del adicional de obra, dentro de los quince (15) días siguientes a la anotación en el cuaderno de obra, siempre que el inspector o supervisor, según corresponda, haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional. De ser el caso, el inspector o supervisor remite a la Entidad la conformidad sobre el expediente técnico de obra formulado por el contratista en el plazo de diez (10) días de presentado este último.

62. La Entidad considera que existió un "Mayor tiempo no autorizado que se ocupó en la elaboración del expediente técnico del adicional Nº 1" que corresponde del periodo del 21 de febrero de 2021

al 17 de marzo de 2021, precisando que durante este periodo el Contratista incurrió en un atraso de catorce (14) días calendarios que se deriva i) del periodo del 19 de febrero de 2021 al 26 de febrero de 2021, ii) del periodo del 4 de marzo de 2021 al 8 de marzo de 2021 y iii) el 10 de marzo de 2021.

63. Sobre ello, debe tenerse en cuenta que conforme a la declaración de la Entidad, el mayor tiempo está referido a la elaboración del expediente técnico del adicional Nº 1, en esa línea, dicho mayor tiempo, no incidió en la necesidad de la prestación adicional para alcanzar la meta de la obra siendo más bien, que posterior a dicho mayor tiempo, la Entidad aprobó el adicional de obra Nº 1, con lo cual, el Árbitro Único aprecia que no nos encontraríamos ante un supuesto de atraso injustificado sino más bien, ante un mayor tiempo para la elaboración del expediente técnico del adicional Nº 1, circunstancia que ciertamente, no puede trasladarse como incumplimiento factible de mora al Contratista.

64. En efecto, si finalmente, la Entidad aprobó un expediente técnico del adicional de obra, evidencia que aquel mayor tiempo que demando la elaboración de dicho adicional ciertamente, repercutió en la aprobación del adicional, razón por la cual, el Árbitro Único considera que la imputación del atraso no deriva en la aplicación de la mora sino más bien, nos encontramos ante un atraso justificado y, por ende, no corresponde la penalidad por mora.

- **Otras penalidades**

65. En el Informe Nº 038-2021-FONDEPES, FONDEPES indicó lo siguiente:

> "3.40 (…) La Entidad mediante la Carta Nº 465-2021 (…) comunica al Contratista (…) que debido a la ausencia del residente de obra es posible la aplicación de la penalidad por el supuesto Nº 2 por el periodo de seis (6) días calendarios (…)"

66. Asimismo, en sus alegatos, la Entidad señala que el "12 de abril de 2021 mediante CARTA N° 32.OBK.01, el Contratista gestiona ante la Entidad el cambio del Residente de obra, argumentando que tal circunstancia se produce debido a la demora en la notificación de la RESOLUCIÓN N° 23-2021-FONDEPES que aprueba la Prestación Adicional N° 01, y como acción preventiva dada la condición médica vulnerable de dicho profesional ante la posibilidad de riesgo de contagio por el covid-19, sin mediar mayor sustento y documentación debidamente acreditada respecto de lo previsto normativamente para tal propósito en el artículo 190 del RLCE; en tal sentido, mediante CARTA N° 461-2021-FONDEPES/DIGENIPAA la Entidad comunica al Contratista, la aprobación del reemplazo propuesto para el cargo de Residente".

67. En el presente caso, la Entidad imputa la penalidad especial recogida como supuesto Nº 2 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, que a continuación se transcribe:

2	**NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN PROFESIONAL** En caso el Contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	0.50 UIT por cada día de ausencia del personal en obra.	Según informe del inspector y/o supervisor o del coordinador de la obra

68. Al respecto, "Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató (…) se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un

lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él"2.

69. En el presente caso, la Entidad sanciona económicamente al Contratista porque el Residente de Obra no estuvo presente desde el 7 de abril de 2021 al 12 de abril de 2021, razón por la cual, le aplicó la penalidad especial del supuesto Nº 2 por un periodo de seis días.

70. Sobre ello, el Demandante ha señalado diversos argumentos sobre la inaplicabilidad de la penalidad especial:

(i) La existencia del caso fortuito y fuerza mayor como eximente de la penalidad especial. Sobre ello, el Demandante refiere que la crisis hipertensiva es un supuesto que exime de responsabilidad al Contratista; no obstante, este soslaya que el Certificado Médico cuando menos fue emitido el 3 de abril de 2021, no obstante, nueve días después, recién el 12 de abril de 2021, solicita a la Entidad, el cambio de residente.

Sobre ello, el Árbitro Único estima que ciertamente, la demora en la solicitud de cambio de residente producida nueve (9) días después ciertamente, debe ser asumida por el Contratista toda vez, que éste está en mejor posibilidad de conocer cuál es la condición médica de su personal destacado razón por la cual, el Árbitro Único no se forma convicción sobre el argumento del Demandante.

(ii) Un segundo argumento está referido a que su representada desde el 13 de abril de 2021 al 21 de abril de 2021, ha ejecutado la adicional por lo que estima que en estricto no se ha producido el supuesto Nº 2.

Es pertinente precisar, que la Entidad informó el 7 de abril de 2021, el reinicio de la obra razón por la cual, correspondía al Residente de Obra disponer las acciones para la ejecución del adicional de obra, no obstante, no dispuso elemento alguno porque no se encontraba en obra siendo que una vez, que el Contratista solicita el cambio recién puede ejecutar la obra, es decir, el hecho que no se haya ejecutado desde el 7 de abril de 2021 al 12 de abril de 2021 recae en exclusiva en el Contratista ya que éste no tuvo al Residente de Obra.

71. Por los argumentos expuestos, el Árbitro Único considera que corresponde aplicar la penalidad por mora de S/ 13,200.00 (Trece mil doscientos con 00/100 Soles) por el incumplimiento del supuesto Nº 2 de las penalidades especiales previstas en la Cláusula Quinta del Contrato.

- **Reajuste del Contrato**

72. El Demandante en su liquidación señaló que el monto que corresponde asciende a la suma de S/ 16,382.06 (Dieciséis mil trescientos ochenta y dos con 06/100 Soles) y la Entidad, por su parte, consideró que el monto es de S/ 13,760.82 (Trece mil setecientos sesenta con 82/100 Soles); no obstante, durante la Audiencia Única, la Entidad retruca expresando que "se ha efectuado el análisis correspondiente y en efecto, se verifica un error en el cálculo de los coeficientes de reajustes se advierte un **error de tipo material** en el "Kr" del mes de marzo-2021 que dice 0.188 y debería decir 0.216, alterando por tanto el "Kr total" que indica 1.041 y es en la practica 1.069,

[2] PALOMINO Cabezas, Walter. *Formas de Conclusión del Contrato.* Capítulo 4 Módulo 4, pág. 10-11 Disponible en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap4_m4a.pdf

lo cual afecta el cálculo del respectivo reintegro por reajuste" por lo que, concluye que la suma es de S/ 15,022.08 (Quince Mil Veintidós con 8/100 Soles).

73. Al respecto, el Contratista no presenta en la liquidación, el cálculo seguido que concluyó en la suma de S/ 16,382.06 (Dieciséis mil trescientos ochenta y dos con 06/100 Soles) razón por la cual, el Árbitro Único no se forma convicción sobre dicho monto; encontrándose que se debe dar solución a la controversia, el Árbitro Único estima que corresponde reconocer como reajuste del Contrato Principal, la suma de S/ 15,022.08 (Quince Mil Veintidós con 8/100 Soles).

- **Reajuste de la prestación adicional**

74. Las partes en sus alegatos han señalado que el reajuste en la prestación adicional asciende a S/ S/ 948.24 (Novecientos cuarenta y ocho con 24/100 Soles) por lo que el Árbitro Único concluye que corresponde reconocer como concepto del reajuste de la prestación adicional Nº 1 por la suma de S/ 948.24 (Novecientos cuarenta y ocho con 24/100 Soles).

- **Reajuste del adelanto directo.**

75. Las partes en sus alegatos han señalado que el reajuste en el adelanto directo asciende a S/ 38.87 (Treinta y ocho con 87/100 Soles) por lo que el Árbitro Único concluye que corresponde reconocer como concepto del reajuste del adelanto directo por la suma de S/ 38.87 (Treinta y ocho con 87/100 Soles).

76. Hasta el momento, tenemos los siguientes conceptos:

Discrepancias	**Contratista en soles sin IGV.**
Penalidad por mora (A)	**0**
Otras penalidades (residente) (B)	**-13200**
Reajuste contrato principal (D)	15022.00
Reajuste que no corresponde por adelantado directo (E)	-38.87
Reajuste Prestación Adicional N° 01 (F)	948.24
	S/ 2,731.37

77. Es decir, hasta el momento, existe un saldo a favor del Consorcio por la suma de S/ 2, 731.37 (Dos mil setecientos treinta y uno con 37/100 Soles). En este punto, el Árbitro Único decide analizar el siguiente concepto:

- **Fondo de Garantía**

78. Al respecto, la Entidad en sus alegatos precisa que el fondo de garantía asciende a S/ 41,196.82 (Cuarenta y un mil ciento noventa y seis con 82/100 Soles) monto que coincide con aquel señalado por el Contratista, encontrándose coincidencia de las partes, el Árbitro Único concluye que, por el concepto de fondo de garantía, el monto asciende a S/ 41,196.82(Cuarenta y un mil ciento noventa y seis con 82/100 Soles).

79. La Entidad precisa que el fondo de garantía no corresponde incluirlo dentro de la liquidación, sino que es un procedimiento posterior, agrega, además que, como parte de las observaciones

que no fueron subsanadas, el Contratista debe asumir la suma de S/ 3,000.00 (Tres mil con 007100 Soles); no obstante, sobre esta suma, no ha presentado elemento probatorio que permita evidenciar la procedencia del monto razón por la cual, el Árbitro Único no se forma convicción y por ende, no lo tiene en cuenta.

80. Con relación al argumento referido a que no correspondería incluirlo dentro de la liquidación, se debe tener en cuenta que el literal a del artículo 155 del Reglamento dispone la ejecución de las garantías, cuando: "Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses". (Énfasis agregado)

81. En el presente Laudo Arbitral, el Árbitro Único se está pronunciando sobre la liquidación de obra presentada por el Consorcio y observada por la Entidad, asimismo, se ha determinado una suma de S/ 2,731.37 (Dos mil setecientos treinta y uno con 37/100 Soles) a favor del Contratista, bajo estos elementos, podemos entender que no existen deudas a cargo del Consorcio por lo que sería procedente disponer la devolución de la suma correspondiente al fondo de garantía que, las partes han acotado, que asciende a S/ 41,196.82(Cuarenta y un mil ciento noventa y seis con 82/100 Soles) precisándose que sobre esta suma, por la literalidad del literal a del artículo 155 del Reglamento, no da lugar a intereses.

82. Ahora bien, el artículo 39.3 de la LCE dispone que *"*En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada". Asimismo, el artículo 171 del Reglamento dispone el momento a partir del cual, los intereses empiezan a correr: *"(…)* En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse".

83. Teniendo en cuenta que, en ocasión al arbitraje y recién con la emisión del presente Laudo Arbitral, se ha determinado el monto que corresponde efectuar el pago, el reconocimiento de los intereses legales deviene en procedente respecto a la suma de S/ 2,731.37 (Dos mil setecientos treinta y uno con 37/100 Soles), el cual será aplicable desde el día siguiente de emitido el presente Laudo Arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

84. A continuación, el Árbitro Único decide analizar el siguiente punto controvertido:

> ***TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:*** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar que la Entidad emita al Contratista y registre en el SEACE el certificado de prestación de la obra ejecutada, sin penalidades.

85. La Entidad tampoco ha emitido el certificado de prestación que corresponde al contrato de obra culminado, por lo que en atención a los argumentos de las pretensiones que anteceden y conforme al art. 169° del Reglamento es que solicitamos a la Entidad emita y registre en el SEACE la constancia de prestación de la obra, sin penalidades.

86. El artículo 169 del Reglamento señala lo siguiente:

> **"Artículo 169. Constancia de prestación**
> 169.1. Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad registra en el SEACE la constancia que precisa, como

mínimo, la identificación del contrato, objeto del contrato, el monto del contrato vigente, el plazo contractual y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista. La Constancia de prestación se descarga del SEACE.
169.2. Las constancias de prestación de ejecución y consultoría de obra contienen, adicionalmente, los datos señalados en los formatos correspondientes que emita el OSCE".

87. Sobre ello, el Contratista solicita se emite la constancia de prestación sin las penalidades, no obstante, en el presente arbitraje se determinó la procedencia de la aplicación de la penalidad especial y no, de la penalidad por mora razón por la cual, el Árbitro Único concluye que corresponde ordenar a la Entidad que emita al Contratista y registre en el SEACE la constancia de prestación de la obra ejecutada, con la penalidad especial correspondiente al segundo supuesto y en consecuencia, fundada en parte.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, el Tribunal Unipersonal determine si corresponde o no ordenar que la Entidad pague los costos y las costas

88. El Árbitro Único, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, Árbitro Único dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral y en consecuencia, ordenar a FONDEPES que restituya al Consorcio la suma de S/ 2,479.00 (Dos mil cuatrocientos setenta y nueve con 00/100 Soles) incluidos impuestos por conceptos de los honorarios del Árbitro Único y la suma de S/ 3,086.88 (Tres mil ochenta y seis con 88/100 Soles) incluidos impuestos por concepto de los gastos administrativos de la Secretaria Arbitral del Centro.

POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, EL ÁRBITRO ÚNICO EN DERECHO LAUDA DECLARANDO:

PRIMERO: INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por el Consorcio Agua y, en consecuencia, no corresponde declarar consentida la liquidación presentada por el **CONSORCIO AGUA** con las observaciones formuladas por el **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO** toda vez, que las partes cumplieron con los plazos previstos en el artículo 209 del Reglamento.

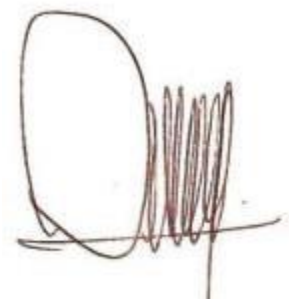
SEGUNDO: FUNDADA en parte la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y en consecuencia, el Árbitro Único ordena que el **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO** pague al **CONSORCIO AGUA** como saldo a favor de la liquidación de la obra, la suma de S/ 2,731.37 (Dos mil setecientos treinta y uno con 37/100 Soles) más los intereses legales que se computarán a partir del día siguiente de emitido el presente Laudo Arbitral hasta la fecha efectiva de pago y la suma de S/ 41,196.82(Cuarenta y un mil ciento noventa y seis con 82/100 Soles) correspondiente al fondo de garantía sin el reconocimiento de intereses legales conforme a los considerandos del presente Laudo Arbitral.

TERCERO: **FUNDADA** en parte la Segunda Pretensión Principal de la demanda formulada por el **CONSORCIO AGUA** y, en consecuencia, ordenar al **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO** que emita al **CONSORCIO AGUA** y registre en el SEACE la constancia de prestación de la obra ejecutada, con la penalidad especial correspondiente al segundo supuesto del acápite de penalidades especiales prevista en el Contrato

<u>CUARTO</u>: **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda formulada por el **CONSORCIO AGUA** y, en consecuencia, cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido por lo que se ordena al **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO** que restituya al **CONSORCIO AGUA** la suma de S/ 2,479.00 (Dos mil cuatrocientos setenta y nueve con 00/100 Soles) incluidos impuestos por conceptos de los honorarios del Árbitro Único y la suma de S/ 3,086.88 (Tres mil ochenta y seis con 88/100 Soles) incluidos impuestos por concepto de los gastos administrativos de la Secretaria Arbitral del Centro.

<u>QUINTO</u>: **REGÍSTRESE** el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.



Alberto José Luis Rizo-Patrón Carreño
Árbitro Único