OSCE

2022-23087790-LIMA

COMPLETO

Nº EXPEDIENTE :	2022-0160431
INTERESADO :	RETAMOZO LINARES JOSE ALBERTO
RUC :	**RNP :**
DOCUMENTO :	CARTA
NRO :	
FECHA :	22/12/2022
HORA :	10:23:34
TRAMITE :	314-COMUNICACIONES DIVERSAS - DAR
ASUNTO :	REMITE LAUDO CODIGO: 2022-00214349 FECHA Y HORA: 21/12/2022 05:09 PM CORREO: contactoadhoc 03@gmail com TRAMITE DIGITAL
PRIORIDAD :	NORMAL
N. FOLIOS :	55
EMISOR :	dtorresr
PLAZO ATENCIÓN :	DÍAS HABILES
ESTADO :	COMPLETO
TRAMITE ORIGEN :	23087790
OBSERVACIONES :	adjunta un archivo pdf como anexo
NRO. EMISIÓN :	
BANCO :	
Nº OP. BANCARIA:	
F. PAGO EN BANCO :	
IP :	172.16.60.240

ACCIONES

01 TRAMITE
02 OPINIÓN
03 INFORME
04 CONOCIMIENTO Y ACCIONES
05 COORDINAR
06 COORD. CON EL AREA USUARIA
07 ARCHIVO
08 SOLUCIÓN DIRECTA X ESCRITO
09 ATENC. DE ACUERDO A LO SOLIC.
10 HABLAR CONMIGO
11 SOLICITAR ANTECEDENTES
12 PREPARAR RESPUESTA
13 PROYECTAR SOLUCIÓN
14 PARA TRAMITACIÓN INMEDIATA
15 EVALUAR Y RECOMENDAR
16 AGREGAR ANTECEDENTES
17 PROYECTAR BASES
18 VERIFICAR STOCK Y ATENDER
19 PARA CONOC. Y DEVOLUC
20 AUTORIZADO
21 POR CORRESPONDERLE
22 VISACIÓN
23 SUPERVISAR
24 CUSTODIA

	DERIVADO A:	ACCIONES	FECHA	OBSERVACIONES	V.B.
1.-	DAR	_____	22/12/2022 10:23:34	_____	_____
2.-	_____	_____	_____	_____	_____
3.-	_____	_____	_____	_____	_____
4.-	_____	_____	_____	_____	_____
5.-	_____	_____	_____	_____	_____
6.-	_____	_____	_____	_____	_____

OSCE

2022-23087790-LIMA

COMPLETO

Nº EXPEDIENTE :	2022-0160431
INTERESADO :	RETAMOZO LINARES JOSE ALBERTO
RUC :	**RNP :**
DOCUMENTO :	CARTA
NRO :	
FECHA :	22/12/2022
HORA :	10:23:34
TRAMITE :	314-COMUNICACIONES DIVERSAS - DAR
ASUNTO :	REMITE LAUDO CODIGO: 2022-00214349 FECHA Y HORA: 21/12/2022 05:09 PM CORREO: contactoadhoc 03@gmail com TRAMITE DIGITAL
PRIORIDAD :	NORMAL
N. FOLIOS :	55
EMISOR :	dtorresr
PLAZO ATENCIÓN :	DÍAS HABILES
ESTADO :	COMPLETO
TRAMITE ORIGEN :	23087790
OBSERVACIONES :	adjunta un archivo pdf como anexo
NRO. EMISIÓN :	
BANCO :	
Nº OP. BANCARIA:	
F. PAGO EN BANCO :	

Copia

Lima, 21 de diciembre de 2022

Estimada
ROSA LUCÍA GUERRA CÁRDENAS
Secretaria arbitral
Presente.-

Asunto: Presentación de Laudo Arbitral

Referencia: Expediente N° 093-2015/SNA-OSCE

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de saludarla cordialmente y, a la vez, para hacer de su conocimiento el Laudo emitido y aprobado por el Tribunal Arbitral, correspondiente al proceso recaído en el expediente en referencia.

Es menester señalar que, el Colegiado se encuentra conformado por la árbitra Luz Elena Ocampo Ochoa, el árbitro Erick Sotelo Gamarra y mi persona, José Alberto Retamozo Linares, en calidad de Presidente.

Finalmente, habiendo cumplido con el artículo 60 del Reglamento del SNA-OSCE, se solicita continuar con el debido tramite.

Agradeciendo su amable atención a la presente, quedo de usted.

Cordialmente,

JOSE ALBERTO RETAMOZO LINARES
Presidente del Tribunal Arbitral

Arbitraje seguido entre

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

(Demandante)

Y

CONSORCIO ALICIA

(Demandado)

EXPEDIENTE N° 093-2015/SNA-OSCE

EXPEDIENTE N° 165-2015/SNA-OSCE

EXPEDIENTE N° 183-2015/SNA-OSCE

LAUDO ARBITRAL

MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

José Alberto Retamozo Linares (Presidente)
Luz Elena Ocampo Ochoa (Árbitro)
Eric Antonio Sotelo Gamarra (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL

Rosa Lucia Guerra Cárdenas

Lima, 21 de diciembre de 2022

ÍNDICE

GLOSARIO DE TÉRMINOS....4
I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL....5
II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL....6
II.1. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN E INSTALACIÓN....6
II.2. RECOMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL....7
III. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE....7
IV. LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE....10
V. DEMANDA ARBITRAL....10
V.1. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES....11
VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL....12
VII. FUNDAMENTOS DE HECHO EN LOS QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA....12
VIII. FUNDAMENTOS DE HECHO EN LOS QUE SE SUSTENTA LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA....15
IX. MEDIDA CAUTELAR....18
X. SOBRE GASTOS ARBITRALES....20
XI. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS....23
XII. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS....26
XIII. AUDIENCIA ESPECIAL....28
XIV. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS....29
XV. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES....30
XVI. PLAZO PARA LAUDAR....30
XVII. ANÁLISIS DE MATERIA CONTROVERTIDA....30
XVII.1. MARCO CONCEPTUAL....30
XVII.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS....31
XVII.1.2. LA OBLIGACIÓN ESENCIAL Y LA ENTREGA DE TERRENO 32
XVII.2. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO....40
XVII.2.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE....40
XVII.2.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO....44
XVII.2.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL....45
XVII.3. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO....50
XVII.3.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE....50
XVII.3.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO....50

XVII.3.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 51
XVII.4. PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN 52
XVII.4.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE 52
XVII.4.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO 53
XVII.4.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 53
XVIII. LAUDO ARBITRAL 53

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CONTRATO	:	Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA: «Mejoramiento de los servicios de desembarcadero artesanal de la localidad de Ilo, provincia de Ilo, región Moquegua»
DEMANDANTE **ENTIDAD** (indistintamente)	:	**FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO-FONDEPES**
DEMANDADO **CONTRATISTA** (indistintamente)	:	**CONSORCIO ALICIA**
LEY	:	Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria Ley N° 29873.
REGLAMENTO DE LCE	:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 184-2008-EF y su modificatoria D.S. N° 138-2012-EF.
LEY DE ARBITRAJE	:	Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje
CENTRO **CENTRO DE ARBITRAJE** (indistintamente)	:	Dirección de Arbitraje del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE)
Reglamento del SNA de OSCE	:	Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 16-2004-CENCOSUDE/PRE.

Resolución N° 29

En Lima, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, el **TRIBUNAL ARBITRAL**, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. El presente arbitraje se inició en amparo del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del **Contrato N° 075-2015-FONDEPES**, mediante la cual las partes pactaron la solución de sus controversias con el siguiente tenor:

> ***«CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***
>
> 1. *Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación y resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y además que por su naturaleza sean excluidas por Ley.*
> 2. *Las partes acuerdan que todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje institucional bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.*
> - *A) Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es menor o igual a 30 (treinta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de su presentación, el **TRIBUNAL ARBITRAL** estará compuesto por Árbitro único.*
> - *B) 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*
> - *C) Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es indeterminable, el **TRIBUNAL ARBITRAL** estará compuesto por tres árbitros.*
> 3. *Las partes acuerdan que las actuaciones arbitrales se realizan en los plazos establecidos, sin que el **TRIBUNAL ARBITRAL** tenga 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 1071.*

4. *El laudo arbitral emitido obliga a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia.*
5. *Para la interposición del recurso de anulación del Laudo Arbitral, ante el Poder Judicial las partes acuerdan que, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse».*

2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje será organizado y administrado por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE conforme el Reglamento del SNA del OSCE.

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

II.1. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN E INSTALACIÓN

3. Con fecha 21 de setiembre de 2015, FONDEPES presentó un escrito mediante el cual designó a Luz Elena Ocampo Ochoa como árbitro de parte.

4. Con fecha 12 de febrero de 2016, CONSORCIO ALICIA presentó la contestación de demanda, mediante el cual designó a Jesús Iván Galindo Tipacti como árbitro de parte.

5. Con fecha 16 de marzo de 2016, la árbitra Luz Elena Ocampo Ochoa comunicó su aceptación para formar parte del **TRIBUNAL ARBITRAL**, asimismo, precisó que FONDEPES la designó árbitra en otros tres procesos arbitrales con el Contratista.

6. Con fecha 17 de marzo de 2016, el árbitro Jesús Iván Galindo Tipacti comunicó su aceptación para formar parte del **TRIBUNAL ARBITRAL**.

7. Con fecha 25 de mayo de 2016, mediante la Carta N° 288-2016-OSCE/DAR, la SECRETARIA comunicó al árbitro Alberto Retamozo Linares su designación como Presidente del **TRIBUNAL ARBITRAL**, quién informó su aceptación del cargo mediante una Carta presentada el 26 de mayo de 2016.

8. Con fecha 21 de junio de 2016, mediante Cartas N° 459-2016-OSCE/DAR, N° 460-2016-OSCE/DAR y N° 461-2016-OSCE/DAR, se invitó al **TRIBUNAL ARBITRAL** a la Audiencia de Instalación.

9. Con fecha 30 de junio de 2016, se realizó la Audiencia de Instalación, donde se instaló el **TRIBUNAL ARBITRAL**, ratificó el domicilio de las partes asistentes, precisó las normas aplicables al proceso arbitral, se liquidaron los honorarios arbitrales y se otorgó un plazo a FONDEPES para que realice el registro de los miembros del **TRIBUNAL ARBITRAL** en el SEACE.

II.2. RECOMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

10. Con fecha 9 de octubre de 2019, se informó del fallecimiento del árbitro Jesús Iván Galindo Tipacti.

11. Respecto a ello y en cumplimiento del Reglamento del SNA del OSCE, se designó como árbitro a Frank García Ascencios, quien presentó su aceptación mediante carta de fecha 16 de abril de 2021. Sin embargo, mediante comunicación de fecha 21 de mayo de 2021 renunció al cargo por haber sido designado funcionario público.

12. En consecuencia, mediante Resolución N° D000083-2021-OSCE-DAR, se designó al árbitro Eric Antonio Sotelo Gamarra, quién comunicó su aceptación a través del documento de fecha 15 de junio de 2021.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

13. De acuerdo con lo señalado en el apartado 3 de la Acta de la Audiencia de Instalación de fecha 30 de junio de 2016, la Ley aplicable al fondo de la controversia en el presente proceso será la Ley peruana, específicamente la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el D.L. N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Además, se aplicará el TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, y la Directiva N° 7-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE. Respecto a lo no regulado, se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

14. Es menester precisar ciertos puntos respecto de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, así como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, incluidas las modificatorias que se encontraban vigentes al momento de la convocatoria al proceso de la Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES, el cual tuvo como objeto la contratación del servicio: «Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de Ilo, Provincia de Ilo, Región Moquegua» (de la cual deriva el Contrato N° 075-2014-

FONDEPES/OGA), ello siguiendo la línea de lo señalado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE) en su Opinión N° 57-2019-DTN, en la cual ha establecido:

> *«Conforme a lo indicado al absolver las consultas anteriores, la Ley permite que el contrato –derivado de un proceso de contratación– se rija conforme a la normativa que correspondía a dicho proceso, que para la materia en consulta se refiere a la normativa vigente al momento de su convocatoria.*
> *Asimismo, durante la ejecución contractual pueden presentarse una serie de controversias, como, por ejemplo, las referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, las cuales se resolvían mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, tal como lo dispone el artículo 52 de la anterior Ley. Así, antes de la culminación del contrato y dentro del plazo fijado en el anterior Reglamento, las partes podían iniciar algunos de los medios de solución de controversias antes citados, entre ellos el arbitraje.*
> ***En tal sentido, a efectos de solucionar las controversias producidas durante la ejecución del contrato, debían aplicarse las disposiciones previstas en dicho documento contractual, el mismo que se perfeccionó en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria del correspondiente proceso de selección**, sin perjuicio de aquellas disposiciones procedimentales que en el marco de un arbitraje iniciado resulten aplicables al desarrollo del mismo» (el subrayado y negrita es agregado).*

15. En ese sentido, a efectos de determinar que norma se encontraba vigente al momento de la convocatoria del Procedimiento de Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES, de la cual a su vez derivó el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, se ha procedido a elaborar el siguiente cuadro:

NORMA	FECHA DE PUBLICACIÓN	VIGENCIA
DECRETO LEGISLATIVO N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado. Reglamento D.S N° 184-2008-EF.	4 de junio de 2008 1 de enero de 2009	Desde el 01 de febrero de 2009 al 19 de septiembre de 2012.

LEY N° 29873 Ley que modifica el DL. N° 1017. Reglamento D.S N° 138-2012-EF.	1 de junio de 2012 7 de agosto de 2012	Desde el 20 de septiembre de 2012 al 08 de enero de 2016.
LEY N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado. Reglamento D.S N° 350-2015-EF	11 de julio de 2014 10 de diciembre de 2015	Desde el 09 de enero de 2016 al 02 de abril de 2017.
DECRETO LEGISLATIVO N° 1341 Ley de Contrataciones del Estado. Reglamento D.S N° 056-2017-EF.	07 de enero del 2017 19 de marzo del 2017	Desde el 03 de abril del 2017 al 29 de enero del 2019.
DECRETO LEGISLATIVO N° 1444 Ley de Contrataciones del Estado. Reglamento D.S N° 344-2018-EF	16 de septiembre de 2018 31 de diciembre de 2018	Desde el 30 de enero del 2019.
D.S. N° 82-2019-EF Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.	13 de marzo del 2019	Vigente hasta la fecha.

16. Del cuadro anterior, se observa que la Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la convocatoria del Procedimiento de Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES, de la cual a su vez derivó el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, fue el Decreto Legislativo N° 1017 y su

modificatoria a través de la Ley N° 29873; por lo que, dichas normas serán de aplicación al presente caso.

17. En cuanto al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, del cuadro se observa que el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria a través del Decreto Supremo N° 138-2012-EF se encontraban vigentes al momento de la convocatoria del Procedimiento de Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES, de la cual a su vez derivó el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, por lo que, para efectos de resolver la presente controversia, dichas normas también serán de aplicación al presente caso.

IV. LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE

18. Conforme al Reglamento del SNC de OSCE, la sede arbitral se sitúa en la ciudad de Lima, específicamente en el local institucional del OSCE, donde deberán presentarse los escritos de las partes y comunicaciones de los árbitros, dentro del horario de atención de la institución y donde se realizan las diligencias, audiencias y demás actuaciones arbitrales.

19. Asimismo, en el mismo cuerpo normativo se precisa que la Secretaría de la Dirección de Arbitraje del OSCE se encuentra facultada para usar medios electrónicos a fin de facilitar el desarrollo del arbitraje y para la realización de audiencias no presenciales o mediante teleconferencia simultánea, siempre que medie acuerdo expreso de las partes y de los árbitros y se cuente con el soporte técnico necesario, primando así la igualdad de las partes en el arbitraje.

V. DEMANDA ARBITRAL

20. Con fecha 11 de setiembre de 2015, mediante escrito de sumilla «Interpone demanda arbitral», FONDEPES presentó su demanda arbitral dentro del plazo correspondiente y formuló las siguientes pretensiones:

> ***« II. PETITORIO***
>
> - ***PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL***
>
> *Que, vuestro **TRIBUNAL ARBITRAL** declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 54-2015-CONSORCIO ALICIA, notificada a FONDEPES el 24 de agosto de 2015, por medio de la cual el Contratista resuelve el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA «Mejoramiento de los servicios del desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de Ilo, provincia de Ilo, región Moquegua», aduciendo incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de*

mi representada y que consiste en la falta de entrega total del terreno para la ejecución de la obra.

- ***PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL***
  *Que, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ordene que la demandada cumpla con pagar a mi representada una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, así como las costas y costos en que incurrió el Contratista previos al presente procedimiento y los que correspondan a la tramitación del presente procedimiento arbitral.*
- ***SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL***
  Que, se ordene el pago del total de los costos y costas del presente proceso más los intereses legales que correspondan».

21. Posteriormente, con fecha 24 de septiembre de 2015, la SECRETARIA solicitó a **FONDEPES** la subsanación de la observación advertida en su escrito de demanda respecto a la precisión del monto de la cuantía de las pretensiones y la remisión de copias de la prueba «Constatación Policial de fecha 28 de abril de 2015», para ello, le otorgó un plazo de tres (3) días hábiles. Requerimiento que fue absuelto mediante un escrito de fecha 25 de noviembre de 2015.

22. Con fecha 5 de octubre de 2015 (segunda visita) se notificó la Cédula de Notificación N° 6743-2015 mediante la cual se efectuó el traslado del escrito en cuestión al **CONSORCIO ALICIA**.

V.1. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

23. Con fecha 1 de julio de 2016, FONDEPES presentó un escrito donde solicitó que el **TRIBUNAL ARBITRAL** incluya las 2 controversias que se derivan del Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, basándose en la similitud de las pretensiones.

24. Con fecha 9 de agosto de 2016, CONSORCIO ALICIA presentó un escrito mediante el cual precisó que la acumulación solicitada debería incluir todos los procesos arbitrales existentes.

25. Con fecha 11 de agosto de 2016, CONSORCIO ALICIA presentó escrito bajo sumilla «Presenta demanda de acumulación de pretensiones».

26. Frente a ello se emitió la Resolución N° 3, de fecha 29 de agosto de 2016, donde se corrió traslado del escrito presentado por CONSORCIO ALICIA, el cual no incluyó los medios probatorios citados; además se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para el pronunciamiento de FONDEPES.

27. Asimismo, mediante la Resolución N° 4, de fecha 29 de agosto de 2016, se dejó constancia del cumplimiento de lo solicitado en la Resolución N° 2, respecto a la respuesta de CONSORCIO ALICIA sobre la solicitud de acumulación de pretensiones de FONDEPES.

28. Con fecha 10 de octubre de 2016, FONDEPES presentó un escrito de sumilla «Solicito se declare improcedente el escrito denominado Demanda de acumulación de pretensiones», argumentado principalmente por el incumplimiento de los requisitos expuestos en el artículo 229 del Reglamento.

29. En consecuencia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** emitió la Resolución N° 13, de fecha 6 de febrero de 2019, a través de la cual dispuso la acumulación de los Expedientes N° S093-2015/SNA-OSCE y S183-2015/SNA-OSCE.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

30. Con fecha 2 de febrero de 2016, CONSORCIO ALICIA presentó un escrito bajo sumilla «Se contesta demanda arbitral sobre resolución contractual», en la cual expresó su disconformidad con los argumentos vertidos por el demandante.

31. Con fecha 12 de febrero de 2016, se notificó la Cédula de Notificación N° 974-2016, mediante la cual se corrió traslado a la Entidad.

VII. FUNDAMENTOS DE HECHO EN LOS QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

32. La Entidad aseveró que, con fecha 2 de diciembre de 2014, FONDEPES y el CONSORCIO ALICIA (integrado por la empresa Constructora Bardález S.R.L. y el señor Carlos Miguel Arévalo Vásquez) suscribieron el Contrato N° 075-214-FONDEPES/OGA, derivado de la Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES, destinado a la ejecución de la obra «Mejoramiento de los servicios de desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de Ilo, provincia de Ilo, región Moquegua», con un plazo de ejecución de trescientos (300) días calendario.

33. Asimismo, FONDEPES indicó que, con fecha 6 de diciembre de 2014, se inició el plazo contractual para la ejecución de la obra, inicialmente programado para 300 días calendarios, habiéndose cumplido todas las

condiciones indicadas en el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, plazo que concluyó el 21 de octubre de 2015.

34. Respecto a ello, con fecha 15 de enero de 2015, FONDEPES constató que no hubo avance de la obra porque el contratista no habría tenido disponibilidad del terreno por las actividades propias del desembarcadero.

35. En vista de la situación, mediante la Carta N° 567-2015-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha y recepción 22 de julio de 2015, el Director General de Infraestructura pesquera Ing. Jorge Medina Rosell, notificó a la Representante legal de CONSORCIO ALICIA, Genny Bardález Abad, reiterándole presente el nuevo cronograma de avance de obra valorizado, que esté de acuerdo a los parámetros del Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA: tiempo de ejecución trescientos (300) días calendario y con fecha de inicio de ejecución de obra el 18 de abril de 2015.

36. Continuando esa línea, FONDEPES mencionó que la entrega del terreno no se realizó al 100%, pero existieron liberaciones parciales, teniéndose la total aceptación del Contratista a la ejecución del Contrato en esas condiciones de contingencia de disponibilidad de las áreas del terreno por etapas, esquema aceptado hasta la paralización injustificada de la obra.

37. Por su parte, FONDEPES aseveró que, pese a ese contexto, se permitió el avance, la valorización y el pago de tres (3) valorizaciones al contratista. Es decir que las condiciones en que se venían trabajando a partir del 18 de julio de 2014 hasta la fecha de abandono injustificado de la obra el 24 de agosto de 2015, nunca cambiaron, al contrario, fueron mejorando al aumentar el área liberada de 26% (1 601,35 m^2) el 18 de abril de 2014, a 29% (1 779,25 m^2) para el 20 de agosto de 2015.

38. Además, FONDEPES detalló que, durante el periodo de ejecución de obra, hasta su paralización injustificada y posterior abandono, se tramitaron 5 solicitudes de ampliación de plazo, las cuales fueron descritas en el siguiente cuadro:

Adicional	Resolución
Ampliación de plazo N° 01	Denegada con Resolución de Secretaria general N° 0622015/SG - del 30/04/2015
Ampliación de plazo 02	**Aprobada con Resolución de Secretaria General N° 0782015/SG - del 09/06/2015**
Ampliación de plazo N° 03	Denegada con Resolución de Secretaria general N° 1092015/SG — del 21 julio 2015
Ampliación de plazo N° 04	**Aprobada con Resolución de Secretaria General N° 1142015/SG - del 05/08/2015**
Ampliación de Plazo N° 05	Solicitada con Carta N° 049-2015-CONSORCIO ALICIA - del 18/08/2015 y se encontraba en trámite en la DIGENIPAA al momento de la paralización y abandono de obra por parte del Contratista

Tabla 1[1] Contenido extraído del escrito de demanda

39. Asimismo, mediante Carta Notarial N° 54-2015-CONSORCIOALICIA, expedida y notificada el 24 de agosto de 2015, el Contratista comunicó a FONDEPES su decisión de resolver el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, por incumplimiento de sus obligaciones esenciales que hacen imposible la continuación de éste. Además, señaló que la razón de dicha decisión se basa en que la Entidad no entregó la totalidad del terreno de la obra, tal como lo establece el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017), asimismo, que el desembarcadero continúa con sus múltiples actividades (pesca, embarque y desembarque, limpieza de productos microbiológicos, servicios de venta de hielo y agua a pescadores, uso de mesas de trabajo y despacho, ingreso y salida de camiones, venta al público y uso de grifo abastecedor de combustible), sumado a que el gremio no desaloja las instalaciones.

40. La postura del Contratista, respecto que a la ocupación de algunos sectores del área del terreno no pueda ser revertida, según FONDEPES, no fue congruente con lo que sucedió desde el inicio de los avances físicos en obra, puesto que el 18 de abril de 2015; se encontraron inconvenientes de disponibilidad de algunas áreas del DPA Ilo, las cuales fueron superadas dentro del marco normativa vigente del RLCE, como el otorgamiento de ampliaciones de plazo.

[1] El Colegiado considera oportuno precisar lo siguiente:

AMPLIACIONES	DIAS SOLICITADOS	DECISIÓN
Ampliación de plazo N° 1	113 días	Denegada
Ampliación de plazo N° 2	132 días	Se otorgaron 18 días
Ampliación de plazo N° 3	5 días	Denegada
Ampliación de plazo N° 4	51 días	Se otorgaron 55 días
Ampliación de plazo N° 5	50 días	En trámite

41. Asimismo, FONDEPES indicó que la justificación del Contratista para paralizar la obra por la afectación de la ruta crítica y la irreversibilidad de la falta de disponibilidad del terreno al 100%, es totalmente cuestionable, pues la Entidad venia atendiendo situaciones de falta de disponibilidad que se presentaban en algunos sectores del área de trabajo. Esto desde la presentación de la solicitud de ampliación de plazo N° 1 de fecha 22 de abril de 2015, hasta su solicitud de la ampliación de plazo N° 5 de fecha 18 de agosto de 2015. Asimismo, es menester señalar que, esta última solicitud de ampliación de plazo fue a solo seis (6) días de la paralización injustificada y abandono de obra realizada por el Contratista, la cual inició el 24 de agosto de 2015.

42. Por otro lado, FONDEPES resaltó que al inicio de la paralización injustificada se encontraba vigente el calendario derivado de la ampliación de plazo N° 2, el cual fue debidamente firmado y aceptado por el Contratista, lo que permite ratificar la aceptación de este a la entrega del terreno, al figurar en este calendario coma fecha de inicio de obra el 18 de abril de 2015.

VIII. FUNDAMENTOS DE HECHO EN LOS QUE SE SUSTENTA LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

43. CONSORCIO ALICIA mencionó que con fecha 17 de noviembre de 2014, el Comité Especial Ad Hoc otorgó la Buena Pro de la Licitación Pública N° 007-2014-FONDEPES para la contratación de la ejecución de la Obra «Mejoramiento de los servicios de desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de Ilo, distrito de Ilo, provincia de Ilo, región Moquegua» al CONTRATISTA, cuyos detalles e importe constan en los documentos integrales del contrato en litis.

44. Continuando en esa misma línea, el demandado detalló que con fecha 2 de diciembre de 2014, la Entidad y el CONSORCIO ALICIA, suscribieron el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA para la ejecución de la Obra en cuestión, por un monto de S/ 7 866 459,18 (siete millones ochocientos sesenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y nueve con 18/100 soles) y un plazo de ejecución de trescientos (300) días calendarios.

45. Posteriormente, CONSORCIO ALICIA admitió que con fecha 16 de diciembre de 2013[2], la Entidad entregó el terreno donde se ejecutaría la obra.

[2] El Colegiado considera pertinente precisar que el terreno fue entregado el 16 de diciembre de 2014, conforme a los Informes presentados por la Entidad y la Acta de entrega de terreno.

46. Asimismo, el CONTRATISTA indicó que con fecha 24 de diciembre de 2014, la Entidad procedió a la cancelación del Adelanto Directo y con fecha 13 de enero de 2015[3], se entregó el adelanto de materiales para la ejecución de la obra.

47. Por su parte, CONSORCIO ALICIA explicó que las operaciones del Desembarcadero Pesquero continuaban hasta la fecha programada para el inicio de la obra y los comerciantes no habían desocupado las áreas donde se realizará la ejecución de partidas contempladas en el calendario de obra; por consiguiente, se modificó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

48. A consecuencia de ello, CONSORCIO ALICIA aseveró que se produjo un retraso en la obtención de la licencia de construcción; ocasionando el desfase del inicio de obra; lo que se puso en conocimiento del inspector de obra en el asiento N° 8 del Cuaderno de Obra del día 2 de enero de 2015 donde se especifica que la Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones y permisos necesarios para la ejecución de la obra, ya que en las bases no se precisó que el contratista sea el responsable de dichos trámites.

49. En ese sentido, CONSORCIO ALICIA especificó que, a través de la residencia de la obra, en sendos asientos del Cuaderno de Obra quedaron registrados los hechos que más tarde darían paso a la primera solicitud de ampliación de plazo parcial.

50. Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2015, CONSORCIO ALICIA presentó, mediante la Carta N° 5-2015-CA/RL, la primera solicitud de ampliación de plazo, de carácter parcial, por un lapso de ciento trece (113) días, con lo que el plazo de ejecución contractual se extendía hasta el 9 de febrero de 2016, sus fundamentos se basaron en el hecho de que a la fecha de presentación no existió una fecha prevista para el cierre de la causal invocada. Para ello, se presentó como sustento técnico el hecho de la falta de libre disponibilidad del terreno donde deberían ejecutarse los trabajos, toda vez que en dicha zona se continuaban desarrollando las operaciones del Desembarcadero Pesquero y los comerciantes no habían desocupado las áreas consideradas para la ejecución de las partidas programadas en el plazo que iba corriendo, con la consiguiente afectación irreparable de la ruta crítica de la obra.

51. En respuesta a la solicitud, FONDEPES denegó la mencionada ampliación, mediante la Resolución N° 62-2015-FONDEPES/SG, aduciendo en ella que

[3] El Colegiado considera pertinente precisar que la fecha de entrega del adelanto de materiales 40% fue el 31 de julio de 2015.

no se había acreditado por parte del Contratista la afectación de la ruta crítica de la obra, en virtud de lo cual la solicitud resultaba improcedente. En virtud del derecho del demandado, al no encontrarse conforme con lo resuelto por la entidad y advertir defectos de insubsanables en la Resolución mencionada, se procedió a controvertir la negativa haciendo uso para ello de los mecanismos de solución de controversia contenidos en el contrato.

52. Producto de ello, con fecha 13 de mayo de 2015, CONSORCIO ALICIA solicitó ante la Secretaria del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE), de acuerdo con el convenio arbitral, el inicio del arbitraje, luego de haber agotado previamente la posibilidad de una conciliación, con arreglo al artículo 214 del RLCE, presentando así la correspondiente demanda, la misma que fuera tramitada y puesta en conocimiento de la Entidad, generándose así el Expediente N° S 093-2015/SNA-OSCE.

53. Con fecha 17 de julio de 2015, el Contratista fue notificado con la respuesta a su solicitud de arbitraje, corriéndose traslado de la correspondiente contestación de la Entidad, así como la designación del árbitro de FONDEPES. No obstante, pese a haber sido válidamente notificado por la SNA, el árbitro designado por FONDEPES no cumplió con aceptar tal designación dentro del plazo establecido, motivo por el cual debió nombrarse un sustituto, siendo que, a la fecha del escrito, se encuentra en plazo para manifestar su aceptación y pueda así procederse a la conformación del **TRIBUNAL ARBITRAL**.

54. En cuanto al Contrato, el CONSORCIO ALICIA presentó una segunda solicitud de ampliación de plazo, por un lapso de ciento treinta y dos (132) días calendarios, cuya causal alegada es no contar con la licencia de construcción y demolición que debió ser tramitada oportunamente por la Entidad, al constituir una obligación esencial de ella, como se determinó en el contrato de obra.

55. La respuesta de FONDEPES se limitó a otorgar una ampliación de dieciocho (18) días, tal como lo establece la Resolución de Secretaria General N° 78-2015/FONDEPES del 8 de junio de 2015. Por su parte CONSORCIO ALICIA, al no encontrarse de acuerdo con los términos de la Resolución, por considerar que carece de motivación técnica y legal suficiente, procedió a controvertirla, con arreglo a los alcances del convenio arbitral suscrito por las partes. Sobre el particular, con fecha 21 de agosto de 2015, presentó como parte interesada ante la SNA-OSCE, la correspondiente demanda arbitral, iniciándose así un segundo proceso arbitral correspondiente dentro del mismo contrato.

56. Continuando en esa línea, el CONSORCIO ALICIA presentó la tercera solicitud de ampliación de plazo por 5 días, el cual fue denegado mediante la Resolución de Secretaria General N° 109-2015/SG de fecha 21 de Julio de 2015.

57. Asimismo, el CONTRATISTA indicó que habiendo transcurrido cerca de doscientos cuarenta (240)días, desde la entrega de terreno hasta la fecha de la resolución contractual controvertida, no disponía del 83.92% del área del terreno, tal como se señaló en su oportunidad el Supervisor de Obra en su Informe N° 15-2015-ILO-FONDEPES del 20 de julio de 2015, con ocasión de sustentar la cuarta solicitud de ampliación de plazo por 51 días, la cual fue aprobada por 55 días mediante Resolución de Secretaria General N° 114-2015-FONDEPES/SG, en cuyos considerandos también se indicó, que el embarcadero continuaba con sus múltiples actividades, con el agravante que el gremio pesquero no desalojaba las instalaciones, a lo que se sumaba lo manifestado por el Administrador del DPA-ILO, posesionario del Área del Embarcadero, en su Oficio N° 99-2015-RVE-GRM-DPAI del 15 de agosto de 2015, señalando que no es recomendable la desactivación del grifo de combustible, caso contrario se desistirán de la reubicación, e iniciar los trámites legales ante OSINERGMIN mediante un expediente de Plan de Abandono, debiendo asumir gastos de obras civiles, mecánicas, desmontaje y retiro de tanques y surtidor por no estar considerados en el Expediente Técnico de Obra, sin contar con el hecho que necesariamente deberán obtener el Informe Técnico favorable para las modificaciones del sistema de despacho de combustibles.

58. El CONSORCIO ALICIA mencionó que los hechos descritos no se encuentran dentro de su esfera de dominio trasladando así la responsabilidad de FONDEPES, dependiendo por ello de terceros ajenos al contrato la solución de estos, sin fecha de conclusión, al mantener estas posiciones encontradas con la dinámica de la obra, afectando así la ruta crítica en forma indefinida, todo lo cual hace de manera categórica irreversible su incumplimiento. habiendo así impedido la continuación del contrato en un plazo definido, lo cual sostiene la posición del demandado de resolver el contrato de manera total, no siendo legalmente necesario requerimiento previo.

59. Por otro lado, el CONSORCIO presentó la quinta solicitud de ampliación de plazo por 50 días calendario, la cual se encontraba en trámite cuando notificó la Carta N° 49-2015 mediante la cual resolvió el contrato.

IX. MEDIDA CAUTELAR

60. Con fecha 1 de junio de 2016, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tuvo conocimiento de la existencia de la emisión de una medida cautelar de no innovar en el

Segundo Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Yurimaguas, ello en favor del CONSORCIO ALICIA.

61. Mediante Resolución N° 1, de fecha 15 de julio de 2016, se dispuso que la SECRETARIA oficie, al Segundo Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Yurimaguas, la solicitud de remisión del expediente de la solicitud cautelar fuera del proceso, además se tuvo por presentado los escritos expuestos por CONSORCIO ALICIA.

62. Con fecha 5 de agosto de 2016, mediante Oficio N° 3027-2016-OSCE/DAR, se solicitó al Juez del Segundo Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Yurimaguas la remisión del expediente cautelar.

63. Por otro lado, con fecha 23 de agosto de 2016, el CONSORCIO ALICIA presentó un escrito al **TRIBUNAL ARBITRAL**[4], cuya sumilla fue «Solicita alternativamente nueva Medida Cautelar No Innovativa o Ampliación de la otorgada por el Juez»

64. Asimismo, con fecha 3 de octubre de 2016, FONDEPES presentó un escrito al **TRIBUNAL ARBITRAL**[5], cuya sumilla fue «Se resuelva apelación de medida cautelar como reconsideración», donde solicitó que se resuelva dejar sin efecto la medida cautelar otorgada por la autoridad judicial en favor de CONSORCIO ALICIA.

65. Con fecha 19 de octubre de 2016, FONDEPES presentó un escrito de sumilla «Absolvemos escrito remitido por el contratista con fecha 23.08.2016», donde expresaron su oposición respecto a la medida cautelar otorgada.

66. Con fecha 4 de junio de 2021, mediante el Oficio N° 514-2021-SPAM-CSJSM-PJ/sepp, la Sala Penal Superior solicitó urgentemente el envío de un informe sobre el estado del cuaderno cautelar de la medida cautelar de no innovar.

67. Con fecha 21 de julio de 2022, FONDEPES presentó un escrito bajo sumilla «Solicita dejar sin efecto la Medida Cautelar» junto al argumento que a consecuencia de lo decidido por el **TRIBUNAL ARBITRAL** en la Resolución N° 25, donde se archivó las pretensiones promovidas por el Contratista, se entenderá que el Cuaderno Cautelar perteneciente al Expediente N° 183-2015/SNA-OSCE deberá ser archivado, puesto que los puntos

[4] Inicialmente, el escrito fue parte del Expediente N° 165-2015/SNA-OSCE, el cual fue incluido al presente proceso como producto de la consolidación de expedientes.
[5] Inicialmente, el escrito fue parte del Expediente N° 165-2015/SNA-OSCE, el cual fue incluido al presente proceso como producto de la consolidación de expedientes.

controvertidos del Cuaderno Principal no presentarían la necesidad de ser garantizados.

68. Luego de haber tomado conocimiento de la emisión de la Resolución N° 5 en la cual se emitió la medida cautelar de no innovar en favor de CONSORCIO ALICIA, el **TRIBUNAL ARBITRAL** consideró pertinente solicitar los autos a fin de tener pleno conocimiento de lo actuado.

69. Es menester precisar que, Natale Amprimo[6] indicó que la medida cautelar se caracteriza por su instrumentalidad o accesoriedad, es decir, depende del proceso principal, el cual propicia el arbitraje; en otras palabras, no cuenta con sustantividad propia.

70. De acuerdo con lo señalado líneas arriba, el **TRIBUNAL ARBITRAL** no emitirá pronunciamiento sobre las pretensiones relacionadas a la medida cautelar solicitada por el CONSORCIO ALICIA, puesto que estas son dependientes a las pretensiones del expediente principal, las cuales fueron excluidas, tal como señala la Resolución N° 25.

X. SOBRE GASTOS ARBITRALES

71. Con fecha 8 de marzo de 2016, la SECRETARIA efectuó la primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

CONCEPTOS	MONTOS NETO
Honorarios del cada miembro del **TRIBUNAL ARBITRAL**	S/ 1 800,00 (Mil ochocientos con 00/100 soles)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 1 440.07 (Mil cuatrocientos cuarenta con 07/100 soles)

72. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

73. Respecto a ello, con fecha 18 de agosto de 2016, CONSORCIO ALICIA presentó escrito mediante el cual acreditó el pago de gastos arbitrales.

74. Asimismo, mediante escritos de fechas 23 de noviembre de 2016, 9 de octubre de 2016 y 3 de enero de 2017, FONDEPES acreditó el pago de gastos arbitrales.

[6] Amprimo, Natale *«La tutela cautelar arbitral»* Revista N°44 (Lima: Ius et Praxis, 2013) Pg. 62

75. Sin embargo, debido a la recomposición del **TRIBUNAL ARBITRAL** y la unificación de expedientes, la SECRETARÍA efectuó el reajuste de los gastos arbitrales, es menester mencionar que el **TRIBUNAL ARBITRAL** resolvió tener por cancelados los gastos arbitrales a cargo de la Entidad conforme a la Liquidación de fecha 8 de marzo de 2016, en tal sentido, los montos que restaban pagar por parte de FONDEPES fueron los siguientes:

CONCEPTOS	MONTOS NETO
Honorarios del cada miembro del **TRIBUNAL ARBITRAL**	S/ 900,00 (Novecientos con 00/100 soles)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 720,04 (Setecientos veinte con 04/100 soles)

76. Por otro lado, respecto a CONSORCIO ALICIA, los montos que restaban pagar fueron:

CONCEPTOS	MONTOS NETO
Honorarios del cada miembro del **TRIBUNAL ARBITRAL**	S/ 900,00 (Novecientos con 00/100 soles)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 720,04 (Setecientos veinte con 04/100 soles)

77. Con fecha 10 de junio de 2022, FONDEPES presentó un escrito mediante el cual acreditó el pago de honorarios profesionales y solicitó recibos por honorarios y facturas actualizados.

78. Asimismo, en el documento denominado «Liquidación de Gastos Arbitrales (Reajuste)» se procedió a fijar los gastos arbitrales correspondientes a cada una de las partes a consecuencia de la consolidación de expedientes, la que se puso en conocimiento de las partes mediante la Resolución N° 21, en la cual se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para su pago.

79. En ese sentido, los montos pendientes de pago por parte de FONDEPES fueron los siguientes:

CONCEPTOS	MONTOS NETO

Honorarios del cada miembro del **TRIBUNAL ARBITRAL**	S/ 3 600,00 (Tres mil seiscientos con 00/100 soles)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 2 880,14 (Dos mil ochocientos ochenta con 14/100 soles)

80. Continuando esa línea, los montos correspondientes al CONSORCIO ALICIA fueron los siguientes:

CONCEPTOS	MONTOS NETO
Honorarios del cada miembro del **TRIBUNAL ARBITRAL**	S/ 21 600,00 (Veintiún mil seiscientos con 00/100 soles)
Gastos Administrativos del Centro	S/ 17 280,84 (Diecisiete mil doscientos ochenta con 84/100 soles)

81. Sin embargo, debido al incumplimiento de ambas partes, se decidió suspender el proceso arbitral por un plazo de treinta (30) días, conforme a lo descrito en la Resolución N° 22. Asimismo, el **TRIBUNAL ARBITRAL**, a solicitud de la Entidad, extendió el plazo a quince (15) días más.

82. Con fecha 14 de marzo de 2022, FONDEPES presentó escrito de sumilla «Acredito pago, solicita factura y recibos por honorarios actualizados», mediante el cual adjuntó las Ordenes de Servicio emitidas en favor de los miembros del Tribunal Arbitral.

83. En trámite de dicho documento, el **TRIBUNAL ARBITRAL** emitió la Resolución N° 24 de fecha 13 de abril de 2022, a través de la cual se otorgó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de archivar el proceso.

84. En respuesta a ello, con fechas 10 y 22 de junio de 2022, FONDEPES presentó escritos mediante los cuales reiteró su solicitud de la actualización de recibos por honorarios y facturas, asimismo, precisó que la Entidad procedió a emitir Ordenes de Servicio adicionales a fin de cumplir con los gastos en calidad de subrogación.

85. Continuando esa línea, con fecha 21 de julio de 2022, FONDEPES presentó un escrito de sumilla «Acredito pago de gastos administrativos» en el cual adjuntó la constancia de transferencia electrónica por los gastos administrativos.

XI. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

86. El 11 de junio de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, donde se examinó el pedido de acumulación de pretensiones, determinando lo siguiente:

PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ESCRITO DE DEMANDA PRESENTADO EN EL EXPEDIENTE N° S93-2015/SNA-OSCE

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución de Secretaria General N° 61-2015-FONDEPES/SG de fecha 30 de abril de 2015, mediante la cual se denegó la ampliación de plazo parcial N° 1, por 113 días, solicitada por el Contratista.
- Determinar si, como consecuencia de que se declare la nulidad de la Resolución de Secretaria General N° 61-2015-FONDEPES/SG de fecha 30 de abril de 2015, corresponde tener por ampliado el plazo en los 113 días solicitados.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ESCRITO DE DEMANDA PRESENTADO EN EL EXPEDIENTE N° S155-2015/SNA-OSCE

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Secretaria General N° 78-2015-FONDEPES/SG de fecha09 de junio de 2015, mediante la cual se declaró aprobada en parte la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 2 formulada por el Contratista.
- Determinar si, debido a la declaratoria de nulidad del citado acto administrativo, corresponde o no reconocer la ampliación del plazo solicitado, por el lapso de ciento ochenta (180) días calendarios.
- Determinar si, como consecuencia de lo antes mencionado, corresponde o no la modificación del plazo contractual.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ESCRITO DE DEMANDA PRESENTADO EN EL EXPEDIENTE N° S165-2015/SNA-OSCE

- Primera pretensión principal. - Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 54-2015-CONSORCIO ALICIA, notificada a la Entidad el 24 de agosto de 2015, por medio de la cual el Contratista resolvió el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, aduciendo incumplimiento de las

obligaciones esenciales a cargo de la Entidad y consistente en la falta de entrega total del terreno para la ejecución de obra.

- Pretensión accesoria a la primera pretensión principal Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista que cumpla con pagar a la Entidad una indemnización por daños y perjuicios irrogados, así como las costas y costos en los que incurrió el Contratista previos al presente procedimiento arbitral y los que correspondan a la tramitación del presente procedimiento arbitral.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ESCRITO CON SUMILLA «PRESENTO DEMANDA DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIÓN» PRESENTADO EL 11 DE AGOSTO DE 2016 EN EL EXPEDIENTE N° S165-2015/SNA-OSCE

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia ce la Resolución Jefatural N° 272-2016-FONDEPES/J, notificada el 26 de julio 2019 con Carta N° 226-2016-FONDEPES/SG, mediante la cual la Entidad declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA.
- Determinar si corresponde o no que la Entidad proceda a devolver la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato, al carecer de objetos dicha garantía.
- Determinar si corresponde o no que el Tribunal establezca la liquidación de cuenta, según procedimientos establecidos por el OSCE, en concordancia con los artículos 209 y 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, efectuando las amortizaciones de los adelantos otorgados por la Entidad

PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ESCRITO DE DEMANDA EN EL EXPEDIENTE N° S183-2015/SNA-OSCE

- Pretensiones de carácter principal
    - Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Carta N° 250-2015-FONDEPES/SG, notificada al Contratista el 14 de setiembre de 2015, a través de la cual la Entidad resolvió el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA.
    - Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Carta N° 216-2015-FONDEPES/SE con fecha 28 de agosto de 2015, mediante la cual la Entidad otorga al Contratista un plazo de quince (15) días para que reanude los trabajos en la obra

derivada del contrato materia de controversia, bajo apercibimiento de resolverlo.

- Determinar si corresponde o no declarar válida la resolución de contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA, remitida a la Entidad por vía notarial el 24 de agosto de 2015.

- <u>Pretensión de carácter accesoria</u>
  De manera accesoria a la primera pretensión, determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la constatación física efectuada el 26 de agosto de 2015, quedando así nula e ineficaz el acta suscrita por las partes en dicha fecha.

- <u>Punto controvertido común</u>
  Determinar a quién corresponde ordenar el pago del total de las costas y costos del presente proceso más los intereses legales que correspondan.

87. Por otro lado, el **TRIBUNAL ARBITRAL** emitió la Resolución N° 17, de fecha 17 de julio de 2019, mediante el cual dejó constancia que se trasladó a CONSORCIO ALICIA un ejemplar del acta de la audiencia mencionada anteriormente, además, se otorgó un plazo final de cinco (5) días hábiles a FONDEPES, a fin de que cumpla con el requerimiento de cuantificar la pretensión accesoria a la primera pretensión principal, igualmente, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para la contestación a la demanda acumulada presentada por el Contratista; por otro lado, se dejó constancia del incumplimiento del Contratista respecto a la inexistencia de los medios probatorios.

88. Habiéndose cumplido el plazo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** dejó constancia del cumplimiento de FONDEPES, mediante la Resolución N° 18 de fecha 22 de agosto de 2019.

89. Asimismo, en vista de la Liquidación de Gastos Arbitrales (reajuste), el Colegido, a través de la Resolución N° 22, otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cancelen los montos liquidados; en dicho plazo no se cumplió con lo ordenado, en tal sentido se suspendió el proceso, la cual se extendió en la Resolución N° 23, posteriormente se otorgó un plazo adicional en la Resolución N° 24.

90. Posteriormente, habiéndose cumplido el plazo otorgado, el TRIBUNAL ARBITRAL, mediante la Resolución N° 25, decidió archivar las pretensiones promovidas por el CONSORCIO ALICIA, a consecuencia, se modificó la fijación de puntos controvertidos realizados en la Acta de Determinación

de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, teniendo como resultado el siguiente listado final:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA, notificada a la Entidad el 24 de agosto de 2015, por medio de la cual el Contratista resolvió el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, aduciendo incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad y consistente en la falta de entrega total del terreno para la ejecución de la obra.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista que cumpla con pagar a la Entidad una indemnización por los daños y perjuicio irrogados, así como «las costas y costos en los que incurrió el Contratista» previos al presente procedimiento arbitral y los que correspondan a la tramitación del presente proceso arbitral.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde el pago del total de las costas y costos del presente proceso más los intereses legales que correspondan.

XII. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

91. FONDEPES presentó, junto al escrito de demanda los siguientes medios probatorios:

a. Contrato N° 075-2015-FONDEPES
b. Carta N° 054-2015-CLONSORCIO ALICIA
c. Informe N° 29-2015-JAN
d. Informe N° 32-2015-JAN
e. Informe N° 31-2015-JAN
f. Acta de entrega de terreno de fecha 16 de diciembre de 2014.
g. Carta N° 567-2015/DIGENIPPA
h. Calendarios de avance de obra valorizados, incluyendo la ampliación de plazo N°1 y N°4.
i. Calendario actualizado a la fecha de la ampliación de plazo N° 2.
j. Calendario de avance de obra valorizado inicial contractual
k. Resolución N° 78-2015-FONDEPES/SG
l. Resolución N° 114-2015-FONDEPES/SG
m. Acta notarial de Constatación física e Inventario de fecha 26 de agosto de 2015.
n. Cuaderno de obra N° I: del 16 de diciembre de 2014 al 17 de julio de 2015.
o. Cuaderno de obra N° II: del 18 de julio de 2015 al 26 de agosto de 2015.
p. Carta N° 49-2015-CONSORCIO ALICIA.
q. Opiniones del OSCE N° 27-2014/DTN y N° 45-2015/DTN

92. Por su parte, CONSORCIO ALICIA presentó, junto al escrito de contestación de demanda, los siguientes medios probatorios:

a. Contrato de conformación de CONSORCIO ALICIA
b. Adenda N° 1 del Contrato de conformación del CONSORCIO ALICIA, de fecha 1 de junio de 2015, con la que se varió el Representante Legal del Consorcio, donde constó la facultad de representación del recurrente y se acredita la legitimidad para obra.
c. Adenda N° 2 del Contrato de conformación del Consorcio Alicia, de fecha 4 de julio de 2015, en la que se varió el domicilio contractual del CONSORCIO ALICIA a la ciudad de Yurimaguas.
d. Carta Notarial N° 50300, de fecha 9 de agosto de 2015, con la que se comunica la entidad la variación de domicilio.
e. Contrato N° 075-2014-FONDEPEZ/OGA ejecución de la obra: «Mejoramiento de los servicios del desembarcadero artesanal de la localidad de Ilo, provincia de Ilo, región Moquegua» con el que se acredita la relación jurídica procesal valida entre las partes.
f. Carta N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA, notificada 24 de agosto de 2015, en la que expresamente se resolvió de pleno derecho de la totalidad del contrato, por parte de CONSORCIO ALICIA, con arreglo lo prescrito por el literal c) del artículo 40 de la LCE.
g. Acta de Constatación Física e Inventario, de fecha 26 de agosto de 2015, correspondiente a la resolución implementada por el

CONSORCIO ALICIA y con la que se acredita a partir de que fecha la obra se encuentra en posesión de la entidad.

h. Carta N° 4-2015-FONDEPES/J, de fecha 25 de agosto de 2015, en la cual FONDEPES manifestó su posición respecto a los términos de nuestra carta de resolución, reconociendo los hechos invocados.
i. Documento Nacional de Identidad de la recurrente.

93. Asimismo, con fecha 18 de diciembre de 2015, FONDEPES presentó medios probatorios adicionales, detallándose a continuación:

a. Informe N° 40-2015-FONDEPES/DIGENIPAA-JAN sobre la situación de la obra.
b. Carta N° 4-2015- FONDEPES/SG remitida por la entidad el 25 de agosto de 2015 al Contratista, en respuesta a la Carta Notarial N° 54-2015-CONSORCIO.
c. Carta N° 216-2015-FONDEPES/SG remitida por la entidad el 29 de agosto de 2015 al Contratista, requiriendo el incumplimiento contractual ante la paralización de la obra.
d. Carta N° 250-2015-FONDEPES/SG remitida por la entidad el 14 de setiembre de 2015 al Contratista, resolviendo el contrato por incumplimiento contractual, al paralizar la obra injustificadamente.
e. Acta de Constatación Física e Inventario de bienes realizado el 18 de setiembre de 2015 por la resolución de contrato realizado por la Entidad.
f. Cuaderno de Obra N° II desde el folio 30 al 45 del 26 de agosto al 18 de setiembre de 2015.

XIII. AUDIENCIA ESPECIAL

94. Con fecha 3 de noviembre de 2016 a las 16:00 horas se inició la Audiencia.

95. Los asistentes a la Audiencia fueron los miembros del **TRIBUNAL ARBITRAL**, la procuradora pública de FONDEPES, junto al abogado del CONSORCIO ALICIA.

96. Durante el desarrollo, se informó a los presentes el fallecimiento del representante legal del demandado, en ese sentido, el **TRIBUNAL ARBITRAL** decidió suspender el proceso por un plazo de sesenta (60) días hábiles.

97. Asimismo, se ordenó al CONSORCIO ALICIA lo siguiente:

i) Que el Contratista deberá informar al **TRIBUNAL ARBITRAL** sobre la regularización de su representación
ii) Que el Contratista tiene la obligación de renovar oportunamente las cartas fianzas correspondientes, sino que en caso no se

produzca la renovación, la Entidad queda facultada de ejecutarlas conforme a ley.

XIV. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

98. Con fecha 29 de enero de 2019, el **TRIBUNAL ARBITRAL** emitió la Resolución N° 12 mediante la cual citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 25 de febrero de 2019 a las 9:00 horas.

99. Con fecha 25 de febrero a las 9:00 horas se inició la Audiencia. Cuyo desarrollo versará en la Resolución N° 14.

100. En dicho documento, se dejó constancia de lo siguiente:

    i) La inasistencia del Contratista pese a que fue debidamente notificado.
    ii) La nueva denominación del expediente será «Expediente N° 093-2015/SNA-OSCE»
    iii) La recepción del recurso de reposición contra la Resolución N°13 por parte de FONDEPES, el cual será trasladado al Contratista.

101. Además, se decidió suspender la audiencia hasta la resolución del recurso en cuestión, el cual fue resuelto en la Resolución N°15 mediante la cual se declaró infundado el recurso de reposición y se citó a las partes para la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 11 de junio de 2019 a las 12:00 horas.

102. En ese sentido, en la fecha y hora señalada se inició la Audiencia, cuyo desarrolló se detalló en la Resolución N°15.

103. En dicho documento se dejó constancia de lo siguiente:

    i) La inasistencia del Contratista pese a que fue debidamente notificado.
    ii) A consecuencia de ello, no resultó posible la invitación a las partes a conciliar.
    iii) Se fijaron los puntos controvertidos, conforme se describe en el apartado XI del presente laudo.
    iv) Se determinaron qué medios probatorios serán admitidos al proceso.

104. Es menester precisar que, los puntos controvertidos detallados en la Acta se ubican en el apartado «FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS», los cuales fueron modificados en la Resolución N° 25.

XV. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

105. Con fecha 4 de agosto de 2022, el **TRIBUNAL ARBITRAL** emitió la Resolución N° 26 mediante la cual citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 6 de setiembre de 2022 a las 11:00 horas.

106. Con fecha 6 de setiembre de 2022 a las 11:00 horas se inició la Audiencia.

107. En primer lugar, se dejó constancia de los participantes, haciendo hincapié en la inasistencia del CONSORCIO ALICIA pese a la debida notificación que obra en autos; en tal sentido, el único asistente fueron los representantes de FONDEPES.

108. En segundo lugar, el **TRIBUNAL ARBITRAL** otorgó el uso de la palabra al abogado de FONDEPES por un espacio de veinticinco (25) minutos.

109. Posteriormente, el **TRIBUNAL ARBITRAL** formulo preguntas relativas a la materia controvertida, las cuales fueron absueltas por la parte asistente.

110. Finalmente, el **TRIBUNAL ARBITRAL** otorgó un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar las conclusiones respecto a lo vertido en la diligencia en cuestión.

111. Por otro lado, es menester mencionar que, en la misma fecha, CONSORCIO ALICIA presentó un escrito de sumilla «Solicita prorroga de audiencia», pedido que fue rechazado en la Resolución N° 27 de fecha 11 de octubre de 2022.

XVI. PLAZO PARA LAUDAR

112. Conforme a la Resolución N° 28 de fecha 20 de diciembre de 2022, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declaró el expedito para laudar en un plazo de veinte (20) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales; el primer plazo en cuestión podrá computarse a partir de su notificación, es decir, desde el 21 de diciembre de 2022.

XVII. ANÁLISIS DE MATERIA CONTROVERTIDA

XVII.1. MARCO CONCEPTUAL

113. El **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que antes de iniciar el análisis de la controversia, se debe establecer el marco conceptual que nos permita

interpretar los hechos acontecidos a la luz de la normativa relacionada a las Contrataciones del Estado.

XVII.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

114. A fin de contextualizar el origen de la naturaleza jurídica, el argumento se enfocará en el último párrafo del artículo 76 de la Constitución Política de 1993, en la cual se indica, respecto de las contrataciones públicas, lo siguiente:

> *«La Ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades»*

Considerando que la norma que se encontraba vigente en la fecha en la que se inició el litigio fue la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento y modificatorias perspectivas desde la cual, la cual deviene en una norma de desarrollo constitucional, tal como se estableció en la Opinión N° 4-2015/DTN:

> «La Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado».

115. Es por ello que, se considera que el Estado tiene como finalidad la atención del bien común, interés general o interés público, siendo este último el que se encuentra consignado en los artículos 60, 97 y 125 de la Constitución Política; principio que es recogido en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017):

> *«Artículo 2.- Objeto*
>
> *El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma».*

116. La atención al interés general y el significativo gasto de fondos públicos, la convierten en una norma esencial del ordenamiento jurídico público, de cumplimiento obligatorio para quienes de una u otra forma intervienen en ella, tal como se establece en el numeral 3, 6 y 9.1 de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017), respecto de los funcionarios, servidores públicos y contratistas, siendo por tanto una norma de orden público.

XVII.1.2. LA OBLIGACIÓN ESENCIAL Y LA ENTREGA DE TERRENO

117. Para iniciar con el desarrollo de este tópico, se deberá recurrir al origen de éste, es decir, el Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, el cual presenta obligaciones y prestaciones para ambas partes, tal como lo señala el Reglamento (D.S. N° 184-2008- EF):

> *«Artículo 142.- Contenido del Contrato*
> *(…)*
> *El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado» [El énfasis es agregado]*

118. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones contenidas en el contrato, la Opinión N° 162-2015/DTN determinó que las *obligaciones contractuales recibirán la connotación de esenciales, dependiendo de las características y condiciones de cada* contrato en particular.

119. Sumado a ello, en la Opinión N° 27-2014/DTN, la obligación esencial se resumió a lo siguiente:

> *«(…) Se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato (…)» [El énfasis es agregado]*

120. Habiendo aclarado el concepto de «obligación esencial», el **TRIBUNAL ARBITRAL** se cuestiona si la entrega del terreno en su totalidad es o no una obligación esencial.

121. En tal sentido, se revisa la Opinión N° 15-2015/DTN que señala:

> «Sobre el particular, debe indicarse que la referida condición se establece con la finalidad de que las partes −sobre todo, el contratista− verifiquen que el terreno donde se ejecutará la obra es compatible con lo señalado en el expediente técnico y que se encuentra disponible para su ejecución.

El carácter disponible del terreno implica que esté listo para usarse o utilizarse; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que terceros puedan impedir dicha ejecución» *[El énfasis es agregado]*

122. Argumento respaldado por la Opinión N° 122-200/DTN, donde se detalló:

> «En esa medida, para considerar cumplido el requisito señalado en el numeral anterior −y, de esta manera, garantizar la disponibilidad del terreno−, se debe realizar la entrega de la totalidad del terreno donde se ejecutará la obra; es decir, la Entidad le debe entregar al contratista todos los lotes o áreas que formen parte del mismo, debiendo realizar, previamente, las gestiones que correspondan cuando dichos lotes o áreas no pertenezcan a la Entidad» *[El énfasis es agregado]*

123. Asimismo, al remitirnos a la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017), específicamente observamos lo siguiente:

> *«Artículo 13.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar*
>
> *(…)*
>
> *En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras. (…)» [El énfasis es agregado]*

124. *Además, la entrega del terreno también influye en la contabilización del plazo de ejecución de obra, tal como consta en el Reglamento:*

> *«Artículo 184.- Inicio del plazo de ejecución de obra*
>
> *El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*

2. *Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
3. *<u>Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;</u>*
4. *(…)*

Las condiciones a que se refieren los numerales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato (…)» [El énfasis es agregado]

125. De lo citado, se entiende que la entrega del terreno juega un rol fundamental en la ejecución del contrato, marcando el inicio de plazo de ejecución, sin perjuicio de ello, en la Opinión N° 15-2015 se menciona un punto fundamental:

> *«Sin perjuicio de lo expuesto, es importante señalar que, si bien la entrega de la totalidad del terreno es uno de los requisitos para iniciar el plazo de ejecución de la obra, <u>no es posible considerar que dicho plazo no se inició cuando el contratista empezó a ejecutar la obra pese a no encontrarse disponible la totalidad del terreno, pues, de conformidad con la propia conducta del contratista al iniciar la ejecución de la obra, se habrían producido las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra.</u>*
> *Lo indicado anteriormente no impide que, durante la ejecución de la obra, el contratista solicite las ampliaciones de plazo que correspondan, de existir áreas de terreno cuya falta de disponibilidad afecte la ruta crítica del programa de avance de obra». [El énfasis es agregado]*

126. En tal sentido, luego de una revisión conjunta de fuentes mencionados, el Colegiado confirma que la entrega del terreno si configura una obligación esencial, puesto que su incumplimiento perjudicaría el fin del contrato; habiendo dejado claro ello, se deberá precisar la extensión del vocablo entrega, puesto que en la información revisada no se menciona la obligatoriedad de una entrega total o al 100%; es por ello que el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que la entrega de una parte del terreno que ya permita iniciar la ejecución del contrato y con ello lograr el objetivo trazado, sería suficiente para que se inicie con todas las consecuencias que acarrea en el marco normativo.

XVII.1.3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

127. La definición de esta figura jurídica se podrá ubicar en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 184-2008-EF), en cuyo artículo

167 explica que cualquiera de las partes podrá finalizar el contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción de este, solo en aquellos supuestos que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

128. Asimismo, dichos supuestos se desarrollaron en el artículo a continuación:

> *«Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento*
>
> *La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:*
> *(…)*
> 1. *<u>Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.</u>*
> 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.*
>
> *<u>El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales,</u> las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169» [El énfasis es agregado].*

129. Continuando con el análisis, nos remitimos a la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N°1017) en el apartado de cláusulas obligatorias en los contratos, detalla lo siguiente:

> *«Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos*
> *Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:*
> *a) (…)*
> *b) (…)*
> *c) Resolución de contrato por incumplimiento: <u>En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante</u>*

la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento» [El énfasis es agregado].

130. Por otro lado, cuando se presente algún supuesto que permita la resolución del contrato, lo que procedería seria aplicar

«Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados (…)» [El énfasis es agregado].

131. Continuando esa línea, de la revisión del Reglamento del cuerpo normativo mencionado, se visualiza:

«Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras
La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64 del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar

el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de las obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley. (…)» [El énfasis es agregado].

132. En esa línea de ideas, el **TRIBUNAL ARBITRAL** resalta la premisa de una evaluación detallada a fin de verificar el correcto cumplimiento de lo requerido para confirmar la validez y/o eficacia de la resolución contractual.

XVII.1.4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

133. En primer lugar, se reconoce al daño causado como el principal supuesto que conlleva la responsabilidad civil, puesto que, a partir de él, surge la obligación legal de indemnizar, ya sea dentro del marco contractual o extracontractual, es decir, en ausencia de un daño no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito, tal como lo señala Taboada Córdoba[7].

134. Continuando esa línea, es importante diferenciar el daño contractual del extracontractual, siendo el primero una consecuencia del incumplimiento y/o inejecución de las obligaciones voluntarias, mientras que el segundo se produce sin existir relación jurídica entre las partes o existiendo ella, el daño no fue consecuencia de las obligaciones pactadas, sino del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

135. Además, siguiendo los conceptos planteados por la doctrina[8], se plantea, en primer lugar, un análisis material de la responsabilidad civil, para ello se evaluará los siguientes elementos:

- **DAÑO**
  Este elemento cuenta con requisitos expresos para ser calificado como «resarcible»: certeza fáctica, subsistencia, especialidad e injusticia. Es menester señalar que también se deberá tener en cuenta las situaciones de daño justificado que se menciona en el Código Civil.
- **HECHO GENERADOR**
  El autor señala que este elemento no presenta una connotación jurídica especifica que condicione el origen de la responsabilidad civil, puesto que estamos frente a un dato factico e imprescindible que permite hallar al causante.
- **RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

[7] Taboada Lizardo «Elementos de la Responsabilidad Civil» 2° edición (Lima: Editora jurídica Grijley) Pág. 60
[8] Fernández Gastón «Introducción a la Responsabilidad Civil: lecciones universitarias» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial) Pág. 54

Este elemento se enfoca en identificar el verdadero hecho generador del daño, ello considerando que no existen hechos aislados, por el contrario, se encuentran enlazados. Al igual que el primer elemento, existen puntos a considerar, tales como los supuestos de fractura del nexo causal.

136. En segundo lugar, Fernández propone un análisis de imputación, a fin de identificar al responsable del daño, cuyos supuestos son los siguientes:

- **RESPONSABILIDAD DIRECTA**
  En el cual se traslada el coste económico del daño al sujeto que lo causó, es decir, el causante y el responsable serían el mismo.
- **RESPONSABILIDAD INDIRECTA**
  En el cual se traslada el coste económico a una esfera diferente a la del causante del daño.
- **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD**
  En el cual no existe un traslado del coste económico, es decir, se conservará en la esfera de la víctima.

137. Por otro lado, al recurrir al ordenamiento jurídico, notamos que la indemnización por daños y perjuicios se desarrolla en el Código Civil, de la siguiente forma:

> *«Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable*
>
> *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*
>
> *El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*
>
> *Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída»* [El énfasis es agregado].

138. Es menester precisar que este mismo cuerpo normativo también define elementos relacionados a la determinación de responsabilidad, tales como la prueba del dolo y culpa inexcusable:

> *«Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación,*

o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso» [El énfasis es agregado].

Asimismo, la prueba de daños y perjuicios:

«Artículo 1331.- La 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» [El énfasis es agregado].

En consecuencia, se colige que los daños y perjuicios, ya sea por origen doloso o culposo, deberán ser probados por el presunto perjudicado.

139. Por su parte, si nos remitimos a la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al caso, se podrá ubicar a la indemnización como una consecuencia de la resolución del contrato:

«Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (…)» [El énfasis es agregado].

140. Incluso se presenta una excepción:

«Artículo 163.- Garantías a cargo de la Entidad

En los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, la garantía será entregada por la Entidad al arrendador en los términos previstos en el contrato. Dicha garantía cubrirá las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la indemnización por lucro cesante y daño emergente» [El énfasis es agregado].

141. Asimismo, en la Opinión N° 47-2012 se citó a Arteaga Zegarra[9] quien precisó lo siguiente:

[9] Arteaga Mario "*El incumplimiento en materia de contratación pública*" Tomo 138, (Lima: Gaceta Jurídica, 2005) Pág. 33.

«(…) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel» [El énfasis es agregado]

142. En consecuencia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** resalta que en los supuestos donde un presunto agraviado solicite una indemnización por daños o perjuicios, ya sea por dolo o culpa, se deberá probar el daño y conjuntamente, el equivalente económico del mismo.

XVII.2. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 54-2015-CONSORCIO ALICIA, notificada a la Entidad el 24 de agosto de 215, por medio de la cual el Contratista resolvió el Contrato N° 75-2014-FONDEPES/OGA, aduciendo incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad y consistente en la falta de entrega total del terreno para la ejecución de obra.

XVII.2.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

143. FONDEPES indicó que el CONSORCIO ALICIA, mediante Carta N° 054-2015, resolvió el Contrato de Obra N° 075- 2015/FONDEPES/OGA, aduciendo un incumplimiento de obligaciones esenciales a cargo de la entidad, que se traduce en la no entrega total del terreno en donde se ejecutara la obra.

144. Al respecto, FONDEPES mencionó que dicha resolución de contrato carece de todo sustento legal, por las siguientes dos razones:

a) No se ha seguido el Procedimiento de Resolución del Contrato, señalado por el artículo 169 de RLCE aplicable.
b) El contratista no puede resolver un contrato argumentando falta de entrega total de terreno, cuando de conformidad con su propia conducta ha consentido la entrega parcial del mismo, al iniciar la ejecución de la obra, produciéndose de esta manera las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra.

145. Asimismo, la Entidad basó su argumento del ítem a) en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 184-2008-EF), sumado a ello mencionó que en el mismo cuerpo normativo se detalla que un contrato puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones

esenciales de la Entidad, las mismas que deben estar contenidas en las bases o en el contrato.

146. Respecto a lo último, FONDEPES indicó que se deberá revisar la Opinión N° 27- 2014/DTN, puesto que precisa las obligaciones esenciales en las que incurre la Entidad, como parte del contrato.

147. Precisado lo anterior, FONDEPES señaló al numeral 3) del artículo 184 del Reglamento, en el cual se estableció como una de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra es «Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; esta condición deberá ser cumplida dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, asimismo en caso la Entidad no cumpla con la mencionada obligación, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución de contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto para el cumplimiento de la obligación a cargo de la entidad».

148. En consecuencia, FONDEPES citó el artículo puesto que facultaría al contratista a resolver el contrato a los quince (15) días de vencido el plazo para que la Entidad cumpla con entregar el terreno para el inicio de la ejecución de la obra, conforme al procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento (D.S. N° 184-2008-EF), facultad que el Contratista no ejerció al haber considerado que no hubo entrega física del terreno; por el contrario, el CONSORCIO ALICIA suscribió el Acta de Entrega del Terreno de fecha 16 de diciembre de 2015, del cual se desprende, con motivo de la entrega del terreno, la existencia de actividades que permitan el desarrollo conjunto de las actividades del DPA Ilo y la ejecución de la obra. Por tanto, se evidenció un acto formal de entrega del terreno, con lo cual no podía invocarse una resolución contractual por este punto, ello sin considerar la extemporaneidad de la misma, considerando que el plazo indicado es de caducidad.

149. Además, FONDEPES aseveró que en caso el CONSORCIO ALICIA tuviese la razón en cuanto a la falta de disponibilidad total del terreno, no tendría derecho alguno a resolver el contrato pues no ha cumplido con los plazos, formas y procedimientos que se exige la Ley (D.L. N° 1017) para la Resolución del mismo.

150. Por otro lado, FONDEPES indicó que respecto al ítem b) del apartado 66, se debe mencionar que constituyó una obligación esencial para la entidad, la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra, según lo dispuesto por el artículo 184 inciso 3; sin embargo, la Entidad propuso un análisis del mencionado precepto legal, basado en la norma que menciona expresamente «entrega del terrero o lugar donde se ejecutará

la obra», sin hacer mención a que esta entrega deba ser total o parcial, y debido a que la ley no hace distinción, esta no debería trasladarse a la Entidad. Desde esa perspectiva, la Entidad aseguró que es posible que se lleve a cabo la ejecución de la obra en dos supuestos:

a) Cuando se haya hecho entrega total del terreno o lugar.
b) Cuando se haya hecho entrega parcial del terreno.

151. La interpretación de la Entidad se sustentó la Opinión N° 45-2015/DTN en la cual se describe la entrega parcial o con áreas no disponibles, siendo esta una situación excepcional, siempre que con ella se garantice la oportuna ejecución de la obra y que las áreas de terreno pendientes de entrega o no disponibles al momento de iniciar la ejecución de la obra estén a disposición del contratista en el momento que lo requiera.

152. Sobre el particular, FONDEPES indicó que la referida condición se establece con la finalidad de que las partes, sobre todo, el Contratista verifique que el terreno donde se ejecutará la obra es compatible con lo señalado en el expediente técnico[10] y que se encuentra disponible para su ejecución[11].

153. Asimismo, en el caso subanálisis, si bien la Entidad no entregó el terreno al 100%, éste tuvo liberaciones parciales que fueron de aceptación del contratista CONSORCIO ALICIA, quien ejecutó la obra en dichas condiciones, con la contingencia de disponer de áreas del terreno por etapas, conforme se indicó en el Informe N° 32-2015/JAN.

154. Por su parte, FONDEPES indicó que la ejecución de la obra en ese contexto permitió el avance, la valorización y pago de tres (3) valorizaciones al Contratista. Es decir que las condiciones en que se trabajó a partir del 18 de abril de 2014 hasta la fecha de abandono de la obra, es decir, el 24 de agosto de 2015, nunca cambiaron, al contrario, mejoraron al aumentar el área liberada de 26.0% (1 601,35 m^2) el 18 de abril de 2015, a 29% (1 779,25 m^2) el 20 de agosto de 2015.

155. En ese sentido, FONDEPES señaló que la condición alegada por el contratista, respecto a que la ocupación de algunos sectores del terreno

---

[10] El numeral 24 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, define al «Expediente Técnico de Obra» como el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, **planos de ejecución de obra**, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, formulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios. (El resaltado es agregado por el demandado).

[11] Para que la entidad cuente con la disponibilidad física de dichos terrenos no resulta indispensable que sea propietaria de ellos, sino que quienes sean titulares del poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con ellos, ceda, a través de un título valido, dicho poder a la Entidad, de conformidad con lo indicado en la Opinión N° 122-2009/DTN.

no es congruente con los avances físicos de la obra a partir del 18 de abril de 2015, toda vez que la disponibilidad de algunas áreas del DPA llo fueron superándose dentro del marco normativo del Reglamento, como son las ampliaciones de plazo N° 2 y N° 4, dispuestas por las Resoluciones N° 78-2015-FONDEPES/SG y N° 114- 2015-FONDEPES/SG del 9 de junio y 5 de agosto de 2015, respectivamente, teniendo como justificación la falta de disponibilidad del terreno.

156. Cabe precisar que el 24 de agosto de 2015, aún se encontraba vigente el calendario derivado de la ampliación de plazo N° 2, el cual fue firmado y aceptado por el Contratista, lo que permite ratificar su aceptación sobre la entrega del terreno. Del mismo modo, a razón de la ampliación de plazo N° 4, el calendario de avance de obra valorizado actualizado y vigente al mes de agosto, fue debidamente firmado por el Residente de Obra, como representante de dicho Consorcio y fue elevado por la Supervisión al FONDEPES el 25 de agosto de 2015.

157. En respuesta a ello, la Entidad resaltó que las justificaciones del Contratista para resolver el Contrato se limitan a la afectación de la ruta crítica y la falta de disponibilidad del 100% del terreno, las cuales resultan cuestionables, toda vez que el FONDEPES atendió las situaciones de la falta de disponibilidad de algunos sectores del área de trabajo, tales como la solicitud de la ampliación de plazo N° 1 del 22 de abril de 2015 hasta su solicitud de ampliación de plazo N° 5 de 18 de agosto de 2015.

158. FONDEPES aseveró que en el supuesto que el Contratista consideró que había indisponibilidad del terreno para la ejecución de la obra, debió resolver el Contrato en su oportunidad, conforme lo establece el artículo 184 del Reglamento; no obstante, éste aceptó las entregas parciales de áreas, compatibilizándose dichas entregas con la programación de obra del expediente técnico, que a la fecha de la comunicación de la resolución del Contrato era de 55.8%, que sumado al área disponible existente de 39.8% (Plan de contingencia: no afecta la ruta crítica del terreno), daba un total de 95.6% de área disponible.

159. En tal contexto, FONDEPES indicó que la ejecución de la obra permitió el avance, valorización y pago de tres valorizaciones al citado Consorcio; es decir, las condiciones en que se venían trabajando a partir del 18 de abril de 2015 hasta el 24 de agosto del mismo año no cambiaron, por el contrario, fueron mejorando al aumentar el área liberada del 26% al 29%.

160. Además, aclaró que de acuerdo con lo programado en el calendario de avance de obra (7.62%) con el avance valorizado de obra (valorización N° 3 de julio de 2015: 9.14%), se constató una situación de adelanto que tenía la obra al 31 de julio de 2015.

161. FONDEPES concluyó que, no es congruente, ni normativamente aceptable que el Contratista pretenda alegar la falta de disponibilidad del terreno como causal de resolución del Contrato, cuando, primero, aceptó la entrega del mismo; segundo, tuvo una disponibilidad de 95.6% de área; tercero, valorizó tres (03) meses de ejecución de obra; cuarto, cobró por tales valorizaciones, quinto, solicitó ampliaciones de plazo; sexto, se le reconocieron gastos generales, y séptimo, se consideró el avance de la obra como adelantado.

162. Con fecha 27 de setiembre de 2016, presentó escrito de sumilla «Solicito sustracción de la materia por haberse declarado la nulidad de contrato» donde FONDEPES pretendió impedir el pronunciamiento de fondo en cuanto a la ineficacia de la resolución del Contrato; asimismo, indicó que se realizó una nulidad de oficio a consecuencia de la transgresión del principio de presunción de veracidad.

XVII.2.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO

163. El CONSORCIO ALICIA mencionó que lo solicitado resulta inatendible ya que las causas que llevaron a la resolución contractual, por parte del Contratista, se basaron en un incumplimiento atribuible a la misma Entidad, como lo establece claramente la LCE (D.L. N° 1017) y su Reglamento (D.S. N° 184-2008-EF), las mismas que fueron recogidas en las bases del proceso de selección y forman parte del contrato; teniendo, por su naturaleza, un carácter insalvable.

164. Siendo pues que la Entidad pretendió soslayar con argumentos inexactos. En tal sentido, el CONSORCIO ALICIA manifestó lo siguiente:

A. Pese a los esfuerzos efectuados por el demandado, para lograr contar con la libre disponibilidad de la totalidad del terreno donde se debió ejecutar la obra, no se ha concretado la entrega de la totalidad de éste, lo cual ha venido siendo advertido permanentemente a la Entidad y se ha constituido en un insalvable incumplimiento del artículo 13 del RLCE (D.S. N° 184-2008-EF).
B. Es así que, el demandado decidió resolver el contrato, debido a que los hechos generadores del incumplimiento de FONDEPES escapan a su esfera de dominio, dependiendo estos de terceros ajenos al contrato y sin que se tenga una fecha cierta ni previsible para su conclusión, conforme quedo plasmado en la carta resolutoria del contrato.
C. La decisión referida en el párrafo anterior, se materializó mediante la Carta N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA, remitida por vía notarial a la Entidad, la misma que fue recibida el día 24 de agosto de 2015, en la que expresamente se comunicó la resolución de pleno derecho

de la totalidad del contrato, con arreglo lo prescrito por el literal c) del artículo 40 de la LCE (D.L. N° 1017), sustentado en los hechos descritos en la referida carta, habiendo en esa misma comunicación señalando la fecha y hora para la realización de la constatación física e inventario de la obra, con presencia de Notario Público. Sobre el particular, con fecha 26 de agosto de 2015, se llevó a cabo la diligencia de constatación física e inventario de la obra en mención, con presencia de ambas partes, según lo considerado en la carta referida, luego de lo cual la obra quedó bajo responsabilidad de la Entidad.

D. En el Acta Notarial correspondiente, levantada luego de culminada la constatación física, se dejó constancia del avance de obra ejecutado, a través del registro fotográfico que forma parte del Acta, así como de la incorporación al mismo del Resumen de la Valorización Mensual N° 04, que fuera suscrito en señal de conformidad por las partes y refrendado por el notario encargado de la verificación física e inventario.

E. Frente a la resolución contractual planteada por la demandada, la Entidad remitió con fecha 25 de agosto de 2015, la Carta N° 4-2015-FONDEPES/J, en la cual manifestó su posición respecto a los términos de la carta de resolución, reconociendo los hechos invocados, pero no rechazando la resolución contractual.

XVII.2.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

165. Ahora bien, tal como se desprende de lo manifestado por las partes de este proceso arbitral, la discusión en torno al primer punto controvertido bajo análisis se centra en que este **TRIBUNAL ARBITRAL** determine si corresponde declara la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA, a través del cual el Contratista resolvió el Contrato.

SOBRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

166. El **TRIBUNAL ARBITRAL** considera necesario precisar que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a efectuar las prestaciones en favor de la Entidad, mientras que esta última se obliga a pagar al contratista la contraprestación correspondiente. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten satisfactoriamente sus obligaciones.

167. Dicho cumplimiento de ambas prestaciones son producto del contrato, es decir, están recíprocamente vinculadas para que deban ejecutarse

simultáneamente, de tal manera que garantiza su oportuna ejecución, ello conforme a Manuel de la Puente[12].

168. Es por ello que, en el ámbito de la contratación pública, se confía en el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues existe el riesgo de que alguna de las partes incumpla parte o la totalidad de sus prestaciones, o de que se vea imposibilitada de cumplirlas.

169. Frente a esta contingencia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de éstas.

170. Asimismo, de acuerdo con el mencionado autor[13], la resolución contractual es una medida destinada a dejar sin efecto la relación jurídica obligacional, la cual es creada por un contrato por causales sobrevinientes a su celebración.

171. Por otro lado, Morales Hervias[14] definió a la resolución del contrato como un remedio dispuesto por el ordenamiento jurídico, mediante el cual se podrá oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de correspectividad entre las prestaciones generadas del contrato y las prestaciones respectivas.

172. Como se advierte de los autores citados, la resolución contractual, en el ordenamiento jurídico peruano, significa la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia del incumplimiento de obligaciones imputable a una de las partes.

173. Esta figura jurídica también se presenta en un contexto estatal, por ello Morón Urbina[15] señala lo siguiente:

> ***«La resolución del contrato es una forma de terminación anticipada del contrato, y se produce cuando una de las partes falta al cumplimiento de sus pretensiones****, pese haber sido requerido previamente para que subsane su incumplimiento, cuando se torna imposible, de manera definitiva, su continuidad por caso fortuito o fuerza mayor, o por un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato y que este previsto en la normativa»* [El énfasis es agregado]

[12] De la Puente y Lavalle, Manuel «El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil» Tomo II (Lima: Palestra Editores) Pág. 291
[13] De la Puente y Lavalle, Manuel «El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil» Tomo II (Lima: Palestra Editores) Pág. 379
[14] Morales Hervias, Rómulo «Patologías y remedios del contrato» (Lima: Jurista Editores) Pág. 265
[15] Morón Carlos «La contratación estatal» (Lima: Gaceta Jurídica, 2016) Págs. 690-691

174. Asimismo, el Colegiado considera importante reiterar el concepto de resolución contractual en la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017):

> «Una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar el interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte»

175. En virtud de las normas referidas, se puede concluir que la causal por la cual el CONSORCIO ALICIA puede resolver el Contrato es el incumplimiento injustificado, de FONDEPES, respecto a sus obligaciones esenciales, las cuales debieron ser contempladas en la Base o en el Contrato; pese a haber sido requeridos conforme al procedimiento en el artículo 169.

176. Por lo que, de verificarse el mencionado supuesto, CONSORCIO ALICIA debería continuar el siguiente procedimiento:

a) El CONTRATISTA debe requerir a la ENTIDAD mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (…) En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

b) Si vence el plazo otorgado y el incumplimiento continúa, el CONSORCIO puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

177. Por lo que, el **TRIBUNAL ARBITRAL** debe examinar el único supuesto a efectos de determinar si la resolución del contrato es válida: (i) si se ha producido alguna causal de resolución del contrato que habilite al CONTRATISTA para ello; y, (ii) que, de verificarse lo primero, el CONTRATISTA haya cumplido con el procedimiento para tal fin, vale decir, con las formalidades en la comunicación mediante la cual resuelve el contrato.

178. Pues bien, este **TRIBUNAL ARBITRAL** conviene en analizar, en primer lugar, el cumplimiento del procedimiento o formalidad que debe observar el CONSORCIO ALICIA para resolver un contrato y, en segundo lugar, la verificación de la causal que se alude para efectuar la resolución de contrato

179. Este **COLEGIADO** precisa que, de no verificarse el cumplimiento de las formalidades del procedimiento que debe observar el CONTRATISTA para resolver el Contrato, no será necesario recurrir al segundo punto, a decir, analizar la verificación de la causal de resolución contractual, toda vez que, para este **TRIBUNAL ARBITRAL** se habría incurrido en la invalidez de la resolución contractual.

SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

180. De acuerdo con los artículos 169 y 209 del Reglamento (D.S. N° 184-2008-EF), el CONSORCIO ALICIA debió cursar lo siguiente:

181. En sentido, habiendo revisado las pruebas presentadas por ambas partes, solo se advierte la existencia de la Carta Notarial N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA:

J.F. Gutiérrez Miraval
NOTARIO
Av. 28 de Julio 1167-1169
La Victoria - Lima
☎ 423-9833

FONDEPES
RECEPCION
Fecha 24 AGO 2015
Hora 10:18

CONSORCIO ALICIA

Lima, 21 de agosto de 2015

CARTA NOTARIAL 391

CARTA N° 054-2015-CONSORCIO ALICIA
Señores
FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES
Av. Petit Thouars 115
Lima.-

J.F. Gutiérrez Miraval
NOTARIO DE LIMA
Carta Notarial
21 AGO. 2015
N° 50485
Av. 28 de Julio 1167 - 1169 - La Victoria

ATENCIÓN : **Sr. Fernando ALARCON DIAZ**
SECRETARIO GENERAL

ASUNTO : **RESUELVE CONTRATO**

REFERENCIA : **Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA.** Ejecución de la Obra "Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de Ilo, Provincia de Ilo, Región Moquegua."

182. En el mencionado documento, el CONSORCIO ALICIA solo precisó lo siguiente:

- Expresa voluntad de resolver el contrato

> Mediante la presente me dirijo a Usted, a fin de manifestarles nuestra decisión de resolver el contrato en referencia por incumplimiento de sus obligaciones esenciales que hacen imposible la continuación del mismo.

- Cita para la constatación física e inventario de bienes

> De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se les cita para el día miércoles **26 de agosto de 2015 a horas 08:00 am, ESPECÍFICAMENTE EN EL ALMACEN DE LA OBRA,** a efectos de efectuar la Constatación Física e inventario de Bienes en el lugar de la obra, quedando esta al finalizar tal acto bajo responsabilidad de la Entidad, y como consecuencia de ello se procederá a la liquidación, para lo cual estamos evaluando y cuantificando los daños y perjuicios ocasionados por ustedes como consecuencia de haberse puesto término al contrato por causas imputables a la Entidad, y que incluiremos en la liquidación y otros que consideremos pertinentes, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.

183. En ese sentido, considerando que el presente análisis se limita a verificar el procedimiento, el **TRIBUNAL ARBITRAL** constató que el CONSORCIO ALICIA no cumplió con lo descrito en el cuerpo normativo, puesto que no se emitió la primera Carta Notarial mediante la cual el Contratista debió advertir el presunto incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad. En consecuencia, la resolución contractual presentada por el CONSORCIO ALICIA sería inválida, y, por ende, ineficaz.

184. Por tanto, corresponde que este **TRIBUNAL ARBITRAL** declare FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL contenida en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

XVII.3. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista que cumpla con pagar a la Entidad una indemnización por daños y perjuicios irrogados.

XVII.3.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

185. FONDEPES señaló que, la paralización injustificada de la obra por parte del Contratista, perjudicó los intereses de la Entidad, pues este abandono de la obra, sin notificación previa alguna, incluyendo las instalaciones demolidas e inconclusas, atentó contra los intereses del Estado y específicamente el de los Pescadores Artesanales de Ilo como beneficiarios directos, quienes mantienen expectativas del funcionamiento parcial de las áreas importantes del Desembarcadero Pesquero Artesanal antes de fin año; es en ese sentido que se solicita una indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

186. Por otro lado, la Entidad mencionó que las cuestiones procesales que involucran el trámite del presente proceso deberán aplicarse las correspondientes a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, el Decreto Legislativo N° 1071 y supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil, como el artículo 1321 del Código Civil referido a la indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable.

187. En ese sentido, FONDEPES señaló que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

188. En esa misma línea, FONDEPES aludió a la ejecución de la obligación determinaría su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Además, precisó que, en materia de responsabilidad civil, es importante identificar la causa, pues es esta quien determinará que un daño sea indemnizable o no; es por ello que fundamentó su argumento en los artículos 1319 y 1327 del Código Civil.

189. FONDEPES resaltó que en el presente caso se está discutiendo la nulidad y/o ineficacia de la resolución del contrato, siendo de puro derecho por tanto es de monto indeterminado.

XVII.3.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO

190. El CONSORCIO ALICIA la consideró ambigua y oscura debido a que de la lectura de su texto se desprende que el demandante pretende que se le resarza por daños y perjuicios que no sustentó en el desarrollo de su demanda, no presentando medio probatorio alguno y siendo como se ha señalado que la resolución contractual deviene de un incumplimiento

legal y por tanto esencial de la Entidad, que por su naturaleza es insalvable. Sumándose a esto, que no se cuantificó el monto del supuesto daño y perjuicio reclamado.

191. Asimismo, señaló que la Entidad estaría pretendiendo un doble beneficio, puesto que acompaña esta pretensión con una solicitud de devolución de costos y costas.

XVII.3.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

192. En cuanto a este extremo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** estima necesario tener presente el rubro «MARCO CONCEPTUAL», en el que se desarrollaron los factores necesarios para establecer la responsabilidad civil y en consecuencia, ordenar la indemnización por daños y perjuicios irrogados.

193. En ese sentido, la pretensión indemnizatoria de FONDEPES está circunscrita al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir de la actividad comercial del Desembarcadero Pesquero Artesanal como consecuencia del abandono de la obra y la posterior resolución del contrato

194. En ese sentido, este Colegiado considera que el hecho supuestamente generador del daño al que alude FONDEPES es el incumplimiento de la obligación, entonces, corresponde analizar en función de ella los requisitos para la configuración de un daño jurídicamente indemnizable.

195. Dicho análisis se estructurará a continuación:

a) **Certeza. –** se deberá examinar la certeza fáctica y lógica; la primera se enfoca a comprobar el daño como suceso, mientras que la segunda se dedica a verificar que el daño sea una consecuencia lógica y necesaria del suceso.
   - Daño emergente: en el plano de la certeza fáctica, se debe probar la perdida de una utilidad existente anterior al daño.
   - Lucro cesante: en el plano de la certeza lógica, se debe probar que a consecuencia del daño se dejó de percibir una utilidad, sobre la base de criterios razonables y un juicio de probabilidad.

b) **Subsistencia. –** el daño no debió haber sido reparado anteriormente.

c) **Especialidad. –** la necesidad de individualización de la víctima, es decir, identificar el interés del afectado.

d) **Injusticia. –** considerado como el principal elemento, puesto que la existencia del daño como tal no asegura que éste deba

resarcirse, siendo necesario que sea injusto, tal como lo señala el ordenamiento.

196. Asimismo, es menester señalar que doctrina nacional menciona:

> *«En lo que concierne a **la carga de la prueba** de la relación de causalidad, debe indicarse que esta **recae sobre de la víctima,** que es quien formula una hipótesis de relación de causalidad, la cual debe ser corroborada con los medios probatorios suficientes»* [El énfasis es agregado]

197. En ese orden de ideas y en base a los conceptos relacionados a elementos de la responsabilidad civil que incluyen el daño, el hecho generador de daño y la relación de causalidad, el **TRIBUNAL ARBITRAL** revisó los medios probatorios en autos, de los cuales se observó que la Entidad no presentó documento alguno que pruebe la existencia de un daño y/o la relación que esta podría tener con la resolución del contrato.

198. En consecuencia, este **TRIBUNAL ARBITRAL** declara INFUNDADA el petitorio en el extremo de la indemnización, puesto que no existe los suficientes medios probatorios para comprobar los daños.

199. Asimismo, el Colegiado precisa que el extremo de costos y costas, del presente punto controvertido, será desarrollado en el siguiente apartado, a fin de conservar el orden de ideas.

XVII.4. PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde el pago del total de las costas y costos del presente proceso más los intereses legales que correspondan.

XVII.4.1. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

200. FONDEPES basó su argumento en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje donde se define los costos arbitrales; es por ello que la Entidad propuso

que, ante la falta de acuerdo, los árbitros han de decidir que sean asumidos por la parte vencida con arreglo al artículo 73 de la misma Ley.

201. Asimismo, FONDEPES reiteró su seguridad de la solidez de su posición; es por ello que solicitaron que los costos del presente proceso arbitral sean asumidos por la parte demandante

XVII.4.2. POSICIÓN DEL DEMANDADO

202. El CONSORCIO ALICIA manifestó su rechazo respecto al pago de costos y costas solicitado por la Entidad, debido a que FONDEPES estaría pretendiendo un doble beneficio al reclamar la indemnización por daños y perjuicios; y el reintegro de los costos y costas del proceso. Es por ello por lo que señaló al actuar de la Entidad como irregular y negligente.

XVII.4.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

203. Para determinar la parte a quien corresponde asumir los costos y costas del presente arbitraje, se deberá tener en cuenta lo establecido en la Ley de Arbitraje:

> «***Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.***
> *1.El **TRIBUNAL ARBITRAL** tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso».*

204. En el presente caso, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que FONDEPES y CONSORCIO ALICIA tuvieron razones atendibles para litigar: La ENTIDAD para solicitar la nulidad y/o ineficacia de la resolución del contrato como parte de salvaguardar sus intereses institucionales y el CONTRATISTA para proteger sus intereses de proveedor del Estado. Ambas partes, además, han esgrimido argumentos jurídicos estructurados y asumido un adecuado comportamiento procesal.

XVIII. LAUDO ARBITRAL

Considerando que el **TRIBUNAL ARBITRAL** no representa los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto

por el Acta de Instalación, la Ley de Arbitraje y demás normas antes invocadas, el **TRIBUNAL ARBITRAL**, resuelve declarar:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda

TERCERO: DECLARAR que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por el demandado.

CUARTO: DECLARAR que cada parte debe asumir las costas y costos procesales que le corresponden.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, notificándose a las partes que se han sometido al arbitraje con arreglo a ley.

JOSE ALBERTO RETAMOZO LINARES
Presidente del Tribunal Arbitral

LUZ ELENA OCAMPO OCHOA
Árbitra

ERIC SOTELO GAMARRA
Árbitro

ROSA LUCÍA GUERRA CÁRDENAS
Secretario Arbitral