ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

EXPEDIENTE N° S 078-2019/SNA-OSCE

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES

vs.

CONSORCIO MORÍN
(Conformado por las empresas JJS INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.C., CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA JJ S.A.C. y R & S ASOCIADOS S.R.L.)

LAUDO
RESOLUCIÓN N° 21

TRIBUNAL ARBITRAL

Alicia Vela López (presidenta)

Orlando La Torre Zegarra

Adela Virginia Arteta Salinas

SECRETARÍA ARBITRAL

Rossmery E. Ponce Novoa

Lima, 7 de julio de 2023

Índice

I. CONVENIO ARBITRAL 4

II. TIPO DE ARBITRAJE 4

III. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 4

IV. LEY APLICABLE 4

V. PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES 5

VI. CONSIDERANDO 9

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS 10

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL CONSORCIO MORIN INDEMNICE A FONDEPES CON LA SUMA S/. 3,616,200.25 (TRES MILLONES SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS Y 25/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES RESPECTIVOS, POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ENTRE ELLAS LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y PLANOS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA: "CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL PUERTO MORIN, PROVINCIA DE VIRU, REGIÓN LA LIBERTAD-SALDO DE OBRA. 10

POSICIÓN DE FONDEPES 10

POSICIÓN DEL CONSORCIO 13

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 14

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO. 45

POSICIÓN DE FONDEPES 45

POSICIÓN DEL CONSORCIO 45

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 45

VIII. LAUDA 47

LAUDO ARBITRAL
(RESOLUCIÓN N° 21)

En Lima, con fecha 7 de julio de 2023, en la sede institucional del Sistema Nacional de Arbitraje de las Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, sito en Avenida Punta del Este s/n, Edificio «El Regidor», Piso 1, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; el Tribunal Arbitral conformado por la presidenta, Alicia Vela López, y los árbitros, Orlando La Torre Zegarra y Adela Virginia Arteta Salinas, emite el Laudo Arbitral en el proceso arbitral seguido entre el Fondo de Desarrollo Pesquero – FONDEPES (en adelante, «FONDEPES» o «ENTIDAD») y el Consorcio Morín (en adelante, «CONTRATISTA» o «CONSORCIO»), en los términos siguientes:

I. CONVENIO ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral se encuentra regulado en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 072-2014-FONDEPES/OGA, para la contratación de ejecución de obra «Construcción y equipamiento del desembarcadero pesquero artesanal puerto Morín, provincia de Viru, región La Libertad – saldo de obra», celebrado el 18 de noviembre de 2014 (en adelante, el «Contrato»).

II. TIPO DE ARBITRAJE

2.1 El presente es un arbitraje institucional, nacional y de derecho.

III. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.1 Mediante su escrito s/n, de fecha 25 de julio de 2019, FONDEPES designó como árbitro a la abogada Adela Virginia Arteta Salinas; mientras que, en la contestación, de fecha 4 de noviembre de 2019, el CONSORCIO designó al abogado Orlando La Torre Zegarra.

3.2 Mediante escrito s/n, de fecha 29 de enero de 2020, los árbitros Orlando Latorre Zegarra y Adela Virginia Arteta Salinas designaron como tercer árbitro y presidenta a la abogada Alicia Vela López.

3.3 El 11 de febrero de 2020 la abogada Alicia Vela López aceptó su designación como presidenta, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

IV. LEY APLICABLE

4.1 La ley aplicable al fondo de la controversia es el Decreto Legislativo Nº 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la LCE), modificado por la Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante el RLCE).

4.2 La ley aplicable al proceso es el Reglamento de Arbitraje del Sistema Nacional de Arbitraje de las Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje).

V. PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

5.1 Mediante escrito s/n, de fecha 25 de julio de 2019, subsanado el 26 de agosto de 2019, FONDEPES presentó su demanda, junto con sus medios probatorios.

5.2 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 9 de octubre de 2019, se notificó al CONSORCIO la demanda.

5.3 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de noviembre de 2019, el CONSORCIO contestó la demanda y formuló excepciones.

5.4 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 13 de noviembre de 2019, se corrió traslado de las excepciones del CONSORCIO a FONDEPES.

5.5 Mediante escrito s/n, de fecha 24 de febrero de 2020, el CONSORCIO delegó facultades e informó su imposibilidad para asumir el pago de gastos.

5.6 El 27 de febrero de 2020 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación con la asistencia de ambas partes.

5.7 En la Audiencia, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 1, en la que tuvo por apersonado al representante del CONSORCIO y corrió traslado de lo afirmado por este último sobre el pago de gastos arbitrales.

5.8 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de marzo de 2020, FONDEPES absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 1.

5.9 Mediante escrito s/n, de fecha 9 de marzo de 2020, FONDEPES acreditó la inscripción del proceso en el SEACE.

5.10 Mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM, modificado con los Decretos Supremos N° 045- 2020-PCM, Nº 046- 2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057- 2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064- 2020-PCM, N° 068-2020- PCM, N° 072-2020-PCM, N° 075-2020-PCM Nº 083-2020-PCM y N° 094- 2020-PCM, se declaró el Estado de Emergencia Nacional, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020.

5.11 Mediante escrito s/n, de fecha 3 de junio de 2020, FONDEPES autorizó la notificación electrónica para este proceso.

5.12 Mediante escrito s/n, de fecha 21 de julio de 2020, FONDEPES solicitó que el Tribunal emita sus recibos por honorarios.

5.13 Mediante escrito s/n, de fecha 13 de agosto de 2020, el CONSORCIO solicitó que el proceso continúe por medios electrónicos.

5.14 Mediante Resolución N° 2, de fecha 31 de agosto de 2020, se dejó constancia de la suspensión del proceso entre el 16 de marzo y 10 de junio de 2020, se tuvo por variado las direcciones habilitadas para notificaciones, se modificaron las reglas del proceso, se tuvo por cumplido el registro en el SEACE y se remitió los honorarios del Tribunal a FONDEPES para que pague los gastos arbitrales, así como informarle que debía asumir el pago de los que le correspondían al CONSORCIO.

5.15 Mediante escrito s/n, de fecha 24 de septiembre de 2020, FONDEPES solicitó la remisión de recibos de honorarios por el Tribunal Arbitral.

5.16 Mediante Resolución N° 3, de fecha 16 de noviembre de 2020, se varió la mesa de partes del OSCE, se tuvo por consentidas las modificaciones a las reglas del proceso y se autorizó a la Secretaría Arbitral a notificar los recibos del Tribunal a FONDEPES.

5.17 Mediante escrito s/n, de fecha 20 de enero de 2021, FONDEPES solicitó que se le remitan los comprobantes de pago actualizados.

5.18 Mediante Resolución N° 4, de fecha 25 de enero de 2021, se dispuso la remisión a FONDEPES de los nuevos comprobantes de pago y se otorgó un plazo para que cumpla con su pago.

5.19 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de febrero de 2021, el CONSORCIO solicitó el archivamiento del proceso.

5.20 Mediante escrito s/n, de fecha 9 de febrero de 2021, el CONSORCIO presentó una reconsideración a la Resolución N° 4.

5.21 Mediante Resolución N° 5, de fecha 22 de febrero de 2021, se puso en conocimiento de FONDEPES los escritos del CONSORCIO, a fin de que se pronuncie.

5.22 Mediante escrito s/n, de fecha 12 de marzo de 2021, FONDEPES acreditó el pago de gastos arbitrales, salvo lo referido a la factura del OSCE.

5.23 Mediante Resolución N° 6, de fecha 12 de abril de 2021, se tuvo por acreditado por el pago de los honorarios del Tribunal a cargo de FONDEPES, se dejó

constancia de la no absolución del traslado conferido a la Entidad y se otorgó a esta última un plazo para que acredite los pagos en subrogación del CONSORCIO.

5.24 Mediante escrito s/n, de fecha 8 de junio de 2021, FONDEPES acreditó el pago de gastos del OSCE.

5.25 Mediante Resolución N° 7, de fecha 25 de junio de 2021, se tuvo por acreditada la cancelación de gastos administrativos, indico que el único pago pendiente es el que corresponde a la subrogación y se autorizó al OSCE a realizar las gestiones para la emisión de una nueva factura.

5.26 Mediante escrito s/n, de fecha 17 de agosto de 2021, FONDEPES solicita que el OSCE emita una factura actualizada.

5.27 Mediante escrito s/n, de fecha 1 de octubre de 2021, FONDEPES acredita el pago de los gastos administrativos.

5.28 Mediante Resolución N° 8, de fecha 14 de agosto de 2021, se tuvo por acreditado los pagos en subrogación del CONSORCIO y se dispuso que las partes presenten sus propuestas de puntos controvertidos.

5.29 Mediante escrito s/n, de fecha 28 de octubre de 2021, FONDEPES presenta su propuesta de puntos controvertidos.

5.30 Mediante Resolución N° 9, de fecha 18 de noviembre de 2021, se tuvo presente la propuesta de FONDEPES, se dejó constancia de que el CONSORCIO no presentó su propuesta y citó a las partes a una Audiencia Especial para el 14 de diciembre de 2021.

5.31 El 14 de diciembre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia Especial sobre excepciones

5.32 Mediante escrito s/n, de fecha 18 de diciembre de 2021, el CONSORCIO presentó los documentos solicitados por el Tribunal Arbitral.

5.33 Mediante Resolución N° 10, de fecha 28 de diciembre de 2021, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por el CONSORCIO y le otorgó un plazo de cinco (5) días para presentar determinados documentos.

5.34 Mediante escrito s/n, de fecha 10 de enero de 2022, el CONSORCIO presentó el documento requerido por el Tribunal.

5.35 Mediante Resolución N° 11, de fecha 14 de enero de 2022, se tuvo presente lo presentado por el CONSORCIO y se otorgó a FONDEPES un plazo para que se manifieste.

5.36 Mediante Resolución N° 12, de fecha 22 de marzo de 2022, se dejó constancia de que FONDEPES no absolvió el traslado, admitió los medios probatorios sobre las excepciones y declaró infundadas las excepciones de caducidad, cosa juzgada y pleito pendiente presentadas por el CONSORCIO. Asimismo, declaró saneado el proceso y otorgó a las partes un plazo para que presenten su propuesta de puntos controvertidos.

5.37 Mediante escrito s/n, de fecha 28 de abril de 2022, FONDEPES presentó su propuesta de puntos controvertidos.

5.38 Mediante Resolución N° 13, de fecha 9 de mayo de 2022, se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios y se otorgó un plazo a FONDEPES y el CONSORCIO para presentar determinados documentos.

5.39 Mediante escrito s/n, de fecha 31 de mayo de 2022, FONDEPES cumplió el mandato conferido en la Resolución N° 13.

5.40 Mediante Resolución N° 14, de fecha 2 de junio de 2022, se tuvo presente la presentación de los medios probatorios de FONDEPES y se corrió traslado de estos al CONSORCIO. Asimismo, se dejó constancia de que el CONSORCIO no cumplió con presentar su Informe Pericial, por lo que no se admitió el mismo.

5.41 Mediante escrito s/n, de fecha 17 de agosto de 2022, el CONSORCIO se pronunció sobre los medios probatorios presentados por FONDEPES y solicitó la suspensión de actuaciones.

5.42 Mediante Resolución N° 15, de fecha 19 de agosto de 2022, se tuvo presente lo expuesto por el CONSORCIO, se admitieron los medios probatorios que presentó FONDEPES el 31 de mayo de 2022 y se puso en conocimiento de FONDEPES los nuevos medios probatorios del CONSORCIO y su pedido de suspensión.

5.43 Mediante escrito s/n, de fecha 7 de septiembre de 2022, FONDEPES absuelve el pedido de suspensión, oponiéndose al mismo, y se manifiesta sobre los medios probatorios del CONSORCIO.

5.44 Mediante Resolución N° 16, de fecha 21 de septiembre de 2022, se tuvo presente lo expuesto por FONDEPES y se declaró improcedente la suspensión del proceso solicitada por el CONSORCIO.

5.45 Mediante Resolución N° 17, de fecha 18 de enero de 2023, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo para presentar sus alegatos.

5.46 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de abril de 2023, FONDEPES presentó sus alegatos escritos.

5.47 Mediante Resolución N° 18, de fecha 13 de abril de 2023, se tuvo presente los alegatos escritos de FONDEPES, se dejó constancia de que el CONSORCIO no presentó sus alegatos escritos y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 18 de mayo de 2023

5.48 Mediante escrito s/n, de fecha 12 de mayo de 2023, el CONSORCIO presentó sus alegatos escritos.

5.49 El 18 de mayo de 2023 se llevó acabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

5.50 En el Acta de la audiencia, el 18 de mayo de 2023, se emitió la Resolución N° 19, en la cual el Tribunal Arbitral tuvo presente los alegatos escritos de las CONSORCIO y fijó el plazo para emitir el Laudo Arbitral.

5.51 En atención al punto anterior, el plazo final para emitir el Laudo Arbitral vencerá el 10 de julio de 2023.

VI. CONSIDERANDO:

6.1 Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente:

6.1.1 El Tribunal Arbitral se constituyó sin que las partes hayan manifestado algún cuestionamiento a sus designaciones.

6.1.2 El Tribunal Arbitral que emite el Laudo no posee alguna recusación pendiente, por lo que no hay un cuestionamiento a su independencia e imparcialidad.

6.1.3 FONDEPES presentó su demanda en el plazo previsto.

6.1.4 El CONSORCIO contestó la demanda dentro del plazo.

6.1.5 Ambas partes presentaron sus pruebas y pudieron ejercer su derecho de defensa.

6.1.6 Se celebraron la Audiencia de Ilustración de Hechos y de Informes Orales con la asistencia de las partes.

6.1.7 Se emite el Laudo dentro del plazo previsto.

6.2 Los argumentos de las partes han sido analizados, a partir de las reglas de la sana crítica y la libre valoración de la prueba, de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

6.3 La decisión del Tribunal es el resultado de un análisis integral de los argumentos, pruebas y alegaciones de las partes, por lo que, el hecho de que no exista referencia a algún argumento o prueba no implica que no haya sido valorada por los árbitros.

6.4 A partir de ello, el Tribunal procederá a resolver los Puntos Controvertidos del proceso.

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL CONSORCIO MORIN INDEMNICE A FONDEPES CON LA SUMA S/. 3,616,200.25 (TRES MILLONES SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS Y 25/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES RESPECTIVOS, POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ENTRE ELLAS LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y PLANOS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA: "CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL PUERTO MORIN, PROVINCIA DE VIRU, REGIÓN LA LIBERTAD-SALDO DE OBRA.

POSICIÓN DE FONDEPES

7.1 FONDEPES indica que el 18 de noviembre de 2014 suscribió un contrato con el CONSORCIO para la ejecución de la obra «Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad, Saldo de Obra».

7.2 La ENTIDAD sostiene que el 27 de enero de 2016 se emite el Acta de Recepción de Obra; sin embargo, afirma que, con el Informe N° 072-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/psardon, de fecha 23 de mayo de 2016, el coordinador de obras, equipamiento y mantenimiento, informó que había partidas contractuales no ejecutadas.

7.3 FONDEPES manifiesta que, con la Nota N° 317-2016-FONDEPES/DIGENIPAA, de fecha 24 de mayo de 2016, solicitó al Comité de Recepción de Obra que haga sus descargos sobre las partidas no ejecutadas.

7.4 Mediante Informe N° 02-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/Comité de Recepción de Obra SG, el Comité indicó que había procedido a la recepción con información errónea que remitió el coordinador de obra de la Entidad.

7.5 En atención a lo anterior, FONDEPES afirma que, con el Informe N° 077-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/psardon, se informó sobre las partes no ejecutadas, recomendando declarar la nulidad de la recepción de obra.

7.6 Mediante Carta N° 242-2016-FONDEPES/DIGENIPAA, FONDEPES afirma que solicitó a la supervisión un pronunciamiento sobre partidas no ejecutadas. Así, indica que, con la Carta N° 08-2016-SUPERVISION/SO/MECH el supervisor remitió a FONDEPES la corrección de la liquidación de la obra, pronunciándose sobre las partes no ejecutadas.

7.7 FONDEPES indica que existe otro proceso en el que se discute la nulidad del acta de recepción y la liquidación del CONSORCIO; sin embargo, afirma que resolvió el CONTRATO, lo cual generó otro proceso. En atención a todo ello, afirma que entre el 30 de enero y 1 de febrero de 2019 se realizó la constatación física e inventario, determinando que la obra está inconclusa y con deficiencias técnicas visibles.

7.8 FONDEPES indica que el problema se genera por la inejecución de partidas contractuales por parte del CONSORCIO, las cuales generan el derecho indemnizatorio que pretende.

7.9 FONDEPES afirma que corresponde una indemnización por los siguientes conceptos:

7.9.1 Equipamiento, al haberse pagado valorizaciones no ejecutadas y no haber realizado pruebas a equipos de la planta de frío. Asimismo, indica que no se encontraron todos los equipos que correspondían o no se adecuaban a lo que se había solicitado.

En este caso, indica que hubo componentes observados, los que corresponde tener por no recepcionados, los cuales serían los siguiente:

7.9.1.1 Productor de hielo en escamas de 10 TM – Partida 06.01.01
7.9.1.2 Cámara de conservación 5 TM – Partida 06.01.02
7.9.1.3 Balanza electrónica 1 TM – Partida 06.03.01
7.9.1.4 10 carretera de plataforma acero inoxidable 1 TM – Partida 06.03.04

En base a ello, reclama un monto ascendente a S/ 533,245.70 por equipos que ha considerado como no recepcionados por no cumplir con las especificaciones técnicas.

7.9.2 Instalaciones Electrónicas, pues indica que existen partidas que no han culminado en la forma como se había pactado, conforme a lo siguiente:

7.9.2.1 Ítem 03.08. Indica que no se han instalado los tableros.
7.9.2.2 Ítem 03.10 / 03.11- Afirma que los cables de baja tensión no tienen marca de fabricación ni procedencia, lo que no garantiza el tipo de cable usado.
7.9.2.3 Ítem 03.13. Argumenta que 2 de los pozos atierra no tenían la barra de puesta a tierra.
7.9.2.4 Ítem 03-15. Afirma que no se cuenta con los protocolos de pruebas.
7.9.2.5 Ítem 09.02.06. Considera que no está conforme al Expediente
7.9.2.6 Ítem 09.02.10. Manifiesta que está sobre valuado.
7.9.2.7 Ítem 09.02.11. Señala que no se cuenta con la señalización e identificación acorde al expediente.
7.9.2.8 Ítem 09.02.12. Afirma que está sobre valuado.
7.9.2.9 Ítem 09.03.08.01. Indica que no está conforme al Expediente.

En ese caso, FONDEPES presente las partidas que contarían con observaciones y desvíos sobre la Especificaciones Técnicas de la Obra.

7.9.3 Instalaciones sanitarias, en las que se indica que hay grifos que deben ser descontados de la liquidación de obra.

7.9.4 Sistema de agua salada, el cual no observó las especificaciones técnicas en lo que refiere al material de la tubería.

7.9.5 Sistema de desagüe doméstico, el cual no cuenta con la factibilidad acordada, precisando que no se cumplió con los planos de las estructuras.

7.9.6 Sistema de desagüe industrial, el cual no habría instalado el toallero de barra en los vestidores ni las papeleras de losa, entre otros.

7.9.7 Obras Civiles, las cuales se encuentran afectadas por partidas deficientes y fallas.

7.10 FONDEPES afirma que el total de las partidas alcanza al suma de S/. 3'616,200.25 (Tres millones seiscientos dieciséis mil doscientos con 25/100 Soles), incluido IGV, lo que se ha generado por la deficiente construcción de obra por el CONSORCIO.

7.11 FONDEPES sostiene su indemnización en que no pudo utilizar el desembarcadero pesquero artesanal por incumplimiento del CONSORCIO, lo que genera un derecho indemnizatorio.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

7.12 El CONSORCIO indica que la obra y su adicional se ejecutaron conforme a los Expedientes Técnicos, siendo que el 27 de enero de 2016 se realizó la recepción de la obra.

7.13 En ese orden, sostiene que el 28 de marzo de 2016 se presentó la liquidación, la cual fue observada por FONDEPES el 27 de mayo de 2016 y subsanada por el CONSORCIO el 7 de junio de 2016. Pese a ello, indica que FONDEPES inició un proceso para declarar la ineficacia o invalidez de la liquidación del CONTRATO, siendo que este culminó declarando válida la liquidación en todos sus extremos.

7.14 El CONSORCIO afirma que FONDEPES inició otro proceso sobre la nulidad del acta de recepción, lo que aún no culmina, por lo que el Acta de Recepción de Obra y su Liquidación son válidas.

7.15 Respecto de la resolución del CONTRATO, indica que esta es inválida y nula, por no ajustarse a la normativa de contrataciones con el Estado, pues los integrantes del Comité y la Supervisión verificaron la ejecución de la obra conforme al Expediente Técnico.

7.16 El CONSORCIO indica que, con la firma del Acta de Recepción de Obra, del 27 de enero de 2016, se produjo la aceptación de la misma, sin reservas, por lo que no queda alguna obligación pendiente de cumplimiento o partida mal ejecutada.

7.17 El CONSORCIO afirma que no existen daños y perjuicios generados, por lo que la demanda pretende desconocer que la recepción de obra se ejecutó y que el CONTRATO se ha liquidado, quedando firme por la improcedencia de la demanda de FONDEPES.

7.18 Por otro lado, el CONSORCIO argumenta que es responsabilidad de FONDEPES no haber dado mantenimiento a su obra desde su recepción y por haber diseñado y ejecutado un proyecto sobredimensionado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7.19 La presente controversia se basa en determinar si es que existe un incumplimiento de obligaciones por parte del CONSORCIO, al no haber respetado las especificaciones técnicas y planos del Expediente Técnico, al momento de ejecutar el CONTRATO.

7.20 El presente proceso es uno que se encuentra relacionado con una indemnización de daños y perjuicios, por lo que corresponde analizar si existe el incumplimiento que se imputa y si este genera una indemnización, en los términos que solicita FONDEPES.

Límites competenciales del Tribunal

7.21 Consta en el expediente que el CONSORCIO en su escrito del 20 de diciembre de 2021, informo sobre la existencia de otro proceso arbitral, bajo el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE en el que se discuten las pretensiones sobre la validez de la resolución que declaró la nulidad del acta de recepción de obra y la liquidación de la obra, emitida por el CONSORCIO, entre otros, tal como consta en la imagen adjunta:

III. PETITORIO. -

1 Se deje sin efecto la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J del 11 de julio de 2016, mediante la cual la Entidad declara la nulidad de oficio de la recepción de la obra contenida en el Acta de Recepción de Obra levantada entre el 26 y 27 de enero de 2016, así como los actos realizados con posterioridad a la misma.

2 Se apruebe la liquidación de obra solicitada mediante Carta N° 50-2015 CONSORCIO MORIN

3 **EL PAGO** de los **COSTOS FINANCIEROS** originados como consecuencia de la expedición y vigencia de las **CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO**, los que hasta el momento de la presentación de la petición o solicitud arbitral ascendían respectivamente, a la suma de S/. 10,000 nuevos soles, pero que deberán liquidarse en ejecución arbitral.

4 **EL PAGO** de los **GASTOS LEGALES** originados como consecuencia de la asesoría legal para el inicio del presente procedimiento arbitral, los mismos que se liquidarán al momento de la expedición del laudo arbitral correspondiente o en la etapa de ejecución arbitral.

5 **EL PAGO** de los **GASTOS ARBITRALES** que genere el procedimiento arbitral, tales como los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, así como los gastos administrativos del centro de arbitraje.

7.22 Dicho lo anterior, el Tribunal observa que, en el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE, se está en controversia la validez de la resolución que declaró la nulidad del acta de recepción de obra y la liquidación de la obra, emitida por el CONSORCIO. Este hecho es importante, a fin de determinar la competencia de este Tribunal.

7.23 Respecto de la nulidad del acta, revisados los actuados se puede verificar que en la ejecución del contrato se emitió un documento denominado Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de 2016, en la cual se habría recepcionado la obra.

ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

Siendo las 10:00 horas del día 26 de Enero del 2016, se hicieron presente en el lugar de la obra los Miembros del Comité de Recepción de la Obra, designados como tales por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES mediante Resolución Jefatural N° 334-2015-FONDEPES/J, de fecha 04 de Diciembre de 2015; el cual está integrado por:

PRESIDENTE : Ing° Dante Efraín Vaella Carrión, con DNI N° 41394207

MIEMBRO : Ing° Jorge Alberto Aréstegui Navarro, con DNI N° 06245210

SUPERVISOR : Ing° Miguel Eduardo Carranza Haro, con DNI N° 32804543

Se hicieron presentes también:

Por el Contratista CONSORCIO MORÍN

Jorge Antonio Añorga Urteaga . Representante Legal, con DNI 07868897

IV. DE LA RECEPCIÓN DE OBRA

Vencido el plazo, el Comité de Recepción se ha constituido en el lugar de la obra con la finalidad de verificar la subsanación de las observaciones detalladas en el Acta de fecha 18/12/2015 y referidas en el numeral 2) del acápite II de la presente Acta de Verificación.

Durante el recorrido del Comité hecho los días 26 y 27 de Enero de 2016, se encontró que las observaciones encontradas y detalladas en el Acta de Observaciones del 18 de Diciembre del 2015, han sido subsanadas en su totalidad.

Estando de acuerdo con todo lo anteriormente indicado; suscriben en 05 originales los abajo firmantes, la presente acta de 06 folios en señal de conformidad a las 14:00 horas del día miércoles 27 de enero de 2016:

7.24 La validez de dicho documento en mérito a los argumentos que ha expuestos por las partes se encuentra en debate en el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE.

7.25 Asimismo, existe un Acta de Verificación de Culminación de Obra, emitida el 31 de agosto de 2016, y diversos documentos, en los que se estaría cuestionando la finalización adecuada de la obra.

ACTA DE VERIFICACIÓN DE CULMINACIÓN DE OBRA

Siendo las 9:30 am del día miércoles 31 de agosto de 2016, se hicieron presentes en el lugar de la obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, provincia de Viru, región La Libertad – Saldo de Obra" los Miembros del Comité de Recepción de la Obra desinados como tales por el FONDEPES mediante Resolución Jefatural N°334-2015-FONDEPES/J, de fecha 04 de diciembre de 2015, el cual está integrado por:

Ing. Dante E. Vaella Carrión, con DNI N°41394207	: Presidente
Ing. Jorge Alberto Aristegui Navarro, con DNI N°06245210	: Miembro
Ing. Miguel Eduardo Carranza Haro, con DNI N°32804543	: Supervisor

Habiéndose declarado con Resolución Jefatural N°254-2016-FONDEPES/J, del 11/07/2016, la NULIDAD DE OFICIO de la recepción de la Obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, provincia de Viru, región La Libertad – Saldo de Obra" contenida en la respectiva Acta de Recepción levantada entre el 26 y 27 de enero de 2016 así como los Actos realizados con posterioridad de la misma; por lo que en cumplimiento a la precitada Resolución Jefatural N°254-2016-FONDEPES/J, el Comité designado realiza el presente acto de verificación de culminación de obra para la recepción de la misma, según lo establecido en el articulo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo que, se determina que la obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín. provincia de Virú, región La Libertad – Saldo de Obra" no se encuentra lista para ser recepcionada, por no haber sido concluido.

Se deja constancia que la presente Acta no constituye el inicio de la recepción de obra por cuanto esta no se encuentra aún concluida.

El Supervisor, como miembro de Comité haciendo uso de la palabra; pidió dejar constancia textual en la presente Acta, de lo siguiente:

> *"La supervisión indica que se ejecutó la defensa en atención al Plano AM-01 y efectivamente no se ajusta a las especificaciones respecto a los elementos metálicos. Teniendo en cuanta que cada eje de pilote está ubicado cada 5.00 m, lógicamente que estaría acorde al Plano último en atención (Eje 73 – 0+376.70, 295.00 de puente y 36.00 de cabezo); detallado también según expediente técnico y esto conlleva a deductivo de obra que presentó la Supervisión como Liquidación corregida".*

Habiéndose concluido con el presente Acto; suscriben en 05 originales los abajo firmantes, la presente acta de 02 folios en señal de conformidad a las 13:00 horas del día miércoles 31 de agosto de 2016.

7.26 Este Tribunal puede verificar, sin entrar al fondo de la validez o no de dicho documento, es que este fue emitido por los mismos miembros del Comité de Recepción y el Supervisor, que habían participado en la emisión del Acta de Recepción de obra.

7.27 Este aspecto es relevante para este Tribunal, considerando lo que resuelve en este proceso, pues se aprecia, desde una revisión superficial, que la discusión que se lleva en el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE contrapone actas emitidas por los mismos miembros, y que existen dos posiciones marcadas: i) Que el Acta de Recepción del 27 de enero de 2016 es nula, ii) Que la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J es nula.

7.28 Los dos documentos contractuales previamente emitidos no pueden ser valorados por este Tribunal, pues impacta en el proceso que se sigue ante el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE, Asimismo, tanto el Acta de Recepción del 27 de enero de 2016 como la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J, son actos contractuales, siendo que el segundo ha dejado sin efecto el primero. En este caso, el Tribunal tiene presente que todo acto contractual ejecutado se presupone válido hasta que un órgano jurisdiccional declare que no lo es.

7.29 Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal precisa que quien determinará la validez de la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J o el Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de 2016 será el Tribunal Arbitral del expediente N° S-211-2016-OSCE.

7.30 Por otro lado, respecto de la liquidación del contrato, este Tribunal observa que existe una discusión referida en otro proceso, que está asociada con el ajuste de cuentas que se ha realizado en este proceso. Esto resulta relevante, pues, todos los aspectos asociados al pago de las partidas contractuales se encuentran en controversia, al solicitarse la restitución de pago de las partidas.

7.31 Ante ello, el límite competencial que deja establecido este Tribunal es que, al momento de analizar la presente controversia, no podrá asumir como válida ni el Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de 2016 ni el Acta de Verificación de Culminación de Obra emitida el 31 de agosto de 2016, por lo que corresponderá que efectúe su análisis sin afectar la competencia de otro proceso.

7.32 Asimismo, también se tendrá como límite, referido a la indemnización de daños y perjuicios, cualquier monto que FONDEPES reclame y se pueda derivar de las partidas, pues, en estos momentos, no se puede cuestionar una indemnización por dichos montos, si existe una controversia sobre **la liquidación que será materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral del expediente N° S-211-2016-OSCE**.

Marco jurídico aplicable a la controversia

7.33 Para iniciar el análisis del caso en concreto, este Tribunal debe observar qué fue lo que se ha regulado en el CONTRATO, pues, a partir de dichos pactos, se podrán determinar las consecuencias jurídicas de cada caso en concreto.

7.34 Respecto del cumplimiento de las obligaciones, es claro que este CONTRATO fue uno de ejecución de obra, por lo que la finalidad era que el CONSORCIO entregue al FONDEPES la obra contratada.

> **CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO**
> El presente contrato tiene por objeto la **EJECUCION DE LA OBRA: CONSTRUCCION Y EQUIPAMIENTO DEL DESEMBARCAERO PESQUERO ARTESANAL PUERTO MORIN, PROVINCIA DE VIRU, REGION LA LIBERTAD - SALDO DE OBRA"**, conforme a los Términos de Referencia.

7.35 Es pertinente traer a colación que, conforme se regula en la Cláusula Cuarta, el Tribunal aprecia que las partes, respecto del pago de los aspectos de la obra, debían ejecutar una liquidación. Esto resulta relevante, pues, previo a que se discuta un tema de restitución por pago indebido, lo que el CONTRATO regula es la posibilidad de descontar los pagos en la liquidación.

> **CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO**[1]
> LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en periodos de valorización mensuales, conforme a lo previsto en la sección específica de las Bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de 30 DIAS días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.
> En caso de retraso en el pago de las valorizaciones, por razones imputables a LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para tal efecto, se formulará una valorización de intereses y el pago se efectuará en las valorizaciones siguientes.

7.36 Asimismo, el Tribunal aprecia que las partes pactaron un régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, lo que guarda consonancia con el sistema de responsabilidad civil que sigue nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones primero se analiza en los aspectos asociados a la liquidación del CONTRATO, pues, en dicho momento, FONDEPES puede obtener la restitución del pago de partidas no ejecutadas.

7.37 En este caso, la Cláusula Décimo Sexta precisó que, en caso exista incumplimiento de obligaciones, la otra parte deberá resarcir los daños y perjuicio que se generen.

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

7.38 La posición del Tribunal tiene especial relevancia cuando se interpreta que, conforme al último párrafo de la cláusula citada, la indemnización no exime el cumplimiento del resto de obligaciones, por lo que, previo a que se solicite una indemnización de daños y perjuicios, corresponde que se ejecute la liquidación de la obra.

7.39 El Tribunal tiene presente que el CONSORCIO tenía que cumplir con entregar una obra que esté acorde con los lineamientos constructivos que FONDEPES haya requerido, es decir, de acuerdo con lo señalado en el Expediente Técnico, pues, de lo contrario, no se le pagaría por ella.

7.40 En este caso, primero, FONDEPES debe reclamar la restitución de lo pagado por la vía de la liquidación y, de existir daños que se asocien a la falta de restitución económica de lo pagado o a las consecuencias del incumplimiento, podrá reclamar al CONSORCIO por los daños y perjuicios que genere.

7.41 A partir de los límites que se generan por la liquidación, el Tribunal tienepresente que el CONTRATO persigue como finalidad de la contratación, la correcta ejecución de la obra, por lo que resulta razonable que el estándar de valoración de una indemnización de daños y perjuicios sea por el incumplimiento de las prestaciones acordadas, siempre que no exista un conflicto con la liquidación de la obra en estos momentos. En caso la indemnización tenga un conflicto con la liquidación de la obra, corresponde que el reclamo indemnizatorio se inicie luego de culminado este procedimiento.

Reglas sobre cumplimiento de obligaciones

7.42 Explicado lo anterior, este Tribunal tiene presente que el requisito que se debe cumplir para el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios es que se haya incumplido alguna obligación. Siendo ello así, corresponde que el Tribunal determine la carga de la prueba relacionada sobre el cumplimiento de prestaciones, pues, sobre esa base, se construirá la teoría de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones de este caso.

7.43 La principal regla sobre la carga de la prueba en materia de cumplimiento de prestaciones es la que se encuentra regulada en el artículo 1229° del Código Civil, al referirnos a la regla general de la prueba del pago. El artículo 1229 del Código Civil indica expresamente lo siguiente:

«La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

7.44 Esta regla es importante para el caso en concreto, pues la prueba del pago (cumplimiento de prestaciones) es del deudor. En un caso como el que nos ocupa, la carga de la prueba del CONSORCIO es demostrar que cumplió con ejecutar la obra de manera adecuada y la carga de la prueba de FONDEPES sería, en caso corresponda, demostrar que pagó la contraprestación.

7.45 Lo antes expuesto resulta de especial relevancia para este caso, pues como sostiene Bianca y Rinaldi[1], el incumplimiento no requiere ser probado, pues, con la existencia de un derecho de crédito, materializado con el CONTRATO, importa un derecho en el acreedor sobre la existencia de una obligación exigible. Frente a ello, la existencia de un contrato presupone que existe una obligación que debe ser cumplida por la parte contraria, el CONSORCIO, debiendo esta parte demostrar que cumplió con su prestación.

7.46 Para este Tribunal es claro que la carga de prueba del cumplimiento, como hecho extintivo de algún reclamo por su incumplimiento es de cargo del CONSORCIO, pues FONDEPES solo debe acreditar que existe una obligación del primero para cumplir con ello.

7.47 En el Perú, Osterling[2] sostiene que el acreedor, con demostrar la existencia de una obligación, generará que el deudor deba demostrar que ha cumplido con la misma. En el sistema jurídico peruano, no se exige que el acreedor, FONDEPES, deba demostrar incumplimientos, sino que el CONSORCIO debe demostrar que ha cumplido.

7.48 En conclusión, el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado. Esto significa entonces que al deudor se le considera incumplidor hasta que este no pruebe el cumplimiento.

7.49 En este caso, la regla del artículo 1229° del Código Civil es la que permite al Tribunal, incluso sin tomar en cuenta el Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de 2016, el Acta de Verificación de Culminación de Obra, emitida el 31 de agosto de 2016 y la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J, una decisión sobre esta controversia, pues, al pretenderse un reclamo por

[1] BIANCA, Massimo. Diritto civile. Tomo 4. Milano: Giuffrè, 1993, pág. 319. Sobre la «presunción de persistencia» del derecho pretendido por el acreedor ver RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». En: Inadempimento delle obbligazioni. A cura di Luigi Viola. Padova: CEDAM, 2010, pág. 86.

[2] OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En: Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Tomo I. Director: Carlos Soto Coaguila. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pág. 398. Respecto a las obligaciones negativas existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia italiana que incumbe al acreedor la prueba del incumplimiento (CABELLA PISU, Luciana. «Inadempimento e mora del debitore». En: Diritto civile. Volume III, Obbligazioini, Tomo I, Il Rapporto obbligatorio. Milano: Giuffrè, 2009, pág. 653).

incumplimiento de obligaciones, la base del análisis de responsabilidad civil se genera por esta situación.

7.50 Es importante indicar lo anterior, pues las actas emitidas no son la única forma de demostrar el cumplimiento de las obligaciones del CONSORCIO, pues, en los dichos de esa parte, su obligación ya se había ejecutado. El CONSORCIO no debe demostrar en este proceso si los actos que ha ejecutado el FONDEPES son válidos o no, sino, únicamente, si cumplió con sus obligaciones. Para demostrar este punto, las actas no son la única prueba que puede acreditar ello.

7.51 Por todo lo expuesto, corresponde evaluar si el CONSORCIO ha acreditado que cumplió con la obligación que tenía a su cargo en mérito al CONTRATO, para exonerarlo de cualquier reclamo por indemnización de daños y perjuicios.

<u>Reglas sobre indemnización de daños y perjuicios</u>

7.52 Establecido que existe un régimen indemnizatorio por incumplimiento de obligaciones y que la carga de la prueba de los incumplimientos se encuentra de cargo del CONSORCIO, corresponde determinar si se debe ordenar el pago de una indemnización a favor de FONDEPES, en tanto existirían incumplimientos durante la ejecución del CONTRATO.

7.53 La indemnización es la consecuencia del análisis de responsabilidad civil a partir de sus elementos. Podemos definir a esta como el "*conjunto de consecuencias jurídico patrimoniales a las que queda expuesto el titular de una situación jurídica de desventaja*" [3].

7.54 La responsabilidad civil busca proteger a las personas que son titulares de situaciones jurídicas de desventaja porque pueden ver afectado el interés que poseen sobre la relación que han tenido[4]. En este caso, la finalidad del reclamo de FONDEPES sería verse restituida de los daños que le habría generado el incumplimiento del CONSORCIO; no obstante, **esto no es una acción directa, sino que corresponde que cada parte acredite los daños en los que ha incurrido y que, en estos momentos, no se encuentren en debate en la liquidación del CONTRATO.**

7.55 Así, es importante delimitar que "*el fin de las normas de* responsabilidad *civil es hacer responsable al sujeto dañador, quien, en ejercicio de su actividad, termina afectando la esfera patrimonial de otra persona*."[5] En otras palabras, el Tribunal Arbitral analizará si existe algún daño que merezca ser resarcido a FONDEPES,

[3] FERNANDEZ CRUZ, Mario Gastón. "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil Law)" En: Leysser León. Estudios sobre la responsabilidad Civil. Lima: ARA. 2001.
[4] FORNO FLOREZ, Hugo "Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación" En: Advocatus. N° 10. 2004. Pág. 175.
[5] PONZANELLI. "Las funciones de la responsabilidad civil en la experiencia norteamericana" En: La Responsabilitá Civile. Profili di diritto comparato. Bologna, Italia. Socieà Editricell Mulino 1992 Traducción de Leysser León. Pág. 26.

pues, en el régimen de obligaciones del Código Civil, **el solo incumplimiento no genera una indemnización, sino que los daños deben ser probados**.

7.56 Adicionalmente, el régimen de la responsabilidad civil peruano no habilita una sanción por incumplimientos, sino el resarcimiento a la parte afectada. En este caso, si FONDEPES debe demostrar que los reclamos que presenta no afectan a la liquidación de la obra, pues, de ser así, habría un doble pago o reclamo. Por ello, el Tribunal estima que, cualquier aspecto que derive del pago por ejecución de partidas, se reclama una vez resuelta la controversia sobre la liquidación.

7.57 La responsabilidad civil permite establecer un procedimiento en el que la perdida que ostenta una persona en su patrimonio debe quedar en ella por las acciones que realizo para que llegue a suceder, no obstante, existen supuestos en los que **una acción dañosa puede no generar una consecuencia en el patrimonio de la contraria y, por tanto, no existir el elemento del daño en el juicio de responsabilidad**. Para el caso en concreto, esto se puede presentar en los supuesto en los que exista una discusión sobre la liquidación del CONTRATO, pues en dicha vía se solicita la restitución de prestaciones.

7.58 Esto no es un aspecto menor, pues lo daños, en lo que refieren a su consecuencia material, se sustentan en hechos concretos y no en estimaciones de parte del juzgador. En ese orden, se debe tener presente que no todo acto ilícito, como es el caso de un incumplimiento contractual, genera daños y, en todo caso, si se ha realizado un ajuste de cuentas, no se debe otorgar algún monto mayor.

7.59 La responsabilidad civil busca restablecer las situaciones al momento anterior al daño ocurrido por lo que, **si no existe un daño que se pueda apreciar, no corresponde una indemnización**.

7.60 La responsabilidad civil es una forma de tutela que da el ordenamiento jurídico. Dentro de nuestra normativa vigente y las interpretaciones que se han realizado a nivel de la doctrina, debemos ser enfáticos en que la tutela resarcitoria **no es una que busque sancionar al que comete una acción contraria a derecho, puesto que la responsabilidad civil no tiene una función punitiva y de sanción, sino que hay una finalidad resarcitoria.**

7.61 La tutela resarcitoria es una forma de tutela exclusiva y excluyente, siendo su ámbito de aplicación el daño injustamente sufrido. Esta cumple un fin dentro del ordenamiento y goza de remedios jurídicos especiales a diferencia de la tutela resolutoria o la tutela contra el incumplimiento.

7.62 Sobre la base de lo expuesto, debemos identificar el fin que busca la responsabilidad civil en su conjunto para que pueda ser analizado el caso en concreto. El Tribunal Arbitral se centrará en definir si lo que sucedió puede verse desde la responsabilidad civil, para resarcir los daños que alega FONDEPES y no

afecta los aspectos asociados a la liquidación del CONTRATO. En este caso, FONDEPES alega que debería indemnizársele por lo siguiente:

7.62.1 Valorizaciones no ejecutadas, en el componente de equipamiento.

7.62.2 Incumplimiento en las instalaciones Electrónicas

7.62.3 Incumplimiento en las instalaciones sanitarias.

7.62.4 Incumplimiento en los sistemas de agua salada, desagüe doméstico e industrial.

7.62.5 Incumplimiento en las Obras Civiles.

7.63 FONDEPES afirma que el total del monto indemnizatorio alcanzaría al suma de S/. 3'616,200.25 (Tres millones seiscientos dieciséis mil doscientos con 25/100 Soles), incluido IGV, generado por la deficiente construcción de obra por el CONSORCIO.

7.64 En el caso concreto, analizaremos la existencia de los elementos que nos permitan llegar a concluir la existencia de responsabilidad civil, en cada uno de ellos. El Tribunal Arbitral debe determinar si se han configurado los elementos de la responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones, imputada al CONSORCIO, en los términos pactados en el CONTRATO y que no afecten la competencia del Tribunal Arbitral que observa la liquidación del CONTRATO.

7.65 Como se sabe, los elementos de la responsabilidad civil, "tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extra-contractual o aquiliana son:

i. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
ii. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
iii. El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
iv. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
v. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado"[6].

[6] ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, 6ª ed., Lima: Rodhas, 2011, p. 85.

7.66 Con relación al elemento imputabilidad, no es necesario ahondar, ya que el CONSORCIO cuenta con capacidad de hacerse responsable por los daños que ocasiona[7].

<u>La ilicitud o antijuridicidad: el incumplimiento de las obligaciones</u>

7.67 "El incumplimiento imputable queda comprendido dentro de la categoría de los hechos ilícitos"[8], la ilicitud o antijuridicidad en la responsabilidad por incumplimiento contractual, está configurada por la falta de justificación del incumplimiento[9].

7.68 Ahora bien, respecto al cumplimiento de las obligaciones, conforme ha venido exponiendo este Tribunal y aplicando la carga de la prueba del artículo 1229° del Código Civil, corresponde que el CONSORCIO acredite que cumplió con las prestaciones que reclama FONDEPES.

7.69 Es pertinente indicar que el único argumento que ha presentado el CONSORCIO es que su obligación se encontraría cumplida por lo indicado en el Acta de Recepción del 27 de enero de 2016; sin embargo, ello no es así. Como ha indicado el Tribunal, dicha acta se encuentra cuestionada, no pudiendo generar efectos en este caso. Ante ello, dicho documento no puede ser el que acredite el cumplimiento de obligaciones, siendo que, incluso, dicho documento ha sido dejado sin efecto y refutado por el mismo Comité que lo emitió.

7.70 El Tribunal considera que el CONSORCIO debía acreditar que la obra se encontraba culminada, en los términos que fueron contratados, pues la emisión de la recepción no es un acto constitutivo de un derecho, sino que declara la situación de hecho encontrada.

7.71 Para este Tribunal, el Acta del 27 de enero de 2016 no resulta relevante, pues el CONSORCIO tiene que acreditar que se cumplió su obligación, siendo que la sola emisión del acta no genera esa situación, pues, al no haber culminado el CONTRATO y conforme a las reglas sobre las obligaciones, un acreedor, FONDEPES, no puede encontrarse obligado a aceptar una prestación defectuosa. Para refutar esta posición, el CONSORCIO tenía que demostrar que la obra estuvo culminada al 27 de enero de 2016.

7.72 Este Tribunal es enfático en resaltar que no puede otorgarle validez o no a dicha acta, en atención a que existe una Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J

[7] Tal como aclara ESPINOZA ESPINOZA, Óp. cit., p. 91: "La imputabilidad no solo es referible a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas. Ambas responderían objetivamente por los actos de los titulares de sus órganos, de sus representantes o dependientes. El parámetro de imputabilidad de estos sujetos de derecho, por razones obvias, no se da en función del discernimiento: en tanto sujetos de derecho, tienen capacidad de goce y de ejercicio y dentro de esta última está comprendida su capacidad para ser responsable por los daños que causen a través de los titulares de sus órganos, sus representantes o sus dependientes".
[8] BIANCA, Cesare Massimo, Diritto Civile. V: La responsabilità, Milán: Giuffrè, 1994, p. 2.
[9] ESPINOZA ESPINOZA, Óp. cit., p. 94 ss.

que la habría dejado sin efecto. En este caso, lo que hace el Tribunal es omitir tanto los documentos que señalaron que no existía cumplimiento como los que sí, **pues son competencia de otro Tribunal**, para analizar si, sobre las pruebas que le han presentado, determinar si existe un incumplimiento de obligaciones.

7.73 Aquí lo que se imputa es un incumplimiento de obligaciones, lo que se contradice demostrando que, efectivamente, la obra la culminó el CONSORCIO. Para demostrar esa posición, el CONSORCIO podía presentar diversos documentos que acrediten su posición; sin embargo, no existe mayor documentación de dicha parte, siendo que, incluso, que la prueba pericial ofrecida por el CONSORCIO no fue presentada, no obstante que este Tribunal le otorgo un plazo adicional, mediante Resolución 13.

7.74 El CONSORCIO tenía que demostrar lo siguiente:

7.74.1 Que se ejecutó de manera adecuada el componente de equipamiento.

7.74.2 Cumplió con las instalaciones Electrónicas.

7.74.3 Cumplió con las instalaciones sanitarias.

7.74.4 Cumplió con los sistemas de agua salada, desagüe doméstico e industrial.

7.74.5 Cumplió con las Obras Civiles.

7.75 Adicionalmente, los incumplimientos del CONSORCIO no solo son una imputación genérica del FONDEPES, sino que estos pueden ser observados en el Informe N° 072--2016-FONDEPES/DIGENIPAAMOEM/psardon, el cual indicaba lo siguiente:

III. CONCLUSIONES

3.1 Ni bien se tomó conocimiento respecto a las deficiencias técnicas en la ejecución de la obra del DPA Puerto Morín, se actuó de manera inmediata, realizándose las evaluaciones pertinentes, en mérito a las cuales, se tomaron las correctivas necesarias, entre otras, las visitas de inspección de campo hasta en dos oportunidades, realizándose el emplazamiento al contratista a cargo de la ejecución de la obra y la supervisión notificados mediante cartas N°210 y 211- 2016-FONDEPES/DIGENIPAA, ambos de fecha 28 de abril del 2016, quienes procedieron a la subsanación de las observaciones notificadas.

3.2 Con respecto a la solicitud de información del Congresista de la Republica Elías Rodríguez Zavaleta, sobre la falta de agua y luz, se viene tramitando el suministro de energía eléctrica a la empresa Hidrandina, en cuanto a el agua se informa que la zona no cuenta con red pública de agua sin embargo, el DPA Puerto Morín tienen implementado un tanque cistema para el almacenamiento de agua potable y salada con una capacidad útil de 65 m3 y un tanque elevado con un volumen de capacidad útil de 10 m3, tanto para agua potable como salada.

3.3 Con respecto a la solicitud del Congresista de la Republica Richard Acuña Núñez, sobre el presunto Colapso del Desembarcadero Pesquero Artesanal "Puerto Morín", se debe informar que el muelle no se encuentra colapsado, solo se trató de un desprendimiento de puntos de sujeción del sistema de defensa del muelle y que no interrumpió su operatividad.

3.4 Con respecto al memorándum del Jefe del FONDEPES, Dr. Sergio Gonzales Guerrero que solicita se realice una evaluación sobre presuntas fallas en la infraestructura del DPA Puerto Morín y las medidas correctivas necesarias, se señala que la infraestructura del muelle no ha sufrido colapso como se indica lineas arriba de este informe, sino que se produjo el desprendimiento de un tramo del sistema de defensa que soporta las llantas que sirven para amortiguar el golpe de las embarcaciones que acoderan para desembarque y que se tomó las medidas correctivas notificando al supervisión y contratista y este último realizo la subsanación de las observaciones realizadas.

> 3.5 Cabe señalar que el muelle está constituido por pilotes de concreto armado, vigas de concreto armado y lozas de concreto que conforman toda la infraestructura; sin embargo, para que las embarcaciones puedan acoderar sin dificultad, se implementa un sistema de defensa que sirve de amortiguamiento para el desembarque y que no constituye en sí parte del sistema estructural del muelle. Esta defensa es fabricada de material de fierro, adosada a la infraestructura del muelle con puntos de soldadura, de lo que se infiere que el desprendimiento de los puntos de sujeción no constituye un colapso del muelle como se señala en los medios de comunicación.
>
> 3.6 Del informe de Defensa Civil el Gobierno regional de la Libertad se desprende que no existe colapso de la infraestructura, sino observaciones de carácter técnico en cuanto a seguridad para la operación del DPA.
>
> 3.7 Se colige que el sistema de defensa no se ejecutó de acuerdo al expediente técnico en cuanto a especificaciones técnicas, presupuesto y metrados, verificándose que se ha ejecutado con un diseño distinto al consignado en el expediente técnico y las metas proyectadas no han sido ejecutadas en su totalidad, no obstante el supervisor no ha advertido dicho hecho, informando a la Entidad que la obra se concluyó al 100%, solicitando la conformación del Comité de Recepción de Obra. Dicho colegiado dentro de sus funciones realizó el acto de recepción de la obra sin advertir que no se había culminado con la ejecución de la misma conforme a lo expuesto en el presente informe.

7.76 Dicha situación también fue indicada en la Nota N° 317-2016-FONDEPES/DIGENI/PAA del 24 de mayo de 2016, al momento de señalar que había incumplimiento en la ejecución de prestaciones.

> Previo cordial saludo, me dirijo a ustedes en relación al asunto y al documento de la referencia a través del cual el Coordinador del Área de Obras, Equipamiento y Mantenimiento ha advertido que el sistema de defensa del Muelle del DPA Puerto Morín no se ha ejecutado de acuerdo al expediente técnico en cuanto a especificaciones técnicas, presupuesto y metrados, verificándose que las metas proyectadas no han sido ejecutadas en su totalidad.
>
> Al respecto, con fecha 26.01.2016 el Comité de Recepción de Obra que usted preside, suscribió el Acta de Recepción de la obra, sin advertir que no se había culminado con la ejecución de la misma conforme a lo que se ha determinado en el Informe N° - 2016-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/psardon, por lo que se les requiere que en un plazo de tres (3) días hábiles presente los descargos pertinentes.

7.77 En similar sentido, la Nota N° 333-2016-FONDEPES/DIGENI/PAA del 27 de mayo de 2016 precisó que no se había ejecutado de manera adecuada la defensa del muelle, entre otros aspectos.

Previo cordial saludo, me dirijo a usted en atención al asunto y documento de la referencia, a través del cual su despacho solicita a esta Dirección efectúe la evaluación correspondiente y se tome las medidas correctivas necesarias sobre las presuntas fallas en la infraestructura del DPA Puerto Morín, que fueran informadas en los diarios La República el 23.04.2016 y La Industria el 29.04.2016.

Al respecto, en base a la visita de inspección de campo del 11 de mayo de 2016 llevada a cabo por el suscrito y el Coordinador del Área de Obras Ing Paul Sardon Morveli, se ha realizado el Informe N° 072-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/psardon (Anexo b), el cual concluye, entre otros, que el sistema de defensa del muelle no se ejecutó de acuerdo al expediente técnico en cuanto a especificaciones técnicas, presupuesto y metrados, verificándose que se ha ejecutado con un diseño distinto al consignado en el expediente técnico y las metas proyectadas no han sido ejecutadas en su totalidad, no obstante el supervisor no advirtió dicho hecho, informando a la Entidad que la obra se concluyó al 100%, solicitando la conformación del Comité de Recepción de Obra; asimismo, el Comité de Recepción dentro de sus funciones realizó el acto de recepción de la obra sin advertir que no se había culminado con su ejecución, motivo por el cual se recomienda requerir al Comité de Recepción de Obra informe sobre las partidas que no han sido ejecutadas por el contratista respecto al sistema de defensa.

En consideración a lo señalado en el citado informe, mediante la Nota N° 317 – 2016-FONDEPES/DIGENIPAA se *requiere al Comité de Recepción de la Obra que en un plazo de tres (3) días hábiles presente sus descargos pertinentes.*

7.78 Por su parte, los cuestionamientos a los actos del CONSORCIO también se observan en el Informe N° 012-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC, en el que se imputó que no habría un levantamiento de observaciones, conforme a lo siguiente:

3.3. En consideración a la revisión del levantamiento de las observaciones de la Liquidación de la Obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Viru, Región La Libertad - Saldo de Obra", se menciona que existen observaciones las cuales no han sido levantadas, como se aprecia en el cuadro siguiente:

OBSERVACION	ABSOLUCION		DESCRIPCION
	SI	NO	
Constancia de No Adeudos		X	No se ha presentado
Sustento de metrados realmente ejecutados en Obra		X	No se ha presentado - asimismo Las planillas de metrados deberán estar bien definidas, debiendo estas contar con gráficos, detalles de lámina a la que se refiere cada grafico y/o áreas consideradas en las planillas, diagramas y todo aquellos que permita identificar fácilmente cada cantidad cuantificada para cada partida
Controles de Calidad		X	Absuelto parcialmente - No se ha presentado la memoria descriptiva del control de calidad realizado en obra
Valorizaciónes de Obra Recalculadas		X	Absuelto parcialmente - En las valorizaciones de Octubre 2015 (Valorización N°11) y Noviembre 2015 (valorización N° 12), se valoriza al 100% las partidas del título 07.04.09 OBRAS COMPLEMENTARIAS EN PUENTES Y CABEZO (07.04.09.04, 07.04.09.05, 07.04.09.06, 07.04.09.06, 07.04.09.07, 07.04.09.08 y 07.04.09.09), por lo que estas partidas no deben de valorizarse en base a los ítems 3.3 y 3.4 del analisis del presente informe
Planos de Replanteo		X	Absuelto parcialmente - No se ha presentado la relación de planos de replanteo que se adjuntan en el levantamiento de observaciones de la liquidación, Los planos de replanteos presentados difieren en denominación y código de lámina referente al expediente contractual, No se ha presentado el plano de Replanteo del sistema Defensa del Cabezo de Muelle , En el Plano de Arquitectura Puente y Cabezo RAM-01(Plano de replanteo), solo se visualiza la estructura en planta sin mayor detalle ni identificación, la cual difiere del pleno del expediente contractual denominado Defensa de Cabezo EM-08.

IV. CONCLUSIONES

4.1. Las observaciones remitidas al CONSORCIO MORIN no han sido absueltas en su totalidad conforme de detalla en el punto 3.3 de Item III del presente análisis.

4.2. La empresa CONSORCIO MORIN, persiste en valorizar trabajos incompletos ejecutados sin autorización, cantidad y calidad especificada en el Expediente Técnico.

- Fabricación de Pilotes Metálicos H, Parantes de Defensa (07.04.09.04)
- Fabricación de Vigas Metálicas (Largueros de Defensa) (07.04.09.05)

- Suministro y Coloc. de Blocks de Jebe Hueco de 6"X6" en Viga (07.04.09.06)
- Hincado de Parantes Metálicos Sección H 8"X8"X6mm, Incl. Transp (07.04.09.07)
- Montaje Vigas H (6"X6"), Long. C/Parantes, Incl. Transp. (07.04.09.08)
- Suministro y Colocación De Defensas Tipo D (07.04.09.09)

4.3. La Supervisión de Obra comunica que no deben valorizarse partidas del título 07.04.09 OBRAS COMPLEMENTARIAS EN PUENTES Y CABEZO (07.04.09.04, 07.04.09.05, 07.04.09.06, 07.04.09.06, 07.04.09.07, 07.04.09.08 y 07.04.09.09), por razones de NO ajustarse a las partidas del Expediente Contractual.

7.79 Asimismo, en el Informe N° 02-2016-FONDEPES/DIGENI/PAA/AOEM/Comité de Recepción de Obra del 27 de mayo de 2016, se indicó que había incumplimiento sobre el sistemas de defensa y plataforma baja, indicando que no había un correlato con el Expediente Técnico.

II. ANÁLISIS:

2.1 El comité de recepción habiéndose constituido en la obra el día jueves 17 de diciembre a las 8:30am realizó un recorrido de la obra con la finalidad de verificar el cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas del Expediente Técnico del Proyecto "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, provincia de Viru, región La Libertad".

2.2 Es importante mencionar que en el Plano AM-01 (Arquitectura Puente de Acceso y Cabezo) de replanteo alcanzado por el Coordinador de la obra y suscrito por el Supervisor, figura solamente la disposición del sistema de defensas, a lo largo de la plataforma baja y no del otro lado del cabezo; asimismo, en ninguna parte de los planos se muestra el detalle de cómo deben estar construidas las defensas.

7.80 Por su parte, el Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENI/PAA del 26 de mayo de 2016, indicó que la obra presentada aspecto que no habían sido ejecutados, por lo que resulta razonable que se tenga por incumplida la misma.

IV. CONCLUSIONES

4.1. No se han presentado los Planos Post Construccion y/o As Built, con lo cual no se puede evaluar y contrastar lo ejecutado en obra versus lo aprobado en el Expediente Técnico.

4.2. No se han presentado los metrados realmente ejecutados en Obra, con lo cual no se puede determinar las cantidades reales de ejecución de cada partida y obtener el Monto total de la ejecución de Obra

4.3. De acuerdo a la revisión y evaluación realizada a la Liquidación de Obra, esta se encuentra incompleta, existiendo observaciones de metodología y observaciones técnicas las cuales deben ser absueltas por el CONSORCIO MORIN, a fin de cuantificar y determinar lo realmente ejecutado en Obra.

4.4. Habiéndose revisado el contenido de la documentación presentada por el consultor referente a las observaciones de la Liquidación de la Obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Viru, Región La Libertad - Saldo de Obra", el Área de Obras, Equipamiento y Mantenimiento hace suyo dicho documento para los tramites respectivos

7.81 La fundamentación de los incumplimientos también se puede observar en la revisión y evaluación de la liquidación de obra del 17 de mayo de 2016, pues FONDEPES identificó las partidas y aspectos que fueron incumplidos por el CONSORCIO y generaron su valoración y pago.

CONCLUSIONES

- La Liquidación de Obra esta incompleta debiéndose adjunta lo faltante en cada Item y adecuarse al Contenido Minimo de una Liquidacion de Obra por Contrata, establecido en el presente documento.
- Al no haberse presentado los planos As Built y/o Post Construccion y las planillas de metrados ejecutados, no se puede realizar una cuantificación de lo realmente ejecutado en Obra.
- No se han adjuntado las valorizaciones reajustadas del contrato principal y adicionales y al ser estas pagos a cuenta deberán recalcualse y reflejar el monto final de ejecución de obra, con los metrados realmente ejecutado.
- La memoria descriptiva valorizada debe estar bien detallada con la cantidad cuantificada de los trabajos realizados en Obra.
- Los Post Construccion y/o As Built, deben estar firmados por cada uno de los profesionales segun su especialidad, los mismo que deberan reflejar gráficamente cada estructura construida conforme a Obra.

7.82 Asimismo, el Tribunal tiene presente el Informe N° 332-2016-FONDEPES/OGAJ del 26 de mayo de 2016 en el que se observó la obra.

> 4.1. Observar, mediante Resolución de Secretaría General, el expediente de liquidación de la obra *"Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, provincia de Virú, región La Libertad – Saldo de Obra"* presentada por el Consorcio Morín, conforme al Informe N° 004-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC y sus anexos, los que deberán formar parte integrante de la referida Resolución.
>
> 4.2. Notificar Resolución de Secretaría General al Consorcio Morín, remitiéndose copias a la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola, a la Oficina General de Administración, a la Secretaría General y a la Oficina General de Asesoría Jurídica, para los fines pertinentes.

7.83 Por su parte, este Tribunal tiene presente que el CONSORCIO presentó la Carta N° 051-2015-CONSORCIO MORIN del 3 de junio de 2016; levantando observaciones, el cual será materia de análisis de Tribunal competente.

> Por medio de la presente, reciban mi cordial saludo y, al mismo tiempo hago llegar el levantamiento de observaciones de la liquidación de obra: "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Viru, región la Libertad- saldo de obra" ; de acuerdo a lo que observan en la carta de la referencia.

7.84 Por otro lado, el Tribunal tiene presente que, con el Memorando N° 623-2016-FONDEPES/OGA del 15 de abril de 2016, se hace referencia a que hubo afectación a quienes utilizarían la infraestructura.

> **Por medio del presente me dirijo a usted respecto a lo informado por el personal de Patrimonio durante la comisión de servicios efectuada el 16.03.2016 en la localidad de Puerto Morín, que tuvo como finalidad efectuar el levantamiento de inventario físico y suscripción de Acta Provisional de Entrega y Recepción de bienes del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín en virtud al Convenio para la Gestión de la Administración de la Infraestructura Pesquera Artesanal.**
>
> **El inventario físico contó con la participación activa de los miembros de la Organización Social de Pescadores Artesanales (OSPA) "Asociación de Pequeños Armadores y Acuicultores de Puerto Morín, señor José L. Vela Cruz, en su calidad de Presidente y, siendo que durante el desarrollo del inventario físico el señor Fernando Rodriguez Chimbor, miembro de la citada organización, observó una fisura en la pared de la oficina del pabellón administrativo, luego hicieron lo mismo los otros miembros de la Ospa sobre las paredes, así como la losa de cemento del pabellón administrativo del Desembarcadero.**
>
> **Cabe señalar que las observaciones no han sido advertidas en el Acta de Entrega y Recepción, por corresponder a un informe técnico de los encargados de la obra, sin embargo, se hace conocimiento para las acciones correspondientes.**

7.85 El Tribunal tiene presente que, en las visitas de campo, se observaron incumplimientos en la obra, por lo que, con el Informe N° 011-2016-FONDEPES/DIGENII/PAA/CJGO del 25 de abril de 2016, se han observado diversos incumplimientos.

De la visita de campo:

1. En la sub estación eléctrica:
   a. Los tableros general T-GA y T-TA se encontraban cables sin protección eléctricas con cobre desnudo, a la fecha se encuentra inoperativo.
   b. El sistema de bombeo para agua salada y agua potable no se encontraba operativo.
2. En los servicios higiénicos:
   a. Se encontraron fisuras en el muro que da hacia el patio debajo de la ventana, cabe señalar que en este punto no se aprecia junta de dilatación.
3. En la vereda exterior:
   a. En el exterior de los ambientes de maestranza, servicios higiénicos y sub estación eléctrica la vereda presenta una fisura de aproximadamente 30 m de largo.
4. En buzones de concreto del sistema eléctrico:
   a. El sistema eléctrico que va al muelle la tapa de los buzones están destruidos por acción del transitar de las carretas, cabe resalta que la tapa de estos buzones según el Exp. Tec. Debe de ser reforzada cosa que no se evidencia en campo.

5. En el muelle:
   a. Los anclajes de las defensas del muelle (cabezo), se encuentran desoldados y sin protección anticorrosiva (según las especificaciones técnicas indican una capa de 8 mills de base y dos capas de pintura epoxica de 4 mills cada una), además el acero utilizado para los largueros presenta rajaduras como se aprecia en el panel fotográfico adjunto, además en las especificaciones técnicas se indica usar perfiles H de 8 mm de espesor.
   b. La baranda metálica no empalma con el cerco perimétrico.
   c. La tubería de succión del sistema de agua salada solo cuenta con una sola tubería cuando deben de ser 2, solo se aprecia el empotramiento metálico de la segunda tubería.
   d. Los anclajes de los parantes metálicos para la cobertura no cuentan con pintura anticorrosiva.
   e. No se encuentran operativos los grifos del muelle de agua salada y agua dulce.
   f. La defensa del cabezo se encuentra dividida en 2 dejando un espacio de 3.4 m libre lo cual hace vulnerable a las embarcaciones a posibles accidentes, en el plano EM-08 del Exp. Tec. Toda la longitud del cabezo debe estar con defensas.
6. En el ingreso principal:
   a. En la garita de guardianía la venta de la garita no está instalada.
   b. La cerradura de la puerta principal no está alineada no pudiendo asegurarse.

7.86 Incluso, con la Carta N° 04-2016-SUPERVISION/SO/MECH-FM del 5 de mayo de 2016, el Supervisor ha indicado que existen detalles y observaciones que generan el incumplimiento de obligaciones.

Tengo a bien hacer llegar mis saludos y a su vez hacer de conocimiento después de haber visitado la obra, efectivamente se encontraron detales y observaciones que se detallan y a su vez se explican:

1. ***Sub Estación Eléctrica***

a. *Tableros T-GA y T-TA encontrados abiertos y desarmados:* ***hechos que han sido manipulados por el mismo personal de la Actual Administración del DPA Morín: donde textualmente el Sr. José Luis Vela Cruz indica que su personal intervino en los tableros con fines de generar energía.***

b. *Bombas de Agua Dulce y Salada no están operativas:* ***A esto se puede añadir que NO se cuenta con energía eléctrica y por lo tanto ningún equipo funciona.***

2. ***En los Servicios Higiénicos***

a. *Se encontró fisuras en el muro hacia el patio, debajo de la ventana:* ***ante esta evidencia se viene corrigiendo, notándose que es de pequeña proporción y esta superficialmente en el tarajeo.***

3. ***En la Vereda Exterior***

a. *Se encontró fisuras en veredas aproximadamente 30 m;* ***esta mejora se viene realizando con corrección al concreto todo el tramo donde se detalla la fisura.***

4. ***En Buzones de Concreto del Sistema Eléctrico***

a. *Las tapas de buzones están destruidos,* ***cabe señalar que para la Entrega y Recepción, visita posterior del presidente estuvo conforme; ahora destruidas las dos originadas por flujo vehicular de Cámaras Frigoríficas [illegible] hasta el cabezo; sin embargo, se construirán nuevamente.***

5. ***En el Muelle***

a. *Los anclajes de defensa del Muelle se encuentran desoldados y sin protección anticorrosiva, además de indicar que según expediente el uso es con vigas H:* ***Se puede decir que ante esta eventualidad y consultas fue originado por mala maniobra de una embarcación de 35 m cargada de anchoveta; sin embargo, se ha reforzado, restaurado todos los pilotes y largueros con su protección de llantas y cadenas para garantizar cualquier hecho.***
Es importante mencionar que se han ejecutado las defensas con tubos de de grado 40 de 8" como pilotes y 4" como largueros con 8 líneas de espesor, teniendo en cuenta una primera solicitud del residente en Cuaderno de Obra que solicita incluso que sus largueros sean de madera; ante estas consultas generan comunicación con el Coordinador Ing. Jacinto Perales Peceros y se determina que los largueros también deberían de ser metálicos; hechos que son avalados con los documentos que se adjuntan.

b. *La baranda metálica No empalma con el Cerco perimétrico,* ***trabajo que se realiza a la fecha para evitar ingresos de terceros.***

c. *Tuberías de Succión de Agua Salada;* ***Inicialmente constatadas las dos, en mi visita fue extraída por terceros; sin embargo, se volverá a reinstalar las dos tuberías de succión.***

d. *Los anclajes de parantes metálicos no tienen pintura anticorrosiva;* ***Inicialmente se verifica esta actividad, sin embargo se volverá a repintar.***

e. *No se encuentran operativos los grifos de muelle;* ***estos elementos han sido extraídos por el mismo personal del DPA Morín con fines que no acaben el agua salada que en su momento tenía el Tanque Elevado.***

f. *La defensa del cabezo se encuentra dividido en dos y existe tramo libre vulnerable para las embarcaciones;* ***para este caso sólo contempla defensa a lo largo de la plataforma, el hecho de generar defensa al nivel de cabezo significa que la embarcación debería ser de mayor envergadura, capacidad y/o magnitud, no llegaría el nivel de la embarcación al nivel de cabezo.***

6. **En el ingreso Principal**

a. *Falta de instalación de ventana en garita:* **hecho que ya esta superado con su instalación de sistema directo.**

b. *La cerradura de Puerta no está alineada;* **cuenta con un cerrojo que esta conforme y un sistema adicional de PIN que funciona con el uso de la llave; al parecer no saben manipularlo.**

Se deja constancia que en el interior del DPA Morín permanecen Cámaras Frigoríficas, personal ajeno pescando en Plataforma y el ingreso no es controlado.

Se puede manifestar que no existe una seguridad total en la infraestructura entregada a la Comisión de pescadores Artesanales.

No todas las responsabilidades recaen al Contratista y se recomienda realizar el funcionamiento de equipos instalados y/u obteniendo la energía eléctrica de Hidroandina SA.

7.87 Si bien el CONSORCIO alegó que había cumplido con su obligación, lo cierto es que esto solo ha sido alegado, pues existen diversos Informes, los cuales cuentan con imágenes, que acreditan que hubo un incumplimiento de obligaciones.

7.88 Ahora, un aspecto importante es que el daño que reclama FONDEPES tiene que ser un resultado de la acción del CONSORCIO, pues sería esta última el que habría ejecutado el incumplimiento. Sin embargo, es posible que el CONSORCIO, realizando una conducta antijurídica no genere daños en FONDEPES o que, habiéndolos generado, se estén discutiendo en un ajuste de cuentas, regulado bajo este CONTRATO como la liquidación de obra.

7.89 El análisis de la responsabilidad civil es siempre un análisis “ex post facto” y que constituye un análisis retrospectivo porque producido el daño se debe reconducir hacia atrás para encontrar, el hecho generador.

7.90 El elemento del hecho generador es aquel que se pueda seleccionar como evento material que ha causado el daño y seleccionarlo en virtud de la relación de causalidad. Es claro que, para el caso en concreto, este se ha materializado por el incumplimiento de las prestaciones del CONTRATO; sin embargo, en lo que referirá al análisis consecuencial del daño, este se materializa en los montos que reclama FONDEPES y que no hayan sido materia de la liquidación del contrato que se discute en otro proceso.

7.91 Si bien FONDEPES argumentó una actuación gravosa por parte del CONSORCIO, no ha probado – siendo a este a quien le corresponde hacerlo- la negligencia grave ni el dolo, por lo cual, sólo cabe imputar la culpa leve.

Factor de atribución

7.92 El factor de atribución se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil, el cual establece que «*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.»*

7.93 Es importante precisar que, conforme regula el Código Civil, para que se configure la responsabilidad contractual, solo basta con que el incumplimiento sea imputable a culpa leve. Esto se entiende una interpretación *a contrario sensu* del artículo 1314 del Código Civil:

> «*Art. 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*».

7.94 Asimismo, respondiendo a la hipótesis del CONSORCIO, FONDEPES no debe probar la culpa leve, en la medida en que existe una presunción contenida en el artículo 1329° del Código Civil.

> «*Art. 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor*».

7.95 Por último, para analizar el marco jurídico del reclamo de FONDEPES, debemos tener presente que la única eximente que el Código Civil establece para la exoneración de responsabilidad es la causa no imputable, según prescribe el artículo 1317° del Código Civil.

> «*Art. 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.»*

7.96 Debe entenderse por causa no imputable, el caso fortuito y la fuerza mayor, según lo previsto por el artículo 1315° del Código Civil:

> «*Art. 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*».

7.97 De manera que, habiendo quedado comprobado el incumplimiento del CONSORCIO a sus obligaciones de entrega de la obra conforme al Expediente Tëcnico, y existiendo la presunción contenida en el artículo 1329° del Código Civil, sin haber sido esta desvirtuada por el CONSORCIO con la demostración del

caso fortuito o fuerza mayor, se concluye que el CONSORCIO incumplió sus obligaciones por culpa imputable a ella misma

Nexo causal

7.98 El nexo causal supone es una relación entre el hecho ilícito y el daño, vale decir, una relación de causalidad material. Efectivamente, en la teoría de la responsabilidad civil: "Se debe distinguir la recostrucción material de la concatenación de los eventos que han producido el daño (causalidad material) de la reconstrucción jurídica de los hechos y de la imputación (causalidad jurídica)"[10].

7.99 Ahora bien, en el campo de la responsabilidad contractual, la relación de causalidad material buscará establecer la relación que existe entre el incumplimiento (hecho ilícito) y el daño. Para ello, siguiendo a una autorizada doctrina, en virtud de una interpretación sistémica de los artículos 1321 del Código Civil y 1985 del mismo cuerpo normativa, en el campo de la responsabilidad contractual se empleará la teoría de la causalidad adecuada[11].

7.100 Tal como se sostiene en doctrina, la teoría de la causalidad adecuada "entiende como causa de un evento, aquella conducta que, según un juicio *ex ante*, resulte adecuada para determinar el efecto sobre la base del *id quod prelumque accidit*. Así, en la causalidad adecuada, la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producido por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquel efectivamente verificado.

7.101 Hay causalidad adecuada, entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidad de que el daño ocurrirá. Para esta teoría no es causa cada condición del evento, sino solo **la condición que sea adecuada e, idónea para determinarlo**. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse"[12].

7.102 De esta manera, para identificar este elemento en nuestro caso, la pregunta que debemos hacernos para establecer el nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño, es: ¿de una valoración *ex ante*, el incumplimiento de las obligaciones es idóneo para causar el daño alegado por FONDEPES?

---

[10] ALPA, Guido, La responsabilità civil. Parte generale, Turín: UTET, 2010, p. 316.
[11] Efectivamente, en opinión de ESPINOZA ESPINOZA, Óp. cit., p. 210: "no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones".
[12] ESPINOZA ESPINOZA, Óp. cit., p. 209.

7.103 Tomando en consideración los datos de la experiencia, es regular, normal y común, que, al momento de entregar un bien, este cumpla con todos los requisitos del Expediente Técnico.

7.104 Ahora bien, el Tribunal ha validado la existencia de un incumplimiento, es decir, de la falta de cumplimiento de prestaciones; no obstante, esto en automático no genera un daño y menos que sea indemnizable. En este caso, como viene indicando el Tribunal, el daño tiene que ser corroborado con la competencia que tiene el Tribunal sobre este proceso, conociendo que existe otro en el que se discute la liquidación del contrato.

7.105 Por lo tanto, al haberse comprobado una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento del CONSORCIO y el daño alegado por FONDEPES, y al no haber el CONSORCIO probado una hipótesis de ruptura del nexo causal, el elemento del nexo causal también se ha configurado.

<u>Daño</u>

7.106 "**La expresión "daño" alude al *evento lesivo* y a *sus consecuencias*; desde el punto de vista civil, no es necesario distinguir el evento de las consecuencias: en sí mismo, el evento podría parecer irrelevante, pero las consecuencias ser patrimonialmente gravosas; o bien el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias**"[13]. "Así tenemos que se habla de *daño-evento* (lesión del interés tutelado) y de un *daño consecuencia* (daño emergente, lucro cesante y daño moral)"[14].

7.107 Esto resulta relevante, pues la lesión de un interés tutelado puede ubicarse en el incumplimiento contractual; no obstante, el daño consecuencia involucra una verificación en la realidad.

7.108 Ahora bien, según el artículo 1331 del Código Civil, la prueba del daño-evento y del daño-consecuencia le corresponde al perjudicado, en nuestro caso a FONDEPES:

> «*Art. 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*».

7.109 Con relación al daño-evento, este Tribunal Arbitral considera que este ha quedado demostrado por el hecho de que el CONSORCIO no cumplió con sus prestaciones en los términos del CONTRATO.

[13] ALPA, Óp. cit., p. 622.
[14] ESPINOZA ESPINOZA, Óp. cit., p. 246.

7.110 Sin embargo, algo que corresponde que el Tribunal valide es el daño-consecuencia; vale decir, el Daño Patrimonial de S/. 3,616,200.25 (Tres millones seiscientos dieciséis mil doscientos y 25/100 nuevos soles) que pretende el FONDEPES.

7.111 Este Tribunal precisa que la indemnización por daños y perjuicios no puede «estimar» el daño que se «habría» generado, sino reflejar el verdadero detrimento patrimonial en la esfera jurídica de FONDEPES y que no genere un doble pago. Es importante incidir en que, a partir de las reglas, referidas a las cargas de la prueba, FONDEPES tiene la obligación de probar la relación del daño evento, es decir, el real monto que le ha sido afectado y que no se encuentra en disputa en lo referido a la liquidación del CONTRATO.

7.112 Conforme señala Osterling, "si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización"[15].

7.113 En este caso, el Tribunal analizará si se ha generado algún daño a FONDEPES, pues es claro que no todo incumplimiento genera un daño, y FONDEPES posee la vía del ajuste de cuentas por medio de la liquidación. Si bien pueden existir eventos que, en lo abstracto, se consideren dañosos, a fin de resarcir dicho monto, corresponde que la parte acredite la afectación patrimonial y que no haya sido sujeto de otro pedido de restitución. Al final, el Tribunal no puede ordenar un doble pago a favor de FONDEPES.

7.114 Debemos precisar que los defectos constructivos son aquellos que se generan durante la ejecución de un contrato y que impactan en la idoneidad del servicio; sin embargo, existen diferentes niveles de defectos, así como las razones por los que se fundamentan.

7.115 Para el caso en concreto, el argumento principal de FONDEPES se centra en señalar que existieron defectos constructivos en la calidad de la obra ejecutada por el CONSORCIO, lo cual no necesariamente genera una indemnización de daños y perjuicios, pues esta dependerá de (i) si se afectó más allá de la inejecución de la partida y (ii) si no existe un proceso en el que se discuta los aspectos de pago de las partidas.

7.116 Respecto del segundo punto, es importante precisar que, si bien la teoría de FONDEPES se asocia al pago indebido, primero debe obtener una decisión sobre la liquidación del CONTRATO que se somete a conocimiento de otro Tribunal.

---

[15] Osterling Parodi, Felipe. "La valuación judicial de los daños y perjuicios". Recuperado en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5143956.pdf

7.117 Este Tribunal observa que FONDEPES ha presentado las pruebas sobre estos puntos en el Informe n.° 026-2019-FONDEPES/PHP del 16 de julio de 2019, entre otros documentos, los que corresponden analizar para determinar si se ha probado los montos que se pretenden.

Equipamiento

7.118 FONDEPES ha cuestionado la partida 06.01.01 Productor de hielo en escalas de 10 TM, argumentando la existencia de una afectación por la falta de cortinas del aire indicadas en las especificaciones técnicas y falta de pruebas de funcionamiento del productor de hielo en escamas y silo de almacenamiento.

7.119 Por otro lado, el Tribunal aprecia que FONDEPES refiere que la Partida 06.01.02 Camara de conservación 5TM, le falta las cortinas de aire indicadas en las especificaciones técnicas y el protocolo de pruebas

7.120 Respecto de la balanza electrónica, Partida 06.03.02 y las carreteras Partida 06.03.04, el Tribunal observa que se ha imputado el incumplimiento de caracteristicas técnicas y especificaciones técnicas

7.121 El Tribunal verficia que la imputación del FONDEPES relacionadas a las Partidas 06.01.01 y 06.01.02 recae en un incumplimiento de obligaciones de las especificaciones técnicas y el protocolo de pruebas; asimismo respecto a la Partida 06.03.02 y 06.03.04, el Tribunal observa que se ha imputado el incumplimiento de caracteristicas y especificaciones técnicas; sin embargo, por el propio alegato de dicha parte, el reclamo que se pretende es la restitución del monto total de lo pagado.

7.122 Es pertinente resaltar que el acreedor, FONDEPES no se encuentra obligado a aceptar una prestación indebidamente ejecutada por el CONSORCIO; sin embargo, la restitución de lo indebidamente pagado, entre otros conceptos deben ser analizados en la liquidación del CONTRATO.

7.123 En este caso, el Tribunal observa que FONDEPES se encuentra reclamando como indemnizacion conceptos relacionados con la liquidación del CONTRATO, los que seran resueltos por el Tribunal competente, por lo que, en estos momentos, es improcedente su pedido.

Instalaciones Eléctricas

7.124 Respecto de las instalaciones electrónicas, FONDEPES indica que, en las partidas 03.08, 03.08.01, 03.08.02, 03.08.15, 03.10, 03.11, 03.13 y 03.15, 09.02.10, 09.02.11, 09.02.12, 09.03.08.01 existirían observaciones y desvíos a los aspectos del expediente técnico.

7.125 Respecto de estos puntos, el Tribunal observa que, entre la página 114 y 137 del pdf de la demanda arbitral, FONDEPES justificó los incumplimientos que habría incurrido el CONSORCIO en las instalaciones, conforme a lo siguiente:

7.125.1 Respecto de las partidas 03.08, 03.08.01, 03.08.02 y 03.08.15 precisa que no hubo instalación de los tableros, no cuentan con interruptor principal para el control de energia, los circuitos de alumbrado y tomacorriente no cuentan con interruptor diferencial, incluso muchos no cuentan con conexión a tierra, tres tableros no se han llegado a instalar en su totalidad, entre otros.

7.125.2 Respecto de las partidas 03.10 y 03.11, precisa que los cables de baja tensión no tenían marcas fabricación ni procedencia, lo que incumpliría la NPT 370.252, por lo que el cable usado en las instalaciones de la obra no se ajustaron al expediente técnico.

7.125.3 Respecto de la partida 03.13, indica que solo 2 de los 8 pozos a tierra cuentan con señalización. Adicionalmente, afirman que no había presencia física de la barra (electrodos) de puesta a tierra ni protocolos de medición.

7.125.4 Respecto de la partida 03.15, indica que no se cuentan conlos protocolos de pruebas electricas.

7.125.5 Respecto de la partida 09.02.06, precisa que no se cuenta con el mandil de protección, los cables están indebidamente instalados, no se cuenta con conexión a tierra, entre otros.

7.125.6 Respecto de la partida 09.02.10, indica que no existe más de 40 metros lineales lo que genere un sobre valúo sobre lo pagado.

7.125.7 Respecto de la partida 09.02.11, precisa que las celdas de la sub estación no tienen señalización de identificación, riesgo eléctrico ni niveles de tensión (Regla 020-010 del CNE Utilización). Adicionalmente, precisa que las bases metálicas de soporte del transformador de distribución están colocadas sobre el nivel del piso, sin ningún elemento de fijación, lo cual representa un peligro y no cumplen con lo pactado. Asimismo, refiere que no se aprecia la conexión de los cables de tierra del transformador de distribución (Regla 060-116(1) del CNE Utilización)

7.125.8 Respecto de la partida 09.02.12, manifiesta que no sepasan de los 40 metros lineados, siendo que la partida esta sobre valuada.

7.125.9 Respecto de la partida 09.03.08.01, indica que no existió un correcto montaje de transformador ni tablero.

7.126 Sobre los puntos antes indicados, el Tribunal aprecia que todos constituyen partidas del Expediente Técnico, siendo que FONDEPES pretende la restitución de lo pagado y reajustes, sin embargo este Tribunal no puede, ordenar una indemnización de daños y perjuicios generando la restitución de un pago, si existe en trámite otro proceso arbitral en el que se emitira pronunciamiento sobre la liquidación del CONTRATO.

7.127 Ante ello, es improcedente el reclamo de FONDEPES, por indemnización de daños y perjuicios, materializado en la restitución de lo pagado por las partidas no ejecutadas de las instalaciones eléctricas.

<u>Instalaciones Sanitarias</u>

7.128 En el caso de las instalaciones sanitarias, el Tribunal verifica que, entre la página 140 y 155 del pdf de la demanda arbitral, se ha justificado algunos daños que se presentaron en los sistemas de agua potable, salada, desagüe domestico y desagüe industrial, pues se indicó lo siguiente:

7.128.1 FONDEPES, refiere que el CONSORCIO solo habría instalado la caja del medidor, y no habría ejecutado la partida 04.02.02 conexión a red pública señalando que *"deberá descontarse en la liquidación de obra"*[16] .

7.128.2 El sistema de desinfección Partida 04.01.02.04 no fue instalado, por lo que *"no puede considerarse como ejecutada y deberá ser descontada en la liquidación de obra".*[17]

7.128.3 La conexión para bomberos Partida 04.06.02, no fue instalada, por lo que el pago de esta partida es improcedente y *"deberá ser deducido en la liquidación de contrato de obra"*. [18]

7.128.4 Las griferias cromadas son de pésima calidad, por lo que no se cumpliría con el ítem 04.06.06.02.04, solicitando *"ser descontadas en la liquidación de obra*"[19]**.**

[16] Página 21 de la demanda arbitral
[17] Ibídem
[18] Ibídem
[19] Página 42 de la demanda

7.128.5 No se habría cumplido con la correcta instalación de la tubería de succión de acero y no habría instalado el sistema de desinfección.

7.128.6 El CONSORCIO instaló una bomba contra incendios de una mejor potencia, pues correspondía una de 12 HP y se instaló una de 10HP. No instaló la partida 04.06.02, conexión de bonberos de 4" y la red contra incendió no fue sometida a pruebas de presión que garanticen su operatividad y por lo que las partidas 04.06.04.01 y 04.06.04.02 tramo enterrado y tramo adosado, no debieron ser pagadas y "deberan descontaren la liquidación de obra"[20].

7.128.7 Los servicios higiénicos no han sido ejecutados de manera adecuada, presentando filtraciones, fallas constructivas en el desague domestico entre otros.

7.128.8 Fallas constructivas en el desague industrial, rejillas de vidrio no estan bien instaladas, entre otros.

7.128.9 La trampa de grasa y solidos Partida 04.04.03.06, no esta funcionando por falta de accesorio.

7.128.10 No se instaló el filtro biológico, Partida 04.05.03.06, conforme al Expediente Técnico.

7.128.11 La cámara de contacto, Partida 04.05.03.07, no incluyó el equipo de dosificación del cloro.

7.129 Sobre los puntos antes indicados, el Tribunal constata que todos los cuestionamientos están relacionados con partidas del Expediente Técnico, siendo que FONDEPES pretende la restitución total de lo pagado, no obstante en su demanda señala reiteradamente que dichos montos "*deberan descontarse de la liquidación de obra".*

7.130 Este Tribunal no puede, en estos momentos, ordenar una indemnización de daños y perjuicios generando la restitución de un pago, si esta en trámite la controversia sobre la liquidación del CONTRATO, en el expediente N° S-211-2016/SNA-OSCE.

[20] Página 45 de la demanda

7.131 Ante ello, es improcedente lo peticionado por FONDEPES, como indemnización de daños y perjuicios, materializado en la restitución de lo pagado por las partidas no ejecutadas de las instalaciones sanitarias.

Obras Civiles

7.132 En el caso de las obras civiles, el Tribunal verifica que, entre la página 156 y 155 del pdf de la demanda arbitral, se ha justificado algunos daños que se presentaron, pues se indicó lo siguiente:

7.132.1 No se ha acreditado que las cisternas de agua salada y potable, Partidas 01.05.13.01, 01.05.13.02 y 01.05.13.03 hayan respetado las especificaciones técnicas, por lo que existirían fisuras entre los muros y losa techo de las estructuras.

7.132.2 Se imputa que las escaleras metálicas tipo gato, Partidas 01.08.03 y 01.08.04, se encuentran oxidadas por defectuoso proceso de pintado, que no fue materia de protocolo para medir el espesor de la pintura.

7.132.3 Las puertas de malla metálica y marcos del tubo, Partida 02.01.03, presentaría fallas en sus bisagras, hecho que genera el descuadro e impedimento del normal funcionamiento para cerrar y abrir.

7.132.4 El tarrajeo exterior, Partida 02.01.04, no se ha ejecutado de manera adecuada.

7.132.5 Las veredas fueron reparadas, pero presentan fisuras, porlo que no se han ejecutado correctamente las Partidas 01.04.08.01 y 01.04.08.03.

7.132.6 Las tapas de los buzones eléctricos sufrieron fracturas porla circulación de vehículos, por lo que no se ejecutó correctamente la Partida 01.08.01.

7.132.7 La puerta principal de acceso posee problemas de apertura y cierre de una de las hojas, debido que se ha descolgado e inclusive roto el tirante del soporte, por lo que no se ha ejecutado la Partida 02.10.04.

7.132.8 No se ha cumplido con las exigencia del expediente técnicopara la ejecución de la coraza o enrocado, pues las rocas deben occilar entre 800 y 1400 kg, y además la coraza debía tener un

tramo horizontal en la parte baja de 4 metros de ancho, incumpliendo las especificaciones del expediente ni con los planos de la Partida 07.02.01.05 rubro Obra Portuaria.

7.132.9 No se han terminado las columnas del cerco perimétrico, pues se menciona que sobresalen las armaduras del refuerzo las que muestran un proceso avanzado de oxidación que afectaría el concreto.

7.132.10 Los servicios higienicos de la zona E se habrían ejecutado de manera indebida, puesto que el enchapado de cerámica en los zócalos llega a la altura de 1.50 metros, no obstante que lo especificado para la Partida 02.06.01 es de 1.60 metros.

7.132.11 La puerta apanelada de la oficina del sindicato de pescadores, no se ejecutó conforme a las especificaciones técnicas, de la partida 02.08.01.

7.132.12 La infraestructura constuida para el tratamiento y evacuación de efluentes industriales y dometicos, especificamente las Partidas 01.05.15, 01.05.16, 01.05.17, 01.05.18, 01.05.19, no respetaron los planos del proyecto, lo que generó que no estén en funcionamiento.

7.132.13 Los vestuarios y servicios higienicos de la zona A, B y C tanto de hombres como mujeres, a pesar de que no se han usado, la griferia no funciona por mala calidad, la altura del zócalo enchapado con cerámica no llega a la altura de 1.60 metros, no obstante que lo especificado para la Partida 02.06.01.

7.132.14 La cobertura de policarbonato elveolar, Partida 02.07.02, de la Zona de descarga, no se ejecutó de manera adecuada.

7.132.15 Las rejillas de los canales de drenaje están indebidamente instaladas, por no tener una altura uniforme. En ese orden, indica que se incumplio la Partida 02.14.03.

7.132.16 Las barandas de acero en punete y escalinata, Partida 07.04.09.10, no se habrían ejecutado de manera adecuada, pues existirían algunos tramos incompletos, que han dejado los tubos con extremos abiertos por lo que se ha iniciado proceso acelerado de corrosión. Asimismo, precisa que algunos tramos han desaparecido y otros están por caer, que el pintado no ha

podido ser revisado al no contar con el protocolo respectivo y no se pudo verificar si cumplió con el espesor de pintura epoxica especificado en el contrato.

7.132.17 Respecto del puente del muelle, FONDEPES indica que existe asentamientos diferenciales entre los ejes 42-43 y 57-58 asi como en los ejes 49 y 50, que la falla ocurrio en los pilotes, precisando que las estructuras afectadas corresponden a las Partidas 07.04.07.05 y 07.04.07.06 las que no ejecutaron de acuerdo a los planos del proyecto. Que no esta garantizada la estabilidad del puente del muelle entre los ejes 31 y 58 por los asentamientos y falta de protocolos de hincado, al no haberse cumplido con las especificaciones del contrato de obra, afirmando ademas que hay una inconsistencia entre lo construido y el expediente técnico.

7.132.18 Respecto de las defensas del cabezo, Partidas 07.04.09, indica que habrían sido construidas en base a planos modificados sin autorización de FONDEPES.

7.132.19 Respecto de la elevación del pescante, Partida 07.04.03 señala que este equipo debia estar equipado con dos cojinetes auxiliares instalados en su eje con la finalidad de facilitar su giro, sin embargo dichos cojinetes no existeneste. Asi mismo FONDEPES imputa que los refuerzos de acero del concreto debían tener un recubrimiento y el acero de refuerzo no puede sobresalir de la estructura de concreto, como se indica en la Partida 07.04.05.03.

7.133 Sobre los puntos antes indicados, el Tribunal aprecia que todos las observaciones están relacionada con partidas del Expediente Técnico correspondiente a las obras civiles, respecto a las cuales FONDEPES pretende la restitución de lo pagado como indemnizaciónpor daños y perjuicios, al considerar que las obras civiles, fueron ejecutadas indebidamente, sin embargo al existir en trámite una controversia sobre la liquidación de CONTRATO, lo peticionado es improcedente.

7.134 Resumiendo lo expuesto en los considerandos precedentes por el Tribunal Abritral, la indemnización que solicita FONDEPES es improcedente, en estos momentos, pues todo lo que se pretende está asociado con la restitución de lo pagado por partidas contractuales, respecto al que se emitirá pronunciamiento en el proceso arbitral sobre liquidación del CONTRATO, que es competencia de otro Tribunal Arbitral, proceso en el que se determinará el valor de lo realmente ejecutado y será comparado con lo pagado, a fin de definir si corresponde que el

CONSORCIO devuelva el excedente a favor de la Entidad o ser el caso corresponde pagarle un saldo a su favor.

Por los argumentos expuestos, el Tribunal Arbitral declara **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión de FONDEPES; y, en consecuencia, precisa que cualquier reclamación por indemnización de daños y perjuicios que pretende FONDEPES, derivada del incumplimiento de obligaciones, deberá ser iniciada con posterioridad a la decisión definitiva sobre la liquidación del CONTRATO.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO.

POSICIÓN DE FONDEPES

7.135 FONDEPES indica que el CONSORCIO debería asumir el pago de los gastos arbitrales del proceso.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

7.136 El CONSORCIO argumenta que FONDEPES debería sumir el pago de gastos arbitrales.

POSICIÓN DEL ***TRIBUNAL ARBITRAL***

7.137 De acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de las partes, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, pudiendo el tribunal arbitral distribuir y prorratear estos costos entre las partes si es que estima que ello es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

7.138 De conformidad con la Ley de Arbitraje, en caso no exista un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no acordaron alguna regla particular sobre la asunción de costos arbitrales, por lo que, corresponde que la distribución de estos sea determinada por el Tribunal Arbitral teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

7.139 En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral valore la asunción de cada uno de los costos establecidos en el proceso. Así, dependiendo del resultado emitido en este Laudo, el Tribunal determinará qué parte debe asumirlo.

7.140 Este Tribunal Arbitral no ha amparado la única pretensión de FONDEPES, pues esta pretendía que se analice, por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, la restitución de Partidas pagadas al CONSORCIO, lo que es propio del

procedimiento de liquidación del CONTRATO que está siendo competencia de otro Tribunal Arbitral.

7.141 En este caso, el proceso no correspondía que se inicie en estos momentos, pues no existen motivos para afirmar un derecho de restitución de pago indebido, si es que aún se encuentra en disputa la liquidación del CONTRATO.

7.142 La indemnización solicitada por el FONDEPES no se otorgó, pues existe una contraposición con lo que se discute en la liquidación del CONTRATO, siendo que este Tribunal podía incurrir en un doble pago.

7.143 En ese orden, el Tribunal considera que no existen motivos suficientes para variar la regla generar contenida en la Ley de Arbitraje, a partir de ello, de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal Arbitral, corresponde que FONDEPES asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos de la institución arbitral.

7.144 Fuera de ello, se precisa que, de los demás conceptos que no se encuentran incluidos en el presente laudo, cada parte deberá asumir los costos en los que incurrió o se comprometió a pagar, pues el Tribunal no puede pronunciarse sobre los mismos, ya que (i) no se han acreditado gastos por defensa legal, al no acompañarse alguna acreditación de pago ni (ii) reclamado algún otro concepto adicional.

7.145 De esta manera, tomando en cuenta la liquidación efectuada por la secretaría arbitral y la información que ésta nos remitiera, se tiene que, conforme consta en la Liquidación de Gastos Arbitrales emitida el 13 de noviembre de 2019, los honorarios ascendían a lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios de los Árbitros	S/. 20,785.02 neto para cada árbitro.
Gastos Administrativos del SNA – OSCE	S/. 20,180.10, incluido IGV.

7.146 Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes; sin embargo, los montos fueron asumidos íntegramente por FONDEPES.

7.147 Siendo que FONDEPES es la parte que ha asumido el total de los gastos arbitrales de la presente controversia, no corresponde que se ordene alguna devolución de lo pagado.

Por todos los argumentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Principal, en consecuencia, se **ORDENA** que FONDEPES asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos de la institución arbitral.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral,

VIII. LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión de FONDEPES; respecto a determinar si corresponde que CONSORCIO MORIN le indemnice por daños y perjuicios más los interés, por incumplimiento de obligaciones contractuales.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Principal, en consecuencia, se **ORDENA** que FONDEPES asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos de la institución arbitral.

TERCERO: PRECISAR que, de los demás conceptos que no se encuentran incluidos en el presente laudo como costos del proceso, cada parte deberá asumir los costos en los que incurrió o se comprometió a pagar.

Alicia Vela López
Presidenta del Tribunal Arbitral

Adela Virginia Arteta Salinas
Árbitro

Orlando La Torre Zegarra
Árbitro