OSCE

2023-24794383-LIMA

COMPLETO

Nº EXPEDIENTE :	2023-0106049
INTERESADO :	VELA LOPEZ ALICIA
RUC :	**RNP :**
DOCUMENTO :	ESCRITO
NRO :	
FECHA :	26/07/2023
HORA :	11:13:57
TRAMITE :	314-COMUNICACIONES DIVERSAS - DAR
ASUNTO :	Exp No : S 024-2019/SNA-OSCE COdigo 2023-00133306 Fecha y hora registro 25/07/2023 07:20 PM aliciavela927@gmail com
PRIORIDAD :	NORMAL
N. FOLIOS :	1
EMISOR :	rbarba
PLAZO ATENCIÓN :	DÍAS HABILES
ESTADO :	COMPLETO
TRAMITE ORIGEN :	24794383
OBSERVACIONES :	
NRO. EMISIÓN :	
BANCO :	
Nº OP. BANCARIA:	
F. PAGO EN BANCO :	
IP :	172.16.51.90

ACCIONES

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

	DERIVADO A:	ACCIONES	FECHA	OBSERVACIONES	V.B.
1.-	DAR	_____	26/07/2023 11:13:57	_____	_____
2.-	_____	_____	_____	_____	_____
3.-	_____	_____	_____	_____	_____
4.-	_____	_____	_____	_____	_____
5.-	_____	_____	_____	_____	_____
6.-	_____	_____	_____	_____	_____

OSCE

2023-24794383-LIMA

COMPLETO

Nº EXPEDIENTE :	2023-0106049
INTERESADO :	VELA LOPEZ ALICIA
RUC :	**RNP :**
DOCUMENTO :	ESCRITO
NRO :	
FECHA :	26/07/2023
HORA :	11:13:57
TRAMITE :	314-COMUNICACIONES DIVERSAS - DAR
ASUNTO :	Exp No : S 024-2019/SNA-OSCE COdigo 2023-00133306 Fecha y hora registro 25/07/2023 07:20 PM aliciavela927@gmail com
PRIORIDAD :	NORMAL
N. FOLIOS :	1
EMISOR :	rbarba
PLAZO ATENCIÓN :	DÍAS HABILES
ESTADO :	COMPLETO
TRAMITE ORIGEN :	24794383
OBSERVACIONES :	
NRO. EMISIÓN :	
BANCO :	
Nº OP. BANCARIA:	
F. PAGO EN BANCO :	

Copia

Lima, 25 de julio de 2022

Carta No. 014-2023/AVL

Señores:
DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL OSCE
Mesa de Partes Digital del OSCE.-

Asunto : **Remito Laudo - Res. 22**
Exp. No. : **S 024-2019/SNA-OSCE**
Atec. : **Abog. Jessica Navarro Palomino**

De mi consideración:

Es grato dirigirme a ustedes, a fin de adjuntar a la presente el Laudo Arbitral en mayoría (23 págs.) y el Voto en discordia (41 págs.), que resuelve las controversias suscitadas entre **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO** y **CONSORCIO MORÍN**.

Sin otro particular, quedo de usted.

Anexos:
Laudo en Mayoría (23 páginas)
Voto en discordia (41 páginas)

Atentamente,

ALICIA VELA LOPEZ
Arbitro Único

Jr. Gregorio Marañón No. 184 – San Borja - Lima – Cel. 999028004
E-mail: aliciavela927@gmail.com

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

EXPEDIENTE N° S 024-2019-SNA-OSCE

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.)

vs.

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES

LAUDO
RESOLUCIÓN N° 22

TRIBUNAL ARBITRAL

Alicia Vela López (presidenta)

Orlando La Torre Zegarra

Adela Virginia Arteta Salinas

SECRETARÍA ARBITRAL

Jessica Navarro Palomino

Lima, 25 de julio de 2023

Índice

I. CONVENIO ARBITRAL 3

II. TIPO DE ARBITRAJE 3

III. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 3

IV. LEY APLICABLE 4

V. PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES 4

VI. CONSIDERANDO: 9

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS 9

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARAR NULA Y SIN EFECTO ALGUNO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA, COMUNICADA POR FONDEPES MEDIANTE CARTA N° 711-2018- FONDEPES/OGA, DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2018, NOTIFICADA AL CONSORCIO MORIN EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018. 9

POSICIÓN DEL CONSORCIO 10

POSICIÓN DE FONDEPES 11

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 12

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR QUE PARTE DEBE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A FONDEPES ASUMIR EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL. 21

POSICIÓN DEL CONSORCIO: 21

POSICIÓN DE FONDEPES 21

FONDEPES ARGUMENTA QUE EL CONSORCIO DEBERÍA SUMIR EL PAGO DE GASTOS ARBITRALES. 21

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 21

VIII. LAUDA EN MAYORIA: 22

LAUDO ARBITRAL EN MAYORIA
(RESOLUCIÓN Nº 22)

En Lima, con fecha 25 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 Consorcio Morín (en adelante, «CONTRATISTA» o «CONSORCIO») y el Fondo de Desarrollo Pesquero – FONDEPES (en adelante, «FONDEPES» o «ENTIDAD»), 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 escrito s/n, de fecha 20 de febrero de 2019, el CONSORCIO designó como árbitro al abogado Rodolfo Aníbal Morocho Mori; mientras que, en la contestación, de fecha 27 de junio de 2019, FONDEPES designó a la abogada Adela Virginia Arteta Salinas.

3.2 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de noviembre de 2019, el CONSORCIO reemplazó al árbitro inicialmente designado por el abogado Orlando La Torre Zegarra.

3.3 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.

3.4 El 17 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 20 de febrero de 2019, subsanada el 19 de marzo de 2020, el CONSORCIO presentó su demanda, junto con sus medios probatorios.

5.2 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 24 de mayo de 2019, se notificó a FONDEPES la demanda.

5.3 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de junio de 2019, FONDEPES indicó que había sido indebidamente notificado, por lo que devolvió la cédula.

5.4 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 4 de junio de 2019, se volvió a notificar a FONDEPES de la demanda.

5.5 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de junio de 2019, FONDEPES contestó la demanda y formuló una excepción de caducidad.

5.6 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 16 de julio de 2019, se requirió a FONDEPES que subsane la contestación de demanda.

5.7 Mediante escrito s/n, de fecha 18 de julio de 2019, FONDEPES subsanó la contestación de demanda.

5.8 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 6 de agosto de 2019, se corrió traslado de la excepción deducida por FONDEPES al CONSORCIO.

5.9 Mediante escrito s/n, de fecha 12 de agosto de 2019, el CONSORCIO absolvió la excepción de caducidad.

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 15 de julio de 2020, FONDEPES remitió su autorización para notificaciones electrónicas.

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

5.13 Mediante Resolución N° 1, de fecha 19 de agosto de 2020, se declaró instalado el Tribunal Arbitral, se fijaron las reglas del proceso, se otorgó un plazo a FONDEPES para que inscriba el proceso en el SEACE y se requirió el pago de los gastos arbitrales.

5.14 Mediante Resolución N° 2, de fecha 19 de agosto de 2020, se otorgó un plazo adicional para cumplir con el pago e inscribir el proceso en el SEACE.

5.15 Mediante escrito s/n, de fecha 14 de diciembre de 2020, FONDEPES acreditó la inscripción en el SEACE.

5.16 Mediante Resolución N° 3, de fecha 22 de diciembre de 2020, se indicó que no se habían efectuado los pagos y que la parte interesada quedaba habilitada a ejecutarlos.

5.17 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de febrero de 2021, el CONSORCIO solicitó que se le remitan nuevos datos de cuentas bancarias y los recibos para cumplir con los pagos.

5.18 Mediante escrito s/n, de fecha 11 de febrero de 2021, el CONSORCIO solicitó una prórroga para cumplir con el pago de gastos arbitrales.

5.19 Mediante Resolución N° 4, de fecha 12 de marzo de 2021, se otorgó al CONSORCIO el fraccionamiento solicitado.

5.20 Mediante escrito s/n, de fecha 31 de marzo de 2021, el CONSORCIO realizó el pago parcial de los gastos.

5.21 Mediante Resolución N° 5, de fecha 14 de abril de 2021, se tuvo presente el primer pago realizado por el CONSORCIO.

5.22 Mediante escrito s/n, de fecha 19 de abril de 2021, el CONSORCIO solicitó un plazo adicional para cumplir con el pago de los gastos.

5.23 Mediante Resolución N° 6, de fecha 27 de abril de 2021, se actualizó el cronograma de pago de gastos arbitrales y se otorgó un plazo adicional al CONSORCIO para que cumpla con el pago de los gastos a su cargo.

5.24 Mediante Resolución N° 7, de fecha 22 de julio de 2021, se otorgó al CONSORCIO un plazo adicional para cumplir con el pago de los gastos a su cargo, bajo apercibimiento de archivo.

5.25 Mediante Resolución N° 8, de fecha 14 de septiembre de 2021, se hizo efectivo el archivo del proceso.

5.26 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de octubre de 2021, el CONSORCIO solicita la reconsideración de la Resolución N° 8, para lo cual adjunta el pago de los gastos arbitrales.

5.27 Mediante Resolución N° 9, de fecha 13 de octubre de 2021, se corrió traslado de la reconsideración a FONDEPES.

5.28 Mediante escrito s/n, de fecha 10 de noviembre de 2021, FONDEPES absolvió la reconsideración del CONSORCIO.

5.29 Mediante escrito s/n, de fecha 19 de noviembre de 2021, el CONSORCIO acreditó el pago de los gastos arbitrales en subrogación.

5.30 Mediante escrito s/n, de fecha 22 de noviembre de 2021, el CONSORCIO acreditó el pago de los gastos administrativos en subrogación.

5.31 Mediante Resolución N° 10, de fecha 2 de diciembre de 2021, se declaró fundada la reconsideración del CONSORCIO y se le requirió el pago de la detracción.

5.32 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de enero de 2022, el CONSORCIO acreditó el pago de la detracción.

5.33 Mediante Resolución N° 11, de fecha 17 de enero de 2022, se tuvo por cancelada la detracción y se citó a las partes a una Audiencia Especial para el 7 de marzo de 2022.

5.34 Mediante escrito s/n, de fecha 7 de marzo de 2022, FONDEPES delegó su representación para participar en otras diligencias.

5.35 El 7 de marzo de 2022 se llevó a cabo la Audiencia Especial sobre la excepción de caducidad.

5.36 Mediante escrito s/n, de fecha 8 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó nuevos documentos sobre la conciliación de las pretensiones de este proceso.

5.37 Mediante escrito s/n, de fecha 10 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó documentos adicionales referidos al proceso de conciliación de las pretensiones de este proceso.

5.38 Mediante Resolución N° 12, de fecha 21 de marzo de 2022, se tuvo presente los escritos presentados por el CONSORCIO y se los puso en conocimiento de FONDEPES.

5.39 Mediante escrito s/n, de fecha 30 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó documentos adicionales sobre su posición.

5.40 Mediante Resolución N° 13, de fecha 19 de abril de 2022, se tuvo presente lo expuesto por el CONSORCIO y se puso en conocimiento de FONDEPES.

5.41 Mediante escrito s/n, de fecha 20 de mayo de 2022, FONDEPES absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 13.

5.42 Mediante Resolución N° 14, de fecha 20 de julio de 2022, el Tribunal tuvo presente el escrito de FONDEPES y corrió traslado de este al CONSORCIO.

5.43 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de agosto de 2022, el CONSORCIO solicitó al Tribunal Arbitral que resuelva su excepción de caducidad.

5.44 Mediante escrito s/n, de fecha 22 de agosto de 2022, el CONSORCIO absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 14.

5.45 Mediante Resolución N° 15, de fecha 28 de septiembre de 2022, se tuvo presente los escritos presentados por las partes y se declaró infundada la excepción de caducidad de FONDEPES.

5.46 Mediante Resolución N° 16, de fecha 14 de febrero de 2023, se convocó a las partes a una Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 27 de febrero de 2023.

5.47 Mediante escrito s/n, de fecha 24 de febrero de 2023, FONDEPES presentó su propuesta de puntos controvertidos.

5.48 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de febrero de 2023, el CONSORCIO presentó su propuesta de puntos controvertidos y cambio su representación legal.

5.49 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de febrero de 2023, FONDEPES presentó mayores medios probatorios.

5.50 El 27 de febrero de 2023 se llevó a cabo la Audiencia señalada en el párrafo anterior, en la que se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios que obraban en el expediente. Asimismo, sobre las nuevas pruebas de FONDEPES, se precisó que sería materia de pronunciamiento posterior.

5.51 Mediante Resolución N° 17, de fecha 9 de marzo de 2023, se tuvo presente los escritos de las partes y se corrió traslado al CONSORCIO de los nuevos medios probatorios de FONDEPES.

5.52 Mediante Resolución N° 18, de fecha 13 de abril de 2023, se dejó constancia de que el CONSORCIO no había absuelto el traslado de los nuevos medios probatorios de FONDEPES y se admitió los mismos. Asimismo, se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgando un plazo para que las partes presenten sus alegatos. Finalmente, se citó a una Audiencia de Informes Orales para el 17 de mayo de 2023.

5.53 Mediante escrito s/n, de fecha 2 de mayo de 2023, FONDEPES presentó sus alegatos escritos.

5.54 Mediante escrito s/n, de fecha 3 de mayo de 2023, el CONSORCIO presentó sus alegatos escritos y solicitó la suspensión de la Audiencia de Informes Orales.

5.55 Mediante Resolución N° 19, de fecha 10 de mayo de 2023, se tuvo presente los alegatos presentados por FONDEPES por extemporáneo los alegatos del CONSORCIO y se corrió traslado a FONDEPES del pedido de suspensión del CONSORCIO.

5.56 Mediante Resolución N° 20, de fecha 16 de mayo de 2023, se dejó constancia de que FONDEPES no absolvió el pedido de suspensión y declaró no ha lugar el pedido del CONSORCIO, en atención a que no existía acuerdo de partes.

5.57 El 17 de mayo de 2023 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

5.58 Mediante escrito s/n, de fecha 23 de mayo de 2023, el CONSORCIO presentó nuevos medios probatorios.

5.59 Mediante Resolución N° 21, de fecha 1 de junio de 2023, al haberse cerrado la etapa probatoria, se tuvo por no presentado el escrito del CONSORCIO y se fijó el plazo para emitir el Laudo Arbitral.

5.60 La Resolución N° 21 fue notificada a las partes el 6 de junio de 2023, por lo que el plazo final para emitir el Laudo Arbitral vencerá el 31 de julio de 2023.

VI. CONSIDERANDO:

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

- El Tribunal Arbitral se constituyó sin que las partes hayan manifestado algún cuestionamiento a sus designaciones.
- El Tribunal Arbitral que emite el Laudo no posee alguna recusación pendiente, por lo que no hay un cuestionamiento a su independencia e imparcialidad.
- El CONSORCIO presentó su demanda en el plazo previsto.
- FONDEPES contestó la demanda dentro del plazo.
- Ambas partes presentaron sus pruebas y pudieron ejercer su derecho de defensa.
- Se celebraron la Audiencia de Ilustración de Hechos y de Informes Orales con la asistencia de las partes.
- 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 SE DECLARAR NULA Y SIN EFECTO ALGUNO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA, COMUNICADA POR FONDEPES MEDIANTE CARTA N° 711-2018- FONDEPES/OGA, DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2018, NOTIFICADA AL CONSORCIO MORIN EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

7.1 El CONSORCIO, en su demanda, sostiene que el CONTRATO suscrito el 18 de noviembre de 2014, y las prestaciones adicionales ordenadas por FONDEPES fueron ejecutadas de acuerdo con los respectivos expedientes técnicos, razón por la cual, con fecha 27 de enero de 2016, la obra fue recibida por la ENTIDAD suscribiéndose el Acta de Recepción correspondiente.

7.2 Agrega el CONSORCIO que, al haberse entregado la obra, con fecha 28 de marzo de 2016, presentó la liquidación del CONTRATO, que FONDEPES realizó observaciones y las notificó el 27 de mayo de 2016, que habrían sido subsanas en su oportunidad, pero que, no obstante, la DEMANDADA no dio su conformidad e inició un proceso de arbitraje el 28 de junio de 2016, que se estaría tramitando con el Expediente Nº S-188-2016/SNA-OSCE.

7.3 Sostiene el CONSORCIO que la ENTIDAD inició un proceso de nulidad del Acta de Recepción de Obra, decisión con la que no está de acuerdo y que las controversias están en proceso de solución de controversias en el Expediente Nº S-211-2016/SNA-OSCE.

7.4 El CONSORCIO manifiesta que, en tanto no se declare la nulidad del Acta de Recepción de Obra y de la Liquidación del CONTRATO, estas mantienen su vigencia; sin embargo, añade, que FONDEPES pretendió realizar otro procedimiento de recepción de obra denominado: "Verificación de Culminación de Obra" y efectuó nuevas observaciones a la obra que, en su oportunidad fue recibida por el comité de recepción designado por la ENTIDAD.

7.5 Por otro lado, el DEMANDANTE afirma que, con fecha 28 de diciembre del 2018, FONDEPES le notificó la Carta N° 711-2018-FONDEPES/OGA, que contiene la decisión de resolver el CONTRATO debido al incumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con las especificaciones técnicas.

7.6 El CONSORCIO expresa que la resolución del CONTRATO sería nula de pleno derecho por contravenir las normas legales establecidas en los artículos 210° y 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, y las cláusulas segunda, quinta y undécima del CONTRATO, toda vez que, con la suscripción del Acta de Recepción de Obra, esta fue recibida a conformidad, y dado que se trata de actos bilaterales, una de las partes no puede desconocerla de manera unilateral, como ha ocurrido con FONDEPES.

7.7 Concluye el DEMANDANTE que no ha incurrido en incumplimiento de obligaciones contractuales, por lo que la resolución del CONTRATO es nula por haberse vulnerado lo establecido en el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG y el artículo 2° del mismo cuerpo normativo debido a que:

- El funcionario que tomó la decisión de resolver el CONTRATO carecía de competencia para ese propósito, dado que se desempeñaba como de la Oficina General de Administración de FONDEPES; sin embargo, la resolución del CONTRATO debió realizarla la autoridad de igual o superior nivel jerárquico de quien lo suscribió.

- El objeto o contenido de la decisión no sería lícito porque no ajusta al literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones ni a los artículos 210° y 211° de su Reglamento.

- FONDEPES no ha seguido el procedimiento regular, pues no cumplió con el procedimiento de requerimiento previo regulado en el artículo 169° del Reglamento, conforme al cual debió requerir, mediante Carta Notarial, la ejecución de las obligaciones incumplidas y tampoco ha cumplido con el procedimiento previsto en el segundo párrafo del artículo 209° del citado Reglamento que obliga a indicar la fecha y hora para la constatación física e inventario en el lugar de la obra.

POSICIÓN DE FONDEPES

7.8 Respecto del procedimiento de la resolución del CONTRATO, la DEMANDADA expresa que cumplió con las disposiciones establecidas en el artículo 40° de la Ley de Contrataciones, y en los artículos 168° y 169° del su Reglamento.

7.9 Precisa FONDEPES que el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones le faculta a resolver el contrato sin requerimiento previo en dos supuestos: cuando el contratista haya acumulado el monto máximo de la penalidad o si es irreversible el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

7.10 En el Informe Nº 001-2018-FONDEPES/PHP, la DIGENIPAA, en su calidad de área usuaria y órgano técnico, concluyó:

- Que era irreversible el incumplimiento de obligaciones en las que había incurrido el CONSORCIO, por las siguientes razones: la obra no fue concluida, no se ejecutaron las partidas de acuerdo con los planos y las especificaciones técnicas previstas en el expediente técnico y, además, modificó el expediente técnico sin aprobación de la ENTIDAD.

- Que tales incumplimientos tendrían la calidad de irreversibles porque el plazo de 15 días con los que contaría el CONSORCIO

para subsanarlos serían insuficientes dada la magnitud de los trabajos a realizar.

- Que, el 25 de enero de 2019, mediante Carta Nº 028-2019-FONDEPES/OGA, se comunicó al CONSORCIO que la constatación física e inventario de la obra se iba a realizar en el período comprendido entre el 30 de enero al 1 de febrero de 2019, a partir de las 09:00 horas, actividad realizada en presencia del Juez de Paz.

7.11 Respecto de la competencia para resolver el CONTRATO, FONDEPES sostiene que las normas legales previstas en los artículos 74° y 76° de la LPAG, es posible que, al interior de una entidad un órgano administrativo delegue en otro las competencias originarias que la ley le otorga. Asimismo, en el artículo 7° de la Ley de Contrataciones se han establecido las competencias indelegables del Titular de la Entidad, no siendo una de ellas, la resolución del contrato.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7.12 Considerando que la cuestión controvertida que se debe resolver versa sobre la resolución del CONTRATO, y teniendo en cuenta el orden de prelación de aplicación de las normas legales al proceso arbitral, corresponde verificar si las normas especiales previstas en la Ley de Contrataciones y su Reglamento han previsto los requisitos, condiciones y el procedimiento que debe cumplirse para su validez.

7.13 En el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones se ha previsto tres supuestos para que la Entidad pueda resolver el contrato:

- Que el contratista haya incumplido de manera injustificada las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
- Que el contratista haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades.
- Que el contratista haya paralizado o reducido injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

7.14 Según las posiciones expresadas por las partes, las segunda y tercera causas para resolver el contrato deben ser descartadas, puesto que no se ha invocado la aplicación de penalidades, y tampoco la paralización o demora en el proceso constructivo. Corresponde, por tanto, analizar los hechos relativos al incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo del CONSORCIO.

7.15 De manera previa al análisis de los hechos que han ocasionado las controversias materia de este proceso arbitral debemos precisar que la resolución de contrato es una de las consecuencias del incumplimiento injustificado de obligaciones por alguna de las partes, las que, en parte, están reguladas en el Capítulo del RLCE, titulado: "Incumplimiento del Contrato", que comprende los artículos 165° al 170°.

7.16 En ese contexto, el RLCE, en los artículos 167° al 170° regula los supuestos y el procedimiento de resolución de contrato cuando una de las partes incumpla injustificadamente con sus obligaciones.

7.17 Respecto del procedimiento de resolución de contrato por causas imputables al contratista, en el artículo 169° del RLCE se establece:

> *Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*
>
> *Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*
>
> *(…)*

7.18 Como se ha indicado líneas arriba, la resolución del contrato solo es una de las consecuencias de la inejecución injustificada de obligaciones, siendo otra de ellas, la aplicación de penalidades, cuyos supuestos y procedimiento está normado en los artículos 165° y 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.19 Cabe precisar que la normativa de contratación pública, además, de las disposiciones normativas citadas, contiene otras que regulan diversos procedimientos y establece consecuencias para las actuaciones que se llevan a cabo durante la vigencia del contrato e incluso después de que este haya concluido. En ese sentido, para los contratos de obra, en el artículo 210° de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se ha regulado el procedimiento de la recepción de la obra, en los siguientes términos:

> 1. *En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.*

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

(…)

2. *De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.*

   *Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción y el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor**. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones**.*

   De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

   (…)

3. ***Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación**, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, **ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago** o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206°.*

   ***Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento**. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.*

   (…)

> 4. *Si en el proceso de subsanación de las observaciones* ***el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos****.*
>
> (El subrayado y resaltado de los textos ha sido agregado).

7.20 Por otro lado, tanto la LCE y su Reglamento han previsto los supuestos en los que el contratista deba responder por el incumplimiento injustificado de sus obligaciones que fuera advertido después de recibida la obra. Así tenemos que la LCE, en su artículo 50° establece:

> *El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos (…) En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.*

Asimismo, en el numeral 52.2 de la referida Ley se dispone:

> *Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50° de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.*

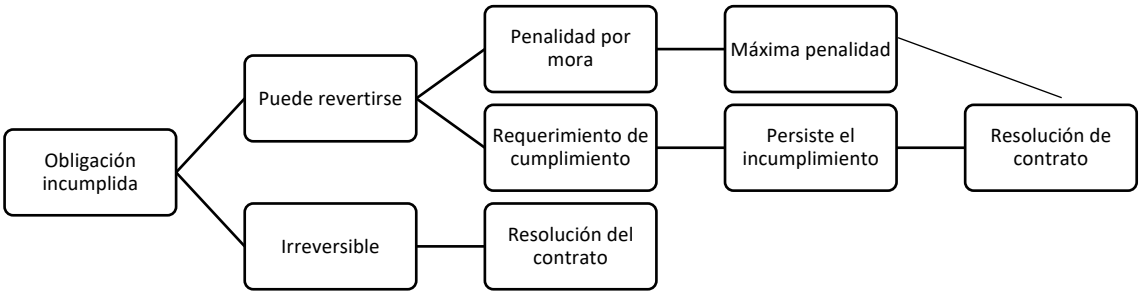
En sentido similar, en numeral 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones existe la siguiente disposición normativa:

> *Las discrepancias en relación a defectos o vicios ocultos deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la recepción de la obra por la Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.*

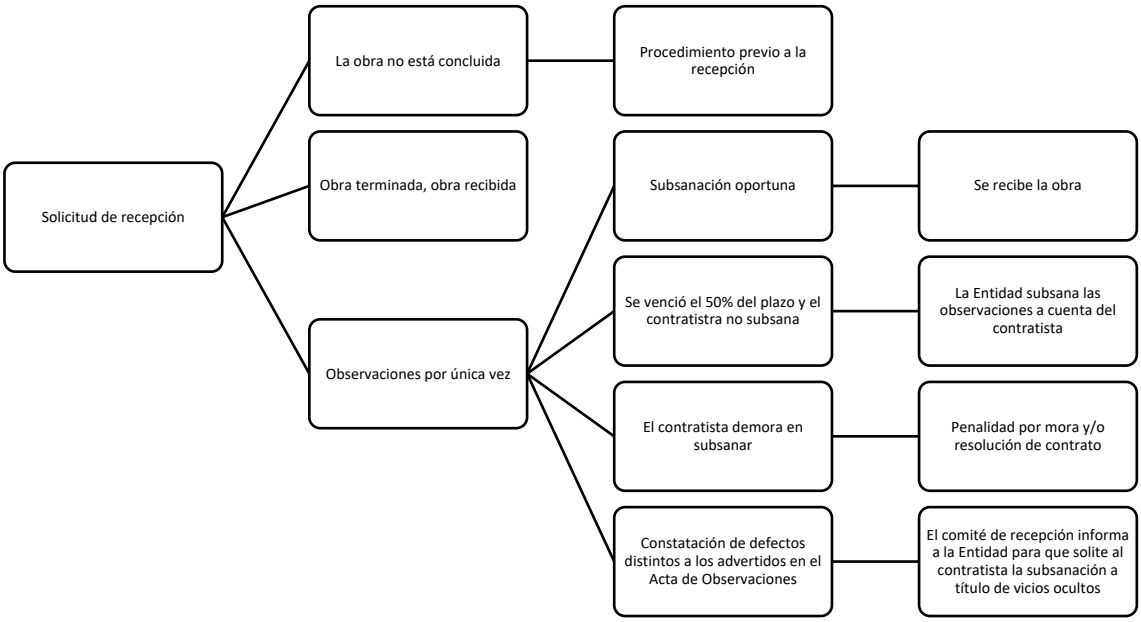
La misma Ley, en el literal c) del numeral 51.1 de su artículo 51°, califica como infracción administrativa, si mediante sentencia judicial o laudo arbitral firme se comprueba que el contratista entregó la obra con vicios ocultos.

7.21 De la interpretación sistemática de las normas legales transcritas se puede concluir que el legislador ha previsto hasta tres procedimientos para la verificación de la inejecución de obligaciones, exigir su cumplimiento y aplicar las consecuencias, teniendo como hito divisor para la aplicación de cada uno de ellos, la recepción de la obra. A continuación, se muestran el diagrama de cada uno de ellos:

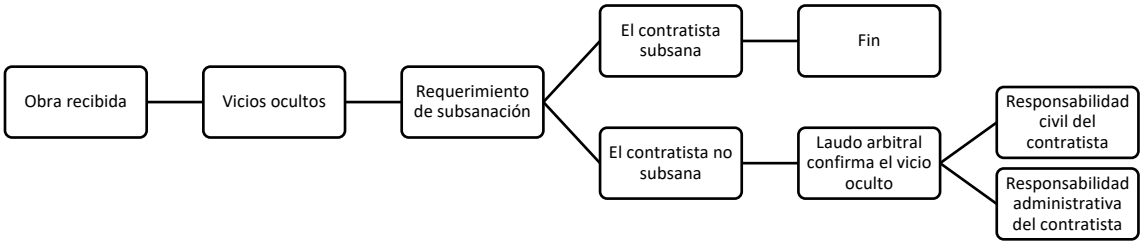
Procedimiento Nº 1: Antes de la recepción de la obra:



Procedimiento Nº 2: Durante la recepción de la obra:



Procedimiento Nº 3: Después de la recepción de la obra:



Como puede apreciarse, el procedimiento con el que cuenta la Entidad para exigir la ejecución de obligaciones incumplidas **advertidas con posterioridad a la recepción de la obra no contempla la posibilidad de resolver el Contrato**.

7.22 Ahora bien, FONDEPES, en el numeral 1.5.3 del escrito que contiene la absolución de la demanda, afirma:

> *Con fecha 11 de julio de 2016, mediante Resolución Jefatural Nº 254-2016-FONDEPES/J, se declaró la nulidad de oficio de la recepción de la Obra, contenida en la respectiva Acta de Recepción levantada entre el 26 y 27 de enero de 2016, así como los actos posteriores a la misma.*

A su vez, el CONSORCIO, como medio probatorio Nº 02 de su demanda ha presentado copia del Acta de Recepción de la Obra (cuya existencia no ha sido objetada por la DEMANDANDA), de la que transcribimos parte de su contenido:

> *Siendo las 10:00 horas del día 26 de Enero de 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 Nº 344-2015-FONDEPES, de fecha 04 de Diciembre de 2015…*
>
> *(…)*
>
> *III. DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA – ACTA DE OBSERVACIONES*

1. *El Comité de Recepción, en fechas 17 y 18/12/2015, se constituyó en el lugar de la obra con la finalidad de verificar el cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas del Expediente Técnico…*

2. *Producto del recorrido del Comité es esas fechas, se encontró observaciones que fueron detalladas en el Acta de fecha 18/12/2015 (…) fueron las siguientes:*

   (…)

IV. DE LA RECEPCIÓN DE LA 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 de 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 …

7.23 Se concluye, por lo tanto, que FONDEPES, mediante el comité de recepción, recibió la obra; por consiguiente, la verificación del incumplimiento de obligaciones, exigir su cumplimiento y aplicar las consecuencias al CONTRATISTA es el Procedimiento Nº 03 descrito en el numeral anterior; esto es:

- Identificación de las fallas o defectos de la obra.
- Exigir su reparación al contratista.
- Si el contratista se niega a repararlos, iniciar un procedimiento de arbitraje en el que, si se confirma la existencia de las fallas o los defectos, el contratista asumirá la responsabilidad civil y administrativa respectivas.

7.24 No obstante, en la exposición de las posiciones de las partes, ha quedado evidenciado que FONDEPES recurrió al Procedimiento Nº 01; es decir, al que ha previsto el legislador para cuando el contratista incurra en incumplimiento de obligaciones antes de que el comité de recepción reciba la obra, demostrándose que ha vulnerado el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.

7.25 Ahora bien, podría argumentarse que no es importante el procedimiento que debe seguir la Entidad para exigir al contratista la ejecución de obligaciones incumplidas, sino que estas se realicen según los términos del contrato o, para el caso, de los planos y las especificaciones técnicas contenidas en el expediente técnico. Tal apreciación, sin embargo, supone, en primer lugar, arrogarse la posición del legislador y, en segundo lugar, la no aplicación de norma legales expresas; en otras palabras, implicaría realizar control difuso para cuyo efecto se tendría que acreditar que las normas legales que regulan el procedimiento para exigir la ejecución de obligaciones incumplidas después de recibida la obra vulneran la Constitución Política y, además, afectan la validez de laudo y se demuestre la existencia de un perjuicio claro y directo respecto del derecho de alguna de las partes, tal como ha dictado el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente Nº 00142-2011-PA/TC:

> *El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso.* ***Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes****. (Resaltado y subrayado agregado).*

7.26 En el caso que nos ocupa, sin embargo, el Tribunal Arbitral carece de facultades legislativas para arrogarse la posición del legislador y establecer que la Entidad, a su sola discreción, puede recurrir a cualquier de los tres procedimientos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones para verificar las obligaciones incumplidas, exigir su ejecución y aplicar las consecuencias.

Por otro lado, no existe razones que demuestren que el Procedimiento Nº 03 impidió o limitó el derecho de FONDEPES de exigir al CONSORCIO el cumplimiento de las obligaciones que no habrían sido ejecutadas o que habrían sido ejecutada de manera defectuosa; por el contrario, las normas legales previstas en los artículos 50° y 52° de la Ley de Contrataciones garantizan plenamente ese derecho y fijan el procedimiento a seguir.

7.27 Cabe precisar, además, que el hecho de que FONDEPES opte por el Procedimiento Nº 01, ha causado que, según las palabras de su representante, mediante la Resolución Jefatural Nº 254-2016-FONDEPES/J, declare la nulidad de oficio del Acta de Recepción de Obra, situación que implicaría la aplicación de las normas legales establecida en la LPAG la que, como regla general, según las opiniones emitidas por el OSCE[1] no se aplican a los contratos.

[1] Opinión Nº 081-2022/DTN, Nº 099-2022/DTN

Se podría argumentar que la Ley de Contrataciones y su Reglamento tampoco prohíben declarar la nulidad de oficio del Acta de Recepción de Obra, tal apreciación, sin embargo, no sería compatible con el principio de legalidad, conforme al cual, las autoridades deben ejercer sus funciones al amparo de las facultades conferidas por una norma legal, tal como lo señala el OSCE en la Opinión Nº 088-2019/DTN:

> *(…) es preciso mencionar que a través del Principio de Legalidad, toda actuación de la Administración Pública debe enmarcarse dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia.*

Y, precisamente, en cumplimiento del principio de legalidad, FONDEPES tenía la obligación de exigir la ejecución de las obligaciones que habrían sido incumplidas por el CONSORCIO siguiendo el procedimiento previsto para cuando la obra fue recibida mediante la suscripción del Acta de Recepción de Obra.

7.28 Debe quedar claro que los fundamentos del laudo no significan, de modo alguno, avalar los supuestos defectos y fallas de la obra ejecutada por el CONSORCIO; por el contrario, se limitan a verificar si la actuación de FONDEPES, mediante la mediante el acto contractual que resolvió el CONTRATO fue llevada a cabo de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

3.16 En ese contexto, si está demostrado que FONDEPES, mediante Acta de Recepción de Obra de fecha 26 de enero de 2016, recibió la obra, tenía el deber de exigir la ejecución de prestaciones incumplidas, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 50° y 52° de la Ley de Contrataciones, las que no prevén, como consecuencia, la resolución del CONTRATO, sino que el contratista proceda con la reparación de las fallas o defectos y, a falta de ellas, una reparación indemnizatoria y el inicio del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

3.17 Finalmente, de la verificación de la que la decisión de FONDEPES contenida en la Carta N° 711-2018- FONDEPES/OGA, mediante la que resolvió el Contrato N° 072-2014-FONDEPES/OGA, no cumple con las formalidades que exige el segundo párrafo del artículo 209 del RLCE, dado que, la parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación de dos (2) días. El documento que resuelve el contrato no contempla esa formalidad, por lo contraviene la normativa vigente, siendo nulo e ineficaz, a pesar de que se menciona en otros documentos posteriores a la fecha de resolución del contrato, lo referido a la constatación física e inventario, lo cual no puede convalidar la transgresión de la norma por parte de la Entidad. Por lo que, al declarar nula e

ineficaz la resolución del contrato, el contrato recobra su vigencia, debiendo procederse conforme lo dispone las normas vigentes.

3.18 Por consiguiente, al estar demostrado que la decisión de FONDEPES contenida en la Carta N° 711-2018- FONDEPES/OGA, mediante la que resolvió el Contrato N° 072-2014-FONDEPES/OGA, al no haber cumplido con fijar en dicho documento el dia y la hora para efectuar la constatación física de la Obra, además de no motivar con coherencia los motivos del porqué, existiendo el acta de recepción de la Obra, resuelve el Contrato, por hechos posteriores ocurridos más dos años después, contraviniendo las normas especiales contenidas en las normas legales citadas en el numeral precedente. Por tanto, esta resolución de contrato deviene en nula e ineficaz, en cuyo caso, corresponde **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión del CONSORCIO.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR QUE PARTE DEBE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A FONDEPES ASUMIR EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

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

POSICIÓN DE FONDEPES

3.20 FONDEPES ARGUMENTA QUE EL CONSORCIO DEBERÍA SUMIR EL PAGO DE GASTOS ARBITRALES**.**

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.21 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.

3.22 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.

3.23 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 al Tribunal tomar la decisión.

3.24 Al haberse amparado la pretensión que ha motivado este proceso, el Tribunal Arbitral dispone que la DEMANDADA asuma el íntegro del monto de los costos

arbitrales representados por los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral.

3.25 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/ 6,010.99 neto para cada árbitro.
Gastos Administrativos del SNA – OSCE	S/ 5,328.81, incluido IGV.

3.26 Aun cuando dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes, ha sido el CONSORCIO quien los ha hechos efectivos, por lo que corresponde ordenar a FONDEPES devuelva al DEMANDANTE el importe total pagado.

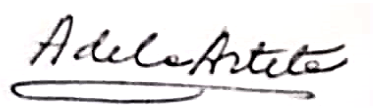
Por fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral,

VIII. LAUDA EN MAYORIA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión del CONSORCIO; y, en consecuencia, **DECLARAR** la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato Nº 072-2014-FONDEPES/OGA, comunicada por FONDEPES con la Carta Nº 711-2018-FONDEPES/OGA, del 28 de diciembre de 2018 y notificada al CONSORCIO el 31 de diciembre de 2018.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA 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, y considerando que ha sido el CONSORCIO MORIN, quien los ha cancelado, corresponde a la **DEMANDADA FONDEPES**, que realice la devolución respectiva de la suma de: S/ 11,339.80 al **CONSORCIO MORIN**.

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.



Adela Virginia Arteta Salinas
Árbitro

Orlando La Torre Zegarra
Árbitro

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

EXPEDIENTE N° S 024-2019-SNA-OSCE

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.)

vs.

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES

LAUDO
VOTO EN DISCORDIA
RESOLUCIÓN N° 22

TRIBUNAL ARBITRAL

Alicia Vela López (presidenta)

Orlando La Torre Zegarra

Adela Virginia Arteta Salinas

SECRETARÍA ARBITRAL

Jessica Navarro Palomino

Lima, 25 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 5

V. PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES 5

VI. CONSIDERANDO: 10

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS 10

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARAR NULA Y SIN EFECTO ALGUNO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA, COMUNICADA POR FONDEPES MEDIANTE CARTA N° 711-2018- FONDEPES/OGA, DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2018, NOTIFICADA AL CONSORCIO MORIN EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018. 10

POSICIÓN DEL CONSORCIO 11

POSICIÓN DE FONDEPES 13

POSICIÓN DE LA ARBITRO 14

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR QUE PARTE DEBE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A FONDEPES ASUMIR EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL. 39

POSICIÓN DEL CONSORCIO: 39

POSICIÓN DE FONDEPES 39

POSICIÓN DE LA ARBITRO 39

VIII. LAUDA EN DISCORDIA: 40

LAUDO ARBITRAL – VOTO EN DISCORDIA
(RESOLUCIÓN Nº 22)

En Lima, con fecha 25 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 Consorcio Morín (en adelante, «CONTRATISTA» o «CONSORCIO») y el Fondo de Desarrollo Pesquero – FONDEPES (en adelante, «FONDEPES» o «ENTIDAD»), 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 20 de febrero de 2019, el CONSORCIO designó como árbitro al abogado Rodolfo Aníbal Morocho Mori; mientras que, en la contestación, de fecha 27 de junio de 2019, FONDEPES designó a la abogada Adela Virginia Arteta Salinas.

3.2 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de noviembre de 2019, el CONSORCIO cambió su designación de árbitro, nombrando al abogado Orlando La Torre Zegarra.

3.3 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.

3.4 El 17 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 20 de febrero de 2019, subsanada el 19 de marzo de 2020, el CONSORCIO presentó su demanda, junto con sus medios probatorios.

5.2 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 24 de mayo de 2019, se notificó a FONDEPES la demanda.

5.3 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de junio de 2019, FONDEPES indicó que había sido indebidamente notificado, por lo que devolvió la cédula.

5.4 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 4 de junio de 2019, se volvió a notificar a FONDEPES de la demanda.

5.5 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de junio de 2019, FONDEPES contestó la demanda y formuló una excepción de caducidad.

5.6 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 16 de julio de 2019, se requirió a FONDEPES que subsane la contestación de demanda.

5.7 Mediante escrito s/n, de fecha 18 de julio de 2019, FONDEPES subsanó su contestación de demanda.

5.8 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 6 de agosto de 2019, se corrió traslado de la excepción de FONDEPES al CONSORCIO.

5.9 Mediante escrito s/n, de fecha 12 de agosto de 2019, el CONSORCIO absolvió la excepción de caducidad.

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 15 de julio de 2020, FONDEPES remitió su autorización para notificaciones electrónicas.

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

5.13 Mediante Resolución N° 1, de fecha 19 de agosto de 2020, se declaró instalado el Tribunal Arbitral, se fijaron las reglas del proceso, se otorgó un plazo a FONDEPES para que inscriba el proceso en el SEACE y se requirió el pago de los gastos arbitrales.

5.14 Mediante Resolución N° 2, de fecha 19 de agosto de 2020, se otorgó un plazo adicional para cumplir con el pago e inscribir el proceso en el SEACE.

5.15 Mediante escrito s/n, de fecha 14 de diciembre de 2020, FONDEPES acreditó la inscripción en el SEACE.

5.16 Mediante Resolución N° 3, de fecha 22 de diciembre de 2020, se indicó que no se habían efectuado los pagos y que la parte interesada quedaba habilitada a ejecutarlos.

5.17 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de febrero de 2021, el CONSORCIO solicitó que se le remitan nuevos datos de cuentas bancarias y los recibos para cumplir con los pagos.

5.18 Mediante escrito s/n, de fecha 11 de febrero de 2021, el CONSORCIO solicitó una prórroga para cumplir con el pago de gastos arbitrales.

5.19 Mediante Resolución N° 4, de fecha 12 de marzo de 2021, se otorgó al CONSORCIO el fraccionamiento solicitado.

5.20 Mediante escrito s/n, de fecha 31 de marzo de 2021, el CONSORCIO realizó el pago parcial de los gastos.

5.21 Mediante Resolución N° 5, de fecha 14 de abril de 2021, se tuvo presente el primer pago realizado por el CONSORCIO.

5.22 Mediante escrito s/n, de fecha 19 de abril de 2021, el CONSORCIO solicitó un plazo adicional para cumplir con el pago de los gastos.

5.23 Mediante Resolución N° 6, de fecha 27 de abril de 2021, se actualizó el cronograma de pago de gastos arbitrales y se otorgó un plazo adicional al CONSORCIO para que cumpla con el pago de los gastos a su cargo.

5.24 Mediante Resolución N° 7, de fecha 22 de julio de 2021, se otorgó al CONSORCIO un plazo adicional para cumplir con el pago de los gastos a su cargo, bajo apercibimiento de archivo.

5.25 Mediante Resolución N° 8, de fecha 14 de septiembre de 2021, se hizo efectivo el archivo del proceso.

5.26 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de octubre de 2021, el CONSORCIO solicita la reconsideración de la Resolución N° 8, para lo cual adjunta el pago de los gastos arbitrales.

5.27 Mediante Resolución N° 9, de fecha 13 de octubre de 2021, se corrió traslado de la reconsideración a FONDEPES.

5.28 Mediante escrito s/n, de fecha 10 de noviembre de 2021, FONDEPES absolvió la reconsideración del CONSORCIO.

5.29 Mediante escrito s/n, de fecha 19 de noviembre de 2021, el CONSORCIO acreditó el pago de los gastos arbitrales en subrogación.

5.30 Mediante escrito s/n, de fecha 22 de noviembre de 2021, el CONSORCIO acreditó el pago de los gastos administrativos en subrogación.

5.31 Mediante Resolución N° 10, de fecha 2 de diciembre de 2021, se declaró fundada la reconsideración del CONSORCIO y se le requirió el pago de la detracción.

5.32 Mediante escrito s/n, de fecha 4 de enero de 2022, el CONSORCIO acreditó el pago de la detracción.

5.33 Mediante Resolución N° 11, de fecha 17 de enero de 2022, se tuvo por cancelada la detracción y se citó a las partes a una Audiencia Especial para el 7 de marzo de 2022.

5.34 Mediante escrito s/n, de fecha 7 de marzo de 2022, FONDEPES delegó su representación para participar en otras diligencias.

5.35 El 7 de marzo de 2022 se llevó a cabo la Audiencia Especial sobre la excepción de caducidad.

5.36 Mediante escrito s/n, de fecha 8 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó nuevos documentos sobre la conciliación de las pretensiones de este proceso.

5.37 Mediante escrito s/n, de fecha 10 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó documentos adicionales referidos al proceso de conciliación de las pretensiones de este proceso.

5.38 Mediante Resolución N° 12, de fecha 21 de marzo de 2022, se tuvo presente los escritos presentados por el CONSORCIO y se los puso en conocimiento de FONDEPES.

5.39 Mediante escrito s/n, de fecha 30 de marzo de 2022, el CONSORCIO presentó documentos adicionales sobre su posición.

5.40 Mediante Resolución N° 13, de fecha 19 de abril de 2022, se tuvo presente lo expuesto por el CONSORCIO y se puso en conocimiento de FONDEPES.

5.41 Mediante escrito s/n, de fecha 20 de mayo de 2022, FONDEPES absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 13.

5.42 Mediante Resolución N° 14, de fecha 20 de julio de 2022, el Tribunal tuvo presente el escrito de FONDEPES y corrió traslado de este al CONSORCIO.

5.43 Mediante escrito s/n, de fecha 5 de agosto de 2022, el CONSORCIO solicitó al Tribunal Arbitral que resuelva su excepción de caducidad.

5.44 Mediante escrito s/n, de fecha 22 de agosto de 2022, el CONSORCIO absolvió el traslado conferido en la Resolución N° 14.

5.45 Mediante Resolución N° 15, de fecha 28 de septiembre de 2022, se tuvo presente los escritos presentados por las partes y se declaró infundada la excepción de caducidad de FONDEPES.

5.46 Mediante Resolución N° 16, de fecha 14 de febrero de 2023, se convocó a las partes a una Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 27 de febrero de 2023.

5.47 Mediante escrito s/n, de fecha 24 de febrero de 2023, FONDEPES presentó su propuesta de puntos controvertidos.

5.48 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de febrero de 2023, el CONSORCIO presentó su propuesta de puntos controvertidos y cambio su representación legal.

5.49 Mediante escrito s/n, de fecha 27 de febrero de 2023, FONDEPES presentó mayores medios probatorios.

5.50 El 27 de febrero de 2023 se llevó a cabo la Audiencia señalada en el párrafo anterior, en la que se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios que obraban en el expediente. Asimismo, sobre las nuevas pruebas de FONDEPES, se precisó que sería materia de pronunciamiento posterior.

5.51 Mediante Resolución N° 17, de fecha 9 de marzo de 2023, se tuvo presente los escritos de las partes y se corrió traslado al CONSORCIO de los nuevos medios probatorios de FONDEPES.

5.52 Mediante Resolución N° 18, de fecha 13 de abril de 2023, se dejó constancia de que el CONSORCIO no había absuelto el traslado de los nuevos medios probatorios de FONDEPES y se admitió los mismos. Asimismo, se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgando un plazo para que las partes presenten sus alegatos. Finalmente, se citó a una Audiencia de Informes Orales para el 17 de mayo de 2023.

5.53 Mediante escrito s/n, de fecha 2 de mayo de 2023, FONDEPES presentó sus alegatos escritos.

5.54 Mediante escrito s/n, de fecha 3 de mayo de 2023, el CONSORCIO presentó sus alegatos escritos y solicitó la suspensión de la Audiencia de Informes Orales.

5.55 Mediante Resolución N° 19, de fecha 10 de mayo de 2023, se tuvo presente los alegatos presentados por FONDEPES por extemporáneo los alegatos del CONSORCIO y se corrió traslado a FONDEPES del pedido de suspensión del CONSORCIO.

5.56 Mediante Resolución N° 20, de fecha 16 de mayo de 2023, se dejó constancia de que FONDEPES no absolvió el pedido de suspensión y declaró no ha lugar el pedido del CONSORCIO, en atención a que no existía acuerdo de partes.

5.57 El 17 de mayo de 2023 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

5.58 Mediante escrito s/n, de fecha 23 de mayo de 2023, el CONSORCIO presentó nuevos medios probatorios.

5.59 Mediante Resolución N° 21, de fecha 1 de junio de 2023, al haberse cerrado la etapa probatoria, se tuvo por no presentado el escrito del CONSORCIO y se fijó el plazo para emitir el Laudo Arbitral.

5.60 La Resolución N° 21 fue notificada a las partes el 6 de junio de 2023, por lo que el plazo final para emitir el Laudo Arbitral vencerá el 31 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 El CONSORCIO presentó su demanda en el plazo previsto.

6.1.4 FONDEPES 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 SE DECLARAR NULA Y SIN EFECTO ALGUNO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 072-2014-FONDEPES/OGA, COMUNICADA POR FONDEPES MEDIANTE CARTA N° 711-2018- FONDEPES/OGA, DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2018, NOTIFICADA AL CONSORCIO MORIN EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

7.1 El CONSORCIO indica que el 18 de noviembre de 2014 suscribió un contrato con FONDEPES 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 El CONSORCIO indica que la obra y su adicional fueron ejecutadas conforme a sus respectivos Expedientes Técnicos, así como las solicitudes indicadas por FONDEPES.

7.3 Dicha parte sostiene que el 27 de enero de 2016 se realizó la recepción de la obra, emitiéndose la respectiva acta. Ante ello, afirma que el 28 de marzo de 2016 presentó la Liquidación de Obra.

7.4 El CONSORCIO indicó que el 27 de mayo de 2016 FONDEPES formuló observaciones a la Liquidación de la Obra. Como respuesta, el CONSORCIO argumenta que remitió a FONDEPES el levantamiento de la Liquidación de la Obra; sin embargo, sostiene que le plantearon correcciones por las valorizaciones de octubre y noviembre de 2015, por no ajustarse al Expediente Contractual.

7.5 El CONSORCIO afirma que FONDEPES le comunicó que las observaciones formuladas en la liquidación no fueron levantadas en su totalidad, por lo que el 28 de junio de 2016 FONDEPES habría iniciado un proceso bajo el expediente Nº S-188-2016/SNA-OSCE.

7.6 Por otro lado, el CONSORCIO indica que se inició un proceso de nulidad del Acta de Recepción de Obra, lo que se tramita en el expediente Nº S-211-2016/SNA-OSCE.

7.7 El CONSORCIO argumenta que, pese a que se mantiene la validez y eficacia del Acta de Recepción de Obra, pues no han sido declaradas nulas, FONDEPES habría pretendido realizar otro proceso de recepción, indicando que era uno de verificación de culminación de obra.

7.8 El CONTRATISTA manifiesta que FONDEPES formuló nuevas observaciones, cuando la obra habría sido recepcionada por el Comité de Recepción, designada por dicha Entidad.

7.9 El CONTRATISTA indica que FONDEPES, el 28 de diciembre de 2018, cursó la Carta Nº 711-2018-FONDEPES/OGA, resolviendo el CONTRATO por incumplimiento de obligaciones, al no cumplir con las Especificaciones Técnicas.

7.10 El CONSORCIO argumenta que la resolución es nula de pleno derecho por contravenir los artículo 210 y 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, así como vulnerar lo pactado por las partes en las cláusulas segunda, quinta y undécima del CONTRATO.

7.11 El DEMANDANTE afirma que el CONTRATO se cumplió con la ejecución de la obra, por lo que todo ello culminó con la recepción de la obra, lo que generó la liquidación. Dicha parte sostiene que los actos bilaterales no pueden ser dejados sin efecto.

7.12 Para el CONSORCIO, habiéndose suscrito el Acta de Recepción de Obra, se dio la conformidad y, por tanto, no se puede alegar de deficiencias en la obra. Dicha parte sostiene que, luego de la recepción, no quedan obligaciones contractuales, siendo que lo único pendiente sería la liquidación de la obra.

7.13 El CONSORCIO indica que no incurrió en incumplimiento de obligaciones de las especificaciones técnicas como alegaría la carta de resolución. Por lo expuesto, indica que se ha incurrido en el supuesto nulificante del artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por contravenir los artículos 210° y 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.14 Asimismo, el CONSORCIO indica que la resolución es nula por contravenir el numeral 2 del articulo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por lo siguiente:

7.14.1 No hay competencia, pues la resolución fue ejecutada por la jefe de la Oficina General de Administración de FONDEPES, quien no tendría competencia para resolver el CONTRATO. Asimismo, indica que la decisión de resolver el CONTRATO debe ser suscrito por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico del que suscribió el CONTRATO.

7.14.2 No habría un objeto o contenido lícito, pues la resolución del CONTRATO no se ajusta al literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones con el Estado ni los artículos 210° y 211° de su Reglamento.

7.14.3 No se ha seguido el procedimiento regular, pues no se cumplió con el procedimiento de requerimiento previo regulado en el artículo 169° del Reglamento, pues se obliga a requerir mediante Carta Notarial para que la otra parte satisfaga las obligaciones incumplidas y tampoco ha cumplido con el procedimiento previsto en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento que obliga a indicar en la carta de resolución

fecha y hora para la constatación física e inventario en el lugar de la obra.

7.15 Por otro indica que la resolución sería nula porque desde el 27 de enero de 2016 no existía alguna observación ni deficiencia que constituya algún incumplimiento de obligaciones.

7.16 Por todo lo expuesto, el CONSORCIO argumenta que la resolución del CONTRATO es nula.

POSICIÓN DE FONDEPES

7.17 Sin perjuicio de los hechos presentados por el CONSORCIO, FONDEPES indica que el 11 de julio de 2016, con la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J se declaró la nulidad de oficio de la recepción de la obra, así como sus actos posteriores.

7.18 En consecuencia, sostiene que el 21 de noviembre de 2018, con el Informe Nº 001-2018-FONDEPES/PHP, el Coordinador del Área de Obras, Equipamiento y Mantenimiento de la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola concluyó que el CONSORCIO no cumplió con ejecutar la obra al 100%, habiéndose encontrado graves deficiencias constructivas y de funcionamiento que hacen que la obra tenga carácter irreversible.

7.19 En atención a ello, FONDEPES alega que el 31 de diciembre de 2018 resolvió el CONTRATO por incumplimiento irreversible de las obligaciones contractuales.

7.20 Asimismo, sostiene que el 30 de enero de 2019 se realizó la constatación física de la obra, en compañía del Juez de Paz.

7.21 Respecto del alegato del CONSORCIO, referido a que la resolución sería nula, FONDEPES indica que ello es incorrecto, pues la causal que fue utilizada era el incumplimiento irreversible de obligaciones, lo cual se encuentra regulado en la normativa de contrataciones con el Estado.

7.22 FONDEPES indica que las defensas de cabezo diferían radicalmente con las características y diseño establecidos en el Expediente Técnico, tanto a nivel del diseño como de los materiales implementados. Por otro lado, afirma que los cambios indicados no fueron aprobados, por lo que nunca hubo una autorización de lo ejecutado por el CONSORCIO.

7.23 Como prueba de ello, indica que, con la Carta Nº 058-2015/CM, el CONSORCIO solo comunicó a la supervisión su pedido de cambio; sin embargo, no hubo aprobación de dicha modificación. En estos casos, la modificación del CONTRATO

reviste de una formalidad no respetada. Asimismo, FONDEPES indica que el CONSORCIO tampoco respetó los planos para el filtro biológico.

7.24 FONDEPES sostiene que la obra no fue ejecutada de manera adecuada ni en el plazo pactado, conforme obra en el Informe Nº 020-2019-FONDEPES/PHP, razón que generó la resolución del CONTRATO.

7.25 La ENTIDAD sostiene que la situación generada era irreversible, por lo que no se hizo una imputación de incumplimientos contractuales, sino que se resolvió al amparo de la normativa de contrataciones con el Estado.

7.26 Respecto de la competencia para resolver el CONTRATO, FONDEPES indica que la facultad de resolver el CONTRATO no es una facultad indelegable. En este caso, indica que esta facultad se delegó con la Resolución Jefatural Nº 115-2013-FONDEPES/J, por lo que existía una facultad para que se resuelva este CONTRATO.

7.27 Asimismo, sostiene que los literales e) y f) de la Resolución Jefatural Nº 069-2016-FONDEPES/J delegaron al jefe de la Oficina General de Administración la facultad de suscribir y resolver contratos, por lo que este funcionario era competente para resolver el CONTRATO.

7.28 Ante ello, indica que los actos ejecutados por FONDEPES fueron emitidos por los funcionarios competentes.

7.29 Por todo lo expuesto, indica que la resolución del CONTRATO es válida y no corresponde que se deje sin efecto.

POSICIÓN DE LA ARBITRO

7.30 La presente controversia se basa en determinar si FONDEPES ejecutó de manera adecuada la resolución del CONTRATO comunicada al CONSORCIO con la Carta Notarial Nº 711-2018-FONDEPES/OGA del 28 de diciembre de 2018.

Aplicación de la LPAG

7.31 Previo a analizar la validez o no de la resolución del CONTRATO, es pertinente pronunciarse sobre la norma aplicable, pues se ha utilizado la Ley de Procedimiento Administrativo como la norma sustantiva de la relación jurídica de las partes.

7.32 Respecto de este punto, es pertinente establecer que, tal como indica la Opinión N° 130-2018/DTN del OSCE, la Ley del Procedimiento Administrativo no resulta aplicable a los contratos con el Estado, pues dicha norma tiene como finalidad

regular las relaciones entre un administrado y la Administración Pública. Dicha Opinión señala lo siguiente:

> «A lo señalado debe agregarse que, mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ha precisado lo siguiente:
>
> > "55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.
> >
> > 56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. **Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General**. (...).» (El subrayado y resaltado son agregados).

7.33 En similar sentido, la misma Opinión N° 130-2018/DTN, menciona lo siguiente:

> «En contraposición a lo señalado en el párrafo anterior, la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las**

actuaciones de la función administrativa del Estado[1] y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar[2].

Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde indicar que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza"; por consiguiente, debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en la Opinión Nº 107-2012/DTN, debe señalarse que **ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual**.

Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley Nº 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.»

7.34 Finalmente, el OSCE concluye indicando lo siguiente:

---

[1] Uno de los elementos diferenciales de la función administrativa, según Christian Guzmán Napurí, es que manifiesta una "(...) relación directa con los administrados, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan de manera directa. Asimismo, dicha función se encuentra sometida al principio de legalidad, y en especial, a la ley emanada del Parlamento (...)".Un Acercamiento al Concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho. Revista Asociación Civil Derecho & Sociedad. Publicación N° 31. Pág. 291.

[2] Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.
2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.
3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley."

«Por otro lado, resulta pertinente mencionar que el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, diferencia los actos administrativos de los demás actos que emite la Entidad, a los que denomina "cualquier otra declaración administrativa".

En este punto, es importante considerar que el acto mediante el cual una Entidad se pronuncia sobre una solicitud de ampliación de plazo -que declara improcedente o aprueba la solicitud ampliación de plazo emitido por el funcionario u órgano facultado para ello, se efectúa dentro de las actuaciones relativas a la ejecución de los contratos de la administración pública, por tanto, correspondería a una manifestación de voluntad de la Entidad o a una declaración administrativa.

En ese sentido, mediante la presente opinión, este Organismo Técnico Especializado precisa el criterio establecido en las Opiniones N° 007- 2013/DTN, Nº 195-2015/DTN, que analizan la naturaleza de las declaraciones de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazo, en la medida que las actuaciones relacionadas con la gestión contractual (como son las decisiones de la Entidad que resuelven las solicitudes de ampliación de plazo) no tienen calidad de actos administrativos.

(…)

2.1. "De ser negativa la respuesta ¿Es procedente aplicar supletoriamente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, la cual regula la nulidad de los actos administrativos?" (Sic.)

Tal como se ha mencionado al absolver la consulta anterior, **la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar**.»

7.35 A partir de todo lo expuesto, y sin perjuicio de analizar las razones que ha expuesto el CONSORCIO para determinar la invalidez de la resolución del CONTRATO comunicada por FONDEPES, se precisa que no se puede aplicar la Ley de Procedimientos Administrativos para interpretar un acto contractual, pues iría contra la naturaleza de la LCE.

7.36 Habiendo desvirtuado la aplicación de la LPAG, corresponde determinar si la resolución del CONTRATO comunicada por FONDEPES es válida o no.

<u>Límites competenciales del Tribunal</u>

7.37 Para la árbitro es importante definir el límite de su competencia, puesto que consta en el expediente que el CONSORCIO informó la existencia de un proceso arbitral en el que se discute la validez del Acta de Recepción de Obra

7.38 Este aspecto es relevante, pues hay un límite competencial, por lo tanto, sólo se podrá decidir sobre las controversias sometidas a su conocimiento y no se podrá emitir pronunciamiento sobre cuestionamiento de competencia de otro Tribunal.

7.39 Ahora de la revisión de los actuados, podemos verificar que el CONSORCIO ofreció como prueba el Acta de Recepción de Obra, que fue emitido el 27 de enero de 2016, tal como consta de la imagen adjunta.

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:

<u>Por el Contratista CONSORCIO MORÍN</u>

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.

7.40 De acuerdo con lo informado por el CONSORCIO, el debate sobre la validez del acta de recepción de obra o de la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J que declaró la nulidad de dicha acta, debe ser resuelto por el Tribunal designado en el expediente Nº S-211-2016/SNA-OSCE.

7.41 Ante ello, el límite competencial que se deja establecido es que, al momento de analizar la presente controversia, no se podrá asumir como válida el Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de 2016 ni la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J por lo que corresponderá que se efectúe el análisis sin afectar la competencia del Tribunal Arbitral designado en el expediente Nº S-211-2016-SNA-OSCE.

Vigencia de un contrato bajo la LCE

7.42 Uno de los argumentos que ha expuesto el CONSORCIO es que el CONTRATO habría culminado con la recepción de la obra, por lo que no sería posible resolver el mismo.

7.43 La posición del CONSORCIO es válida en el sentido de que, una vez que un contrato ha culminado, no se puede resolver el mismo. En este caso, la pregunta que debe resolver el Tribunal Arbitral es ¿Cuándo culmina el CONTRATO? Esto resulta relevante pues, si el CONTRATO había culminado antes de la resolución del CONTRATO que efectuó FONDEPES, esta no podría ejecutarse.

7.44 Al respecto, el artículo 42 de la LCE indica que los contratos de obra **culminan con la liquidación y pago correspondiente**, conforme a lo siguiente:

> «**Artículo 42°. - Culminación del contrato**
>
> (…)
>
> **Tratándose de contratos de ejecución** o consultoría de obras, **el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente**, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.» (el resaltado es nuestro)

7.45 Interpretando el artículo 43° de la LCE, se adquiere convicción de que el CONTRATO no culmina con la alegada recepción del CONSORCIO, sino con la

liquidación y pago correspondiente. En ese sentido, el remedio resolutorio regulado en el artículo 44° de la LCE puede ser utilizado, pues aún no se ha culminado el CONTRATO.

7.46 En similar sentido, el artículo 149° del RLCE establece que la vigencia del CONTRATO se genera hasta que se consienta la liquidación y **se efectúe el pago correspondiente**. En este caso, resulta claro que no ha existido pago, por lo que el CONTRATO no ha culminado.

> «**Artículo 149°. - Vigencia del Contrato**
>
> El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.
>
> (…)
>
> **En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente**.» (el resaltado es nuestro)

7.47 A partir de las normas indicadas, los contratos concluyen con el pago final que efectúa FONDEPES al CONSORCIO, lo cual no ha ocurrido, por lo que corresponde proseguir con el análisis de la resolución.

La carga de la prueba y la teoría del pago

7.48 Otro aspecto medular de este proceso es determinar la carga de la prueba de cada una de las partes, respecto de los actos ejecutados y lo referido a la teoría del cumplimiento de prestaciones o, como está regulado en nuestro país, la teoría del pago.

7.49 En este momento, se tiene en consideración los diversos medios probatorios aportados por las partes a lo largo del proceso, con la finalidad de adquirir convicción sobre la resolución del CONTRATO ejecutada por FONDEPES, pues cada una tendrá que demostrar los aspectos que así le competen.

7.50 Las preguntas medulares sobre las que girará este punto del análisis son: ¿A quién le corresponde demostrar la validez o invalidez de la resolución del CONTRATO? ¿Quién tiene la carga de la prueba sobre el cumplimiento de obligaciones del CONTRATO?

7.51 Las preguntas anteriores no son menores, pues, sobre esa base, se determinará a qué parte le correspondía probar cada uno de los hechos; sin embargo, para

lograr una respuesta sobre los hechos antes expuestos, se debe atender a las reglas que establece el ordenamiento jurídico.

7.52 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».

7.53 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.

7.54 Lo antes expuesto resulta de especial relevancia para este caso, pues como sostiene Bianca y Rinaldi[3], 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, siendo que el CONSORCIO es quien debe demostrar que cumplió con su prestación.

7.55 Así, para la árbitro 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.

7.56 En el Perú, Osterling[4] 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.

7.57 En este caso, la regla del artículo 1229° del Código Civil es la que permite, incluso sin tomar en cuenta el Acta de Recepción de Obra emitida el 27 de enero de

---

[3] 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.

[4] 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).

2016, y la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J, emitir una decisión sobre esta controversia.

7.58 La razón es que los documentos antes señalados no son la única forma de demostrar el cumplimiento de las obligaciones del CONSORCIO, pues, en los dichos de esa parte, para el momento en que se resolvió el CONTRATO, su obligación ya se había ejecutado.

7.59 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.

7.60 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.

¿Existe algún vicio de validez de la resolución del CONTRATO?

7.61 Previo a iniciar el análisis de fondo sobre la resolución del CONTRATO, se tiene presente que se ha cuestionado la validez de la resolución del CONTRATO, por quien ha sido emitida y si cumplió con el procedimiento regulado.

7.62 La primera defensa que ha presentado el CONSORCIO es que la carta de resolución ha sido emitida por una persona que no contaría con las facultades para emitir dicha decisión. En este caso, el Tribunal verifica que la carta de resolución fue firmada por la jefa de la oficina general de administración.

7.63 La árbitro considera pertinente indicar que, tal como se ha dispuesto en la Casación N° 2021-97-Lima, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema y la Casación N° 1019-96-Huara, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema, los actos celebrados por el representante, en caso habría excedido los límites de las facultades que se le hubiesen conferido, **no constituyen un acto nulo**.

7.64 Contrario al argumento que ha venido exponiendo el CONSORCIO, la ineficacia que se produce, producto del acto de un supuesto no representante, es que el representado podría indicar que no le es oponible; sin embargo, ello no ocurre frente a terceros. En otras palabras, FONDEPES es el único que puede desconocer el acto de alguna persona que no sería su representante, no pudiendo el CONSORCIO pretender negar los efectos de dicho acto.

7.65 Sobre este punto, es claro que, si un representante actúa contra los intereses de su representado, este no le da eficacia al acto; sin embargo, en este caso, ello no habría ocurrido, pues el CONSORCIO no ha demostrado algún acto ejecutado por FONDEPES, el cual haya sido destinado a dejar sin efecto dicha declaración.

7.66 Esto es así, pues, conforme señala Betti, el interesado en que los efectos jurídicos del acto del representante recaigan en su esfera jurídica es el representado.[5] La doctrina ratifica la posición que viene se desarrollando, pues no sería correcto afirmar que el CONSORCIO debe ser quien valide el acto que ha sido ejecutado por el *falsus procurator* de FONDEPES. El único que debe realizar ello es FONDEPES.

7.67 Ahora, la árbitro considera pertinente precisar que, como indica Stolfi, los efectos del negocio que se ejecuta por el representante tienen eficacia, en los casos de representación, **desde el momento en que se ejecutaron**.[6] Esto es relevante pues, en todo caso, el hecho de que FONDEPES no haya emitido algún acto para viciar su declaración e, inclusive, se encuentre alegando su validez en este proceso, permite concluir que la carta de resolución cuenta con las facultades necesarias para ser emitida.

7.68 Ahora, un aspecto importante que desarrolla Barbero es que, en caso el tercero considere que debe haber una claridad sobre el acto ejecutado, tiene la facultad de poder invitar al representado a que se pronuncie sobre su ratificación, entiendo que, si no existe la misma en un determinado plazo, esta se entenderá denegada.[7] **El CONSORCIO ha pretendido desconocer el acto ejecutado por los representantes de FONDEPES sin, si quiera, analizar si este, en su calidad de representado, validaba los actos**.

7.69 Para la árbitro, conforme a los propios actos ejecutados en este proceso arbitral, FONDEPES ejecuta **un comportamiento concluyente** destinado a que el CONTRATO no tenga efectos, pues considera válida la resolución efectuada.

7.70 Asimismo, el CONSORCIO pretende desconocer un acto que, en estricto, es una facultad del representado. Dicha parte pretende negar la facultar que tenía FONDEPES de resolver el CONTRATO. Al final, **quien tiene que desconocer la eficacia del acto es FONDEPES y no el CONSORCIO**.

7.71 Por lo expuesto, no es válido el cuestionamiento presentado por el CONSORCIO en este primer aspecto.

7.72 El segundo cuestionamiento se encuentra referido a indicar si la carta de resolución del CONTRATO ha respetado la regulación de la LCE y el RLCE, pues, conforme alega el CONSORCIO, FONDEPES no habría respetado lo dispuesto en la normativa aplicable.

---

[5] Betti 2000. Teoría General del Negocio Jurídico. En: Granada. Comares. Págs. 522-523.
[6] Stolfi 1959. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Págs. 249 – 250.
[7] Barbero 1967. Sistema del Derecho Privado. Sexta Edición. Volumen 1. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores. Págs. 511.

7.73 Conforme regula en el artículo 40° de la LCE, en su inciso c), FONDEPES puede resolver el CONTRATO, por lo siguiente:

> «**Artículo 40°. – Cláusulas obligatorias en los contratos**
>
> (…)
>
> c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. **El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento**. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.» (el resaltado es del Tribunal Arbitral)

7.74 Conforme se observa de la cláusula antes citada, FONDEPES puede resolver el CONTRATO sin un requerimiento previo, en los casos que el RLCE, haya dispuesto.

7.75 A partir de lo anterior, se aprecia que, en el artículo 169 del RLCE, se ha regulado, como una causal de resolución por incumplimiento, la imposibilidad de reversión del mismo, precisando que, en esos casos, no es necesario un requerimiento previo. Para estos casos, el RLCE precisa que solo basta comunicar la resolución del CONTRATO, conforme se aprecia a continuación:

> «**Artículo 169°. – Procedimiento de resolución de Contrato**
>
> (…)
>
> **No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando** la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o **cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar**

al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.» (el resaltado es del Tribunal Arbitral)

7.76 En ese orden de ideas, el cuestionamiento del CONSORCIO, referido a que FONDEPES no podría resolver el CONTRATO por una falta de requerimiento no es correcto, pues el supuesto existe en la normativa aplicable

7.77 Al respecto, la árbitro observa que la carta de resolución indicó que el CONSORCIO se encontraba en una situación de incumplimiento irreversible con las obligaciones contractuales que se habían establecido en las Especificaciones Técnicas, tal como se aprecia en los siguientes documentos:

CARTA NOTARIAL

Lima, 28 de diciembre de 2018.

CARTA N° 711 – 2018-FONDEPES/OGA

NOTARIAL N° 16494

Señor:
Jorge Añorga Urteaga
Representante Legal
Consorcio Morín
Urbanización Pacífico Mz 12 Lt 75 interior 3 (Tercer Piso)
Distrito de Nuevo Chimbote – Provincia del Santa
Presente.-

Asunto : Resolución de Contrato por incumplimiento irreversible.

3. Que, visto lo señalado en el documento de la referencia b) y c), se constata que vuestra representada ha incumplido de manera irreversible con las obligaciones contractuales establecidas en las especificaciones técnicas de las bases, que forman parte del contrato, tal como lo establece en su cláusula sexta.

4. En consecuencia, le comunicamos que en aplicación de la Cláusula Décimo Quinta del contrato suscrito, derivado de la Licitación Pública N° 06-2014-FONDEPES, el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero ha tomado la decisión de "RESOLVER EL CONTRATO" por incumplimiento de sus obligaciones, pese a haber sido requerido para ello, tal como lo establece el Artículos 169°[1] del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

7.78 El Tribunal aprecia que FONDEPES resuelve el CONTRATO en atención a que el CONSORCIO se encontraba en un incumplimiento irreversible de todas las imputaciones de incumplimiento que se le habían indicado en el Acta de Verificación de Obra del 31 de agosto de 2016. En este caso, el acta en mención señalaba lo siguiente:

> Durante el recorrido hecho por el Comité, se encontró que la obra se encuentra inconclusa observándose que el Sistema de Defensa del muelle espigón fue ejecutado en un solo lado del cabezo (lado derecho) con pilotes metálicos de sección tubular de Ø6" de diámetro así como la implementación de llantas de arco Ø20" como amortiguadores de impacto, las mismas que están fijadas a los tubos metálicos mediante cadenas de acero.
>
> Sin embargo, en el Plano "Estructuras Portuarias – Detalle de Sistema de Defensa" (lámina EP-04) folio 006 del tomo 5 del Expediente Técnico de la referida obra, alcanzado al Comité mediante CARTA N°125-2016- FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM, de fecha 11/08/2016, establece que el Sistema de Defensa del muelle espión, debe ser construido con Pilotes metálicos conformado por dos (02) rieles (soldados paralelamente entre sí), largueros dispuestos horizontalmente compuestos también de rieles metálicos, amortiguadores de impacto (defensas tipo "D"), de igual forma, en el Plano EP-05, folio 005 del tomo 5 del Expediente Técnico de la obra, figura el Sistema de Defensa en ambos lados del Cabezo del muelle.

7.79 Un aspecto que la árbitro verifica es que este documento fue emitido <u>por los mismos miembros del Comité de Recepción y el Supervisor, que habían participado en la emisión del Acta de Recepción de Obra</u>, aspecto que es relevante, considerando lo que resuelve en este proceso tiene como finalidad determinar si la resolución del Contrato Nº 072-2014-FONDEPES/OGA, debe declararse nula y sin efecto alguno.

7.80 Que, la causal por la que se resolvió el CONTRATO involucraba una supuesta deficiencia técnica en el proceso constructivo que el CONSORCIO habría incurrido, considerados como irreversibles. En estos momentos, no se está analizando si efectivamente se incurrió o no en una deficiencia, pues ello corresponde al momento en el que se valore si hubo incumplimiento del CONTRATO; sin embargo, sí es pertinente indicar que, en caso exista una deficiencia en la técnica del proceso constructivo, nos encontramos ante una situación de incumplimiento que es imposible de ser revertida.

7.81 Adicionalmente, la situación de imposible reversión no solo la genera el acto en sí mismo, sino la inacción que tiene una parte. En este caso, el CONSORCIO puede demostrar la inexistencia de incumplimiento de su parte y que ejecuto la obra de acuerdo con los requerimientos establecidos en el CONTRATO; sin embargo, esa defensa es una de fondo y no de forma. Siendo ello así, en caso existiera la

deficiencia constructiva que FONDEPES ha utilizado, la causal de resolución por imposibilidad de reversión se cumpliría.

7.82 La árbitro considera que el hecho imputado es considerado como imposible de ser revertido, por lo que corresponde que se apliquen los remedios que el FONDEPES consideraba adecuados. Como se ha indicado previamente, en estos momentos, no se valida si había incumplimiento o no del CONSORCIO, sino, únicamente, si había un vicio formal en la resolución del contrato efectuada por FONDEPES.

7.83 La imputación realizada por FONDEPES se encuentra dentro de la figura de la imposibilidad de reversión. Esto es así, pues, si existe un incumplimiento generado por una variación en la técnica de la construcción de la obra, no se puede hacer el cambio general de dicha situación sin que implique la ejecución de nuevos actos no contemplados en el Expediente Técnico original. Si el CONSORCIO, mientras ejecutaba el CONTRATO, cambio condiciones de ejecución, ello es imposible de ser revertido por la secuencia constructiva que tiene todo proceso de obra. Para el Tribunal, de verificar que hay un incumplimiento sobre este punto, ello será un hecho que no puede ser revertido.

7.84 La imputación de FONDEPES califica como un elemento que pudo ser imputado como de imposible reversión, siendo que, en un segundo momento, corresponderá determinar si ello ocurrió, generando la resolución del CONTRATO.

7.85 Por lo expuesto, no es válido el cuestionamiento presentado por el CONSORCIO en este segundo aspecto.

7.86 El tercer cuestionamiento que ha presentado el CONSORCIO es que la resolución del CONTRATO no citó a la constatación física, conforme lo prevé el artículo 209 del RLCE.

7.87 Al respecto, se tiene presente que el artículo antes mencionado indica que, en la carta de resolución, se debe citar a la constatación física, lo cual no se hizo en la resolución indicada, sin embargo, conforme consta en la Carta Nº 28-2019-FONDEPES/OGA, del 25 de enero de 2019, FONDEPES citó a la constatación física

e inventario de la obra para el 30 de enero de 2019, conforme se observa a continuación:

Lima, 25 ENE. 2019

CARTA N° 28 – 2019-FONDEPES/OGA

Señor
Jorge Añorga Urteaga
Representante Legal
Consorcio Morín
Urbanización Pacífico Mz I 2 Lt 75 interior 3 (Tercer Piso)
Distrito de Nuevo Chimbote – Provincia del Santa
Presente.-

Asunto : Resolución de Contrato - Constatación Física e Inventario.

Referencia : a) Carta N° 711-2018-FONDEPES/OGA
b) Contrato N° 072-2014-FONDEPES/OGA – "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad – Saldo de Obra".

Mediante el presente documento hago de su conocimiento lo siguiente:

1. Con fecha 18 de noviembre del 2014, se suscribió el contrato N° 072-2014-FONDEPES/OGA con el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero para la Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad – Saldo de Obra, derivado de la Licitación Pública N° 006-2014-FONDEPES.

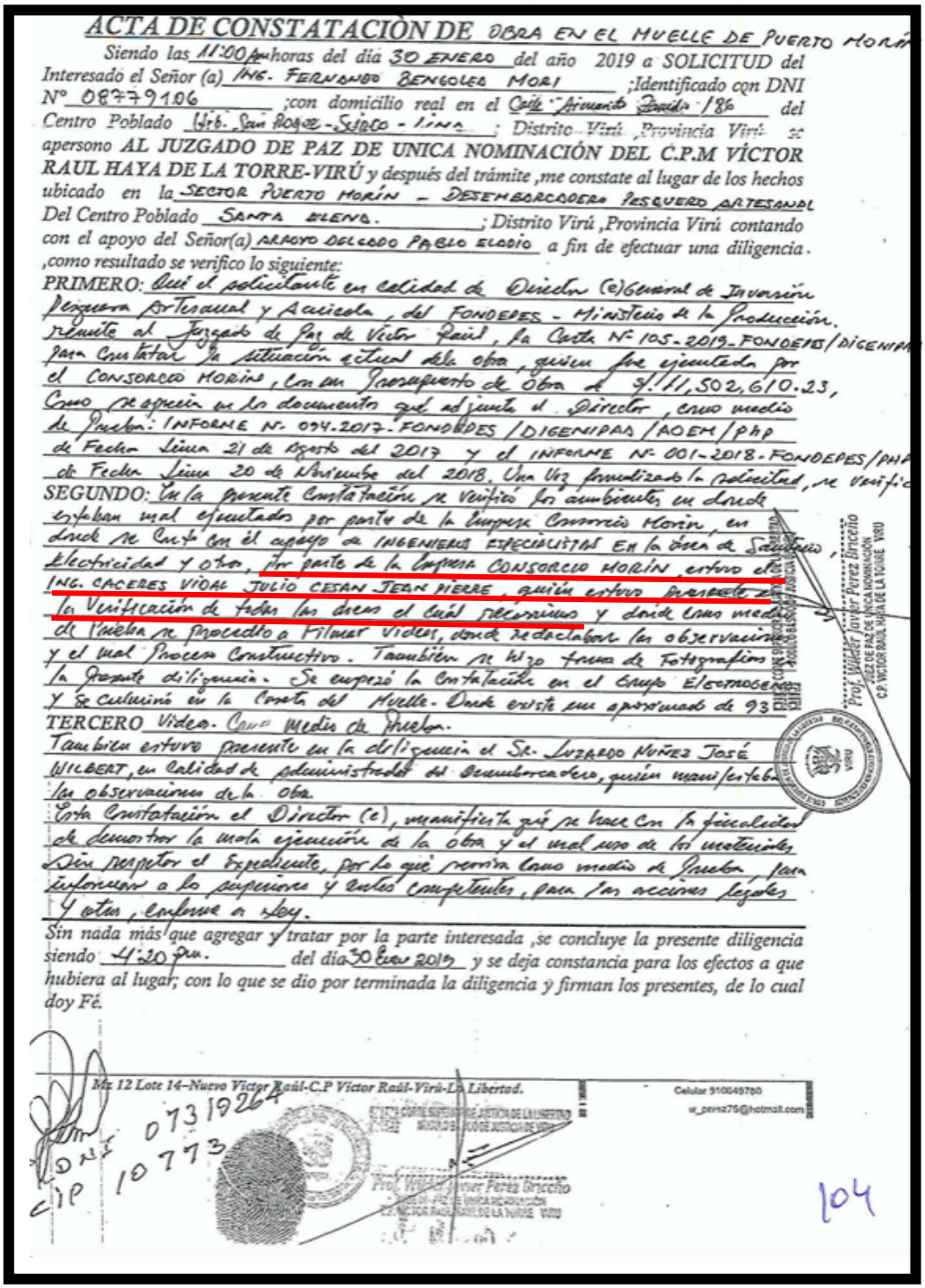
2. Que, mediante Carta Notarial N° 711-2018-FONDEPES/OGA, recepcionada por su representada el 28 de noviembre del 2018; se notificó la decisión de resolver el contrato por incumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en las especificaciones técnicas de las bases, que forman parte del contrato, tal como lo establece en su cláusula sexta, ello; a pesar de haber sido requerido en diversas comunicaciones la subsanación de las deficiencias en obra, no obteniendo respuesta ni acción alguna ante los hechos descritos en los documentos remitidos.

3. En consecuencia y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 209[1] del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señalamos que la constatación física e inventario de la obra se realizará a partir del día 30 de enero a horas 09 am, hasta el 1ro de febrero del 2019, en la obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad, a fin de levantar el acta correspondiente".

Atentamente,

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

7.88 Asimismo, conforme consta en el Acta de Constatación de Obra en el muelle de Puerto Morín, del 30 de enero de 2019, ejecutada por el Juzgado de Paz de Única Nominación de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, en el Centro Poblado Víctor Raúl Haya de la Torre – Virú, se hizo efectiva la visita a la obra y se emitió el acta pertinente.



ACTA DE CONSTATACIÓN DE OBRA EN EL MUELLE DE PUERTO MORÍN

Siendo las 11:00 horas del día 30 ENERO del año 2019 a SOLICITUD del Interesado el Señor (a) ING. FERNANDO BENGOLEA MORI ;Identificado con DNI N° 08779106 ;con domicilio real en el Calle Arequipa 186 del Centro Poblado Urb. San Roque - Surco - Lima ; Distrito Virú ,Provincia Virú se apersono AL JUZGADO DE PAZ DE UNICA NOMINACIÓN DEL C.P.M VÍCTOR RAUL HAYA DE LA TORRE-VIRÚ y después del trámite ,me constate al lugar de los hechos ubicado en la SECTOR PUERTO MORÍN – DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL Del Centro Poblado SANTA ELENA. ; Distrito Virú ,Provincia Virú contando con el apoyo del Señor(a) ARROYO DELGADO PABLO ELODIO a fin de efectuar una diligencia. ,como resultado se verifico lo siguiente:

PRIMERO: Que el solicitante en calidad de Director (e) General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuicola, del FONDEPES - Ministerio de la Producción. remite al Juzgado de Paz de Víctor Raúl, la Carta N° 105-2019-FONDEPES/DIGENIPA para Constatar la situación actual de la obra, quien fue ejecutada por el CONSORCIO MORÍN, con un Presupuesto de Obra de S/. 11,502,610.23, Como se aprecia en los documentos que adjunta el Director, como medio de Prueba: INFORME N° 034-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/PHP de Fecha Lima 21 de Agosto del 2017 y el INFORME N° 001-2018-FONDEPES/PHA de Fecha Lima 20 de Noviembre del 2018. Una Vez formalizado la solicitud, se verific

SEGUNDO: En la presente Constatación se Verificó los ambientes en donde estaban mal ejecutados por parte de la Empresa Consorcio Morín, en donde se Cuenta con el apoyo de INGENIEROS ESPECIALISTAS EN la área de Sanitario, Electricidad y otros, por parte de la Empresa CONSORCIO MORÍN estuvo el ING. CACERES VIDAL JULIO CESAR JEAN PIERRE, quién estuvo presente en la Verificación de todas las áreas el cual recorrimos y donde como medio de Prueba se procedió a Filmar Videos, donde se detallaban las observaciones y el mal Proceso Constructivo. También se hizo toma de Fotografías la Presente diligencia. Se empezó la Constatación en el Grupo Electrogeno y se culminó en la Caseta del Muelle. Donde existe un aproximado de 93

TERCERO Video. Como medio de Prueba.

También estuvo presente en la diligencia el Sr. LUZARDO NUÑEZ JOSÉ WILBERT, en Calidad de administrador del Desembarcadero, quién manifestaba las observaciones de la obra.

Esta Constatación el Director (e), manifiesta que se hace con la finalidad de demostrar la mala ejecución de la obra y el mal uso de los materiales sin respetar el Expediente, por lo que remite como medio de Prueba, para informar a lo superiores y entes competentes, para las acciones legales y otros, conforme a Ley.

Sin nada más que agregar y tratar por la parte interesada ,se concluye la presente diligencia siendo 4:20 pm. del día 30 Enero 2019 y se deja constancia para los efectos a que hubiera al lugar; con lo que se dio por terminada la diligencia y firman los presentes, de lo cual doy Fé.

Mz 12 Lote 14–Nuevo Victor Raúl-C.P Victor Raúl-Virú-La Libertad. Celular 910649760 u_perez75@hotmail.com

Prof. Walter Javier Perez Briceño
JUEZ DE PAZ DE UNICA NOMINACIÓN
C.P. VICTOR RAUL HAYA DE LA TORRE VIRU

DNI 07319264
CIP 10773

104

7.89 Tal como se puede advertir, lo primero que se debe aclarar es que sí se citó a una constatación de la obra; sin embargo, esto se hizo después de resuelto el CONTRATO. Asimismo, es importante mencionar que en dicha diligencia participo en representación de Consorcio Morin, el Ing. Julio Cesar Jean Pierre Cáceres Vidal, sin que manifestara objeción alguna respecto a dicha diligencia y lo consignado en el acta.

7.90 Ahora bien, dicho lo anterior e interpretando el artículo 209 del RLCE, la pregunta que surge es la siguiente: en los casos que no se cite a la constatación física en la carta de resolución y se haga de forma posterior, ¿La resolución es inválida? La árbitro considera que la respuesta es negativa.

7.91 El fundamento que sustenta esta decisión es que la no citación a la constatación física no es un aspecto que afecte la resolución por incumplimiento del CONTRATO. Sostener lo contrario involucraría afirmar que, para que un incumplimiento sea válido, se debe hacer una constatación física de obra, posterior al acto resolutorio. Esta posición es errada, pues la constatación siempre es posterior a la imputación del incumplimiento.

7.92 En ese sentido, se debe afirmar que no depende de la constatación física los incumplimientos que se imputan en una resolución del CONTRATO.

7.93 La constatación física no valida o invalida los incumplimientos que se imputan, pues el hecho de que esta se ejecute no genera una reversión del incumplimiento. Parala árbitro, el no citar a la constatación física lo único que genera es la transferencia del riesgo por el periodo que transcurre entre el acto resolutorio y la fecha de la constatación.

7.94 La constatación física involucra un informe sobre el estado de la obra; por tanto, en los casos en los que la constatación física no se cite en el acto resolutorio, si bien no se invalidará el mismo, habrá una transferencia del riesgo a la parte que ha ejercido la resolución. Para la árbitro esta es la única consecuencia jurídica, más no la invalidez de una resolución, pues los incumplimientos no son dependientes de un acto posterior a la resolución ejecutada.

7.95 Por lo expuesto, no es válido el cuestionamiento presentado por el CONSORCIO en este tercer aspecto

7.96 Explicado todo lo anterior, la árbitro no considera que exista un vicio formal en la resolución del CONTRATO ejecutada por FONDEPES.

¿Hubo cumplimiento de obligaciones?

7.97 Ahora bien, respecto al cumplimiento de las obligaciones, conforme se ha venido exponiendo y aplicando la carga de la prueba del artículo 1229° del Código Civil, corresponde que el CONSORCIO acredite que cumplió con los Expedientes Técnicos al 27 de enero de 2016.

7.98 La árbitro no puede valorar si es válido o no el acto de dejar sin efecto el Acta de Recepción, pues no es marco de su competencia; sin embargo, ello no es la única forma de demostrar que, al 27 de enero de 2016, la obra se encontraba culminada.

7.99 Incluso en el supuesto que el Acta de Recepción del 27 de enero de 2016 haya sido inválida, el CONSORCIO podía acreditar que, a dicha fecha, 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.

7.100 Para la árbitro, el Acta del 27 de enero de 2016 no resulta relevante, pues el CONSORCIO tiene que acreditar que 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.

7.101 La árbitro observa que no existe alguna prueba adicional que demuestre que el objeto del CONTRATO, la obra, se encontraba culminada al 27 de enero de 2016, pues la única prueba que ha presentado el CONSORCIO para acreditar ello es el Acta del 27 de enero de 2016.

7.102 La árbitro es enfática 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 que la habría dejado sin efecto. En este caso, lo que hace 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, la resolución del CONTRATO es válida. Adicionalmente, también se precisa que no se emitirá alguna opinión sobre la liquidación del CONTRATO, pues ello es competencia de otro Colegiado.

7.103 Para que la resolución del CONTRATO sea válida, es irrelevante estos documentos, pues lo que se imputa es un incumplimiento de obligaciones, lo que se acredita demostrando que, efectivamente, la obra la culminó el CONSORCIO.

7.104 El CONSORCIO tenía que demostrar lo siguiente:

7.104.1 Que las defensas de cabezo no diferían con las características y diseño establecidos en el Expediente Técnico, tanto a nivel del diseño como de los materiales implementados.

7.104.2 Que respetó los planos para la ejecución del filtro biológico.

7.104.3 La partidas se ejecutaron de acuerdo con los diseños, especificaciones y planos del expediente técnico.

7.105 Para demostrar esa posición, el CONSORCIO podía presentar diversos documentos que acrediten su posición; sin embargo, no existe mayor documentación de dicha parte.

7.106 Revisados los actuados, se puede advertir que en el Informe N° 072--2016-FONDEPES/DIGENIPAAMOEM/psardon, de fecha 24 de mayo de 2016, se menciona los incumplimientos del CONSORCIO, indicando lo siguiente:

> 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.

7.107 De igual forma, la imputación sobre partidas no ejecutadas también obra en el Informe N° 77-2016-FONDEPES/DIGENIPAAMOEM/psardon, de fecha 01 de junio de 2016, conforme a lo siguiente:

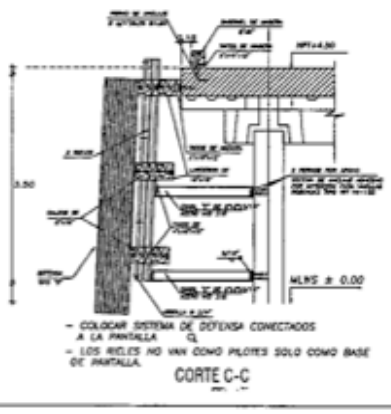
2.5 De lo antes descrito se observa que las partidas componentes del sistema de defensa no fueron ejecutadas de acuerdo a metrados, planos, análisis de costos unitarios y especificaciones técnicas del expediente técnico aprobado, y se verificó en el acervo documentario que no consta un trámite de aprobación y/o autorización de cambio de especificación técnica o adicional de obra sobre este tema;

Cabe señalar que la sola comunicación y la recepción de esta por parte del coordinador de la obra Ing. Jacinto Perales no implican la aceptación y/o autorización de cambio de especificación técnica, y no exime al contratista y la supervisión de la responsabilidad de ejecutar de acuerdo a especificaciones técnicas del proyecto;

Además se debe indicar que el supervisor de obra presentó la valorizaciones de obra N°11 y N°12 de los periodos de octubre y noviembre respectivamente, dónde se aprecia que las partidas que componen el sistema de defensa son valorizadas de acuerdo al expediente técnico aprobado y el coordinador de obra de ese entonces Ing. Jacinto M. Perales Peceros, tramitó los pagos con los Informes N°134 y 141-2015-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/JMPP, respectivamente, de la información de metrados y valorización realizada por el Supervisor de la obra.

7.108 La árbitro también tiene presente que el Informe N° 001-2018- FONDEPES/PHP de fecha 20 de noviembre de 2018, indicó los incumplimientos del CONSORCIO, es así que se hace referencia al Informe 010-2018-FONDEPES/DIGENIPAPP/AOEM/phh, en el que se menciona los siguientes incumplimiento en la obras civiles del cabezo.

OBRAS CIVILES DEL CABEZO

DE LO VERIFICADO EN OBRA	DE LO INDICADO EN EXPEDIENTE TECNICO
	De indicado en Planos (IS-01) 

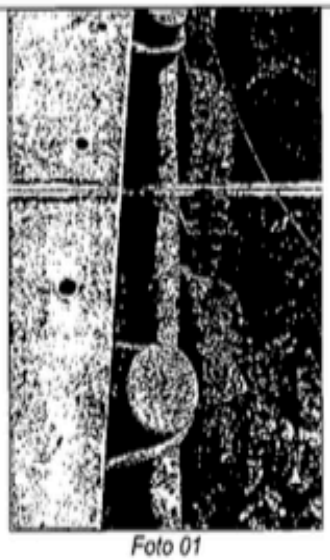
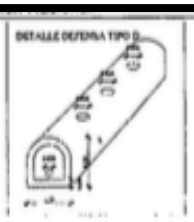


Foto 01



De indicado en Presupuesto (partida 07.04.09 OBRA PORTUARIA)

[illegible]	[illegible]				[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]

De indicado en las Especificaciones técnicas

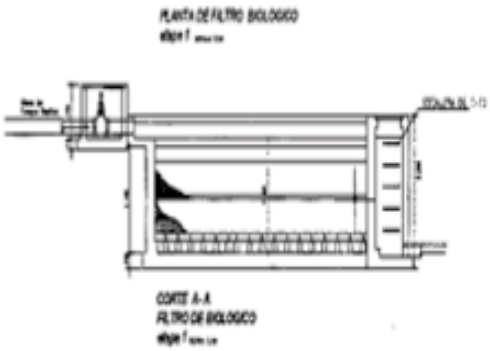
07.04.09.04 FABRICACION DE PILOTES METALICOS H, PARANTES DE DEFENSA
Alcances
Este partida considera el suministro e hincado de perfiles H metálicos de acero, los que actuarán como Parantes/largueros del sistema de defensas que se colocarán ambos lados del cabezo, para el soporte de las fuerzas de acoderamiento de las embarcaciones pesqueras hasta de 300BRT.
Los pilotes o Parantes/largueros metálicos serán construidos de planchas metálicas de 8mm de espesor y sección H de 6"x6", con una longitud promedio de 12m.
07.04.09.05 FABRICACION DE VIGAS METALICAS (LARGUEROS DE DEFENSA).IDEM ITEM 07.04.09.04
07.04.09.06 SUMINISTRO Y COLOC. DE BLOCKS DE JEBE HUECO DE 6"X6" EN VIGA
Alcances
Este partida se refiere al suministro y colocación de blocks de jebe hueco de 6"x6" con un hueco central de Ø2", elemento anclado a la viga de borde del cabezo, donde estará apoyada la viga larguero del sistema de defensa.
Los blocks de jebe deben cumplir con los compuestos de caucho de acuerdo a las normas IRAM 113.001/ASTMD2000. DUREZA shore "A" 75-5, los que serán colocados mediante pernos de anclaje insertada en la viga de borde de concreto del muelle
07.04.09.07 HINCADO DE PARANTES METALICOS SECCION H 6"X6"X6MM, INCL. TRANSP
Alcances
Esta partida considera el proceso de colocación de la plantilla, hincado del perfil H metálico de acero y el descabezado del pilote.
Los pilotes o Parantes metálicos serán hincados hasta una profundidad mínima de 3.0m por debajo del nivel del fondo marino, previamente las cabezas serán protegidas con un cojín de madera, durante la hinca el martillo para hincar el pilote será de un tipo aprobado por el ingeniero inspector, debiendo tener un peso vivo no menor a 1/3 del peso de pilote.
07.04.09.08MONTAJE VIGAS H (6"X6"), LONG. C/PARANTES, INCL. TRANSP.
Alcances
Esta partida considera el proceso de colocación del larguero viga de perfil H metálico de acero sobre los lacos de jebe previamente colocados.
Los largueros o vigas metálicas serán colocados encima de los blocks de jebe y soldados transversalmente a los parantes, los niveles de las vigas se muestran en los planos respectivos.
07.04.09.09 SUMINISTRO Y COLOCACION DE DEFENSAS TIPO D
Alcances
Esta partida se refiere al suministro y colocación de defensas de jebe perfil "D" hueco de 6"x7" con un hueco central de Ø2", elemento empernado al ala del perfil H del parante metálico, donde estará apoyado a lo largo el perfil de defensa.
El perfil de jebe debe cumplir con los compuestos de caucho de acuerdo a las normas IRAM 113.001/ASTMD2000. DUREZA shore "A" 75-5, los que serán colocados mediante pernos de anclaje en el ala del parante (pilote H).

Comentario: Las defensas del muelle, **no han sido instaladas en el lado derecho del cabezo**, que además difieren totalmente de lo establecido en el plano EP-04, el cual forma parte del expediente técnico contratado; tanto las estructuras de soporte de dichas defensas, así como estas, han sido ejecutadas de acuerdo al plano AM-01 el cual **no está autorizado ni aprobado por la Entidad**, cuyos detalles y características modificaban las originales en detrimento de la calidad y operatividad de la Obra.
Así mismo, el número de defensas tipo "D" de acuerdo al plano EP-04, en total suman 56, solo para el lado

> derecho del cabezo, pero en el metrado considerado en el presupuesto (Partida 07.04.09.09) es 215 unidades, lo que nos estaría indicando que las defensas van en ambos lados del cabezo; otro de los elementos del presupuesto, que permiten deducir que las defensas del cabezo estaban presupuestadas en ambos lados, son los pilotes metálicos H de los parantes de las defensas, que en total suman 168 mts, para un solo lado del cabezo, en el presupuesto se han considerado 480 mts (Partida 07.04.0.04).
> Las defensas instaladas por el contratista con la anuencia de la supervisión y sin la aprobación de la Entidad, se han ejecutado en base al plano AM-01 y se componen de parantes fabricados con tubos de acero grado 40 de 8" de diámetro y 8 mm de espesor de pared y tubos de acero grado 40 de 4" de diámetro y 6 mm de espesor de pared para los largueros, sobre los que se han instalado dos filas de llantas que en conjunto no alcanzan los 3.50 mts de altura requeridos en el plano EP-04, por lo que la estructura de defensa actual queda muy por encima del nivel promedio del mar, dificultando el atraque de los botes que corren el riesgo de ser arrastrados por debajo de las defensas por el oleaje del mar, atraque que solo se realiza en la parte más baja de la plataforma baja y de bote en bote porque no existe espacio para otra embarcación, pues el resto de la plataforma queda muy alta para el trabajo de descarga. • En los extremos de las vigas del cabezo, se pueden observar que sobresalen de los mismos tramos del acero de refuerzo fuertemente oxidados, los cuales con el tiempo afectaran el concreto de las vigas llegando inclusive a desintegrarlo.

7.109 Asimismo, en el mencionado informe N° 001-2018- FONDEPES/PHP, también se hace referencia al Informe Nº002-2018-FONDEPES/YDN elaborado por el especialista de las Instalaciones Sanitarias, en el que se menciona las deficiencia encontradas en el filtro biológico, señalando lo siguiente:

SISTEMA DE DESAGUE DOMESTICO

DE LO VERIFICADO EN OBRA	DE LO INDICADO EN EXPEDIENTE TECNICO
Foto 20 y 21	*De indicado en Planos (IS-15)*  *De indicado en Presupuesto (partida 04.05.03.06-INSTALACIONES SANITARIAS)*

Comentario: El contratista no ha tenido el asesoramiento de un especialista sanitario al construir un filtro biológico con techo ya que en los planos no indica techar el filtro biológico y no ha construido su canal de ingreso y su sistema de distribución del filtro biológico, creando condiciones anaerobias al estar tapado el material filtrante. El material filtrante tiene que ser un material granulométrico lo que ha realizado el contratista es agregar un solo tipo de material granular que no trabaja ya que el agua pasa por encima del material granular. La cámara de contacto no cumple la función de desinfección solo es una componente que pasa el agua sin añadir el cloro.
Del tanque séptico se ha verificado que el ingreso de agua es muy escaso debido al problema de la pendiente.
El material filtrante del filtro biológico esta de color negro y tiene poca profundidad no está como indica el plano.

7.110 Finalmente, informe N° 001-2018- FONDEPES/PHP, concluye que los incumplimientos subsistirían hasta ese momento, conforme a lo siguiente:

2.2 La no culminación de partidas y/o ejecución de trabajos de forma deficiente, constituyen incumplimientos contractuales injustificados por parte de la empresa contratista, evidenciado en diversos informes, los cuales, limita el cumplimiento de los objetivos de proyecto y la finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas.

2.3 El informe sobre las obras civiles N° 010- 2018-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/php, elaborado por el Ing. Palmiro Hermoza Palma; el informe sobre las Instalaciones Sanitarias N° 002-2018-FONDEPES/YDVN, elaborado por el Ing. Yvan Darwin Vega Nolazco; el informe sobre las Instalaciones Eléctricas en baja tensión N° 006-2018-FONDEPES/DIGENIPAA/MTF, elaborado por el Ing. Miguel Ángel Enrique Tataje Fuentes; y el informe sobre Equipamiento Mecánico y Planta de Frio N° 27-2017-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM/RFV, elaborado por el Ing. Raúl Flórez Vilca, aportan los elementos facticos para acreditar los graves incumplimientos contractuales al no haber respetado los planos y especificaciones del contrato de ejecución, inclusive ejecutando partidas con planos modificados sin autorización de la Entidad; los mismos que constituyen incumplimientos irreversibles que constituyen causal de resolución del contrato.

2.4 El Expediente Técnico no puede ser objeto de modificaciones ya que ello implicaría modificar el contrato, y dicho incumplimiento realizado por el Consorcio Morin constituye un acto unilateral irremediable e irreversible pues el Contratista podrá demoler la obra y volver a ejecutarla de acuerdo al Expediente Técnico, pero lo que no podrá hacer es revertir la contravención al primer y segundo párrafo del artículo 142 del Reglamento, el cual establece que contrato está conformado (...) por los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes (Expediente Técnico), y también establece que (...) el contrato es obligatorio para las partes (...).

7.111 Asimismo, el Informe N0 020-2018-FONDEPES/PHP, de fecha 06 de junio de 2019, concluye lo siguiente.

> **4.1** De lo expuesto, podemos concluir que: La de obra no fue ejecutada conforme a su respectivo Expediente Técnico, así como atendiendo las solicitudes, indicaciones y autorizaciones de la Entidad y de la Supervisión de Obra, como manifiesta el contratista, habiendo realizado cambios de especificaciones y diseño de las defensas del cabezo sin autorización ni aprobación de la Entidad ni de la supervisión. Así mismo, ejecuto el filtro biológico incumpliendo los planos del expediente técnico, ocasionando que la obra no estuviera concluida al 100% el momento de su irregular recepción, quedando pendientes partidas ejecutadas con diseños y especificaciones no autorizadas, estructuras que no cumplen con los planos del expediente y equipos que no fueron probados en su funcionamiento, por lo cual la causal de la resolución del contrato es totalmente valida, por lo daños irreversibles ocasionados a la Entidad y a los usuarios del desembarcadero pesquero.

7.112 Como se puede observar, las imputaciones a los incumplimientos del CONSORCIO obran en diversos documentos que no han sido objetados por esta parte; es más el demandante no ha aportado alguna prueba, diferente al Acta de Recepción del 27 de enero de 2016, como documentos escritos o visuales entre otros, que permita determinar que ejecuto la prestación de manera adecuada.

7.113 Los informes antes mencionados llevan a concluir que el CONSORCIO no ejecuto la prestación de acuerdo con el expediente técnico, prueba de ello es que en las obras civiles de las defensas del cabezo, realizó cambios sustanciales en las condiciones de ejecución de la obra, incumpliendo con las especificaciones técnicas y diseño; cambios respecto a las cuales no se presentó documentación que acredite su aprobación por parte de la Entidad, generando variaciones en el proceso de construcción que no pueden ser revertidas por la secuencia constructiva de la obra y la magnitud de los trabajos. Asimismo, en la construcción del filtro biológico las estructuras no cumplen con los planos de expediente técnico.

7.114 El CONSORCIO debía acreditar la inexistencia de incumplimiento de su parte y que ejecuto la obra de acuerdo con los requerimientos establecidos en el CONTRATO, sin embargo, no aportó documentos que permitan concluir que obra se hubiese ejecutado de acuerdo con el expediente técnico y que cumplió con sus obligaciones contractuales.

Por los argumentos expuestos, la árbitro declara **INFUNDADA** la Primera Pretensión del CONSORCIO; y, en consecuencia, **DECLARAR** válida la resolución del Contrato Nº 072-2014-FONDEPES/OGA, comunicada por FONDEPES con la Carta Nº 711-2018-FONDEPES/OGA, del 28 de diciembre de 2018 y notificada al CONSORCIO el 31 de diciembre de 2018.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR QUE PARTE DEBE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A FONDEPES ASUMIR EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

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

POSICIÓN DE FONDEPES

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

POSICIÓN DE LA ARBITRO

7.117 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.

7.118 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.

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

7.120 La árbitro no ha amparado la única pretensión del CONSORCIO, al considerar que no se acreditó que dicha parte había cumplido con sus obligaciones contractuales. En este caso, la resolución del CONTRATO de FONDEPES se ejecutó por el incumplimiento de obligaciones del CONSORCIO, lo cual no pudo desvirtuarse en este proceso, por lo que este proceso se ha iniciado por un acto del CONSORCIO.

7.121 En ese orden, se considera que no existen motivos suficientes para variar la regla general contenida en la Ley de Arbitraje, pues el proceso buscaba demostrar que el CONSORCIO habría cumplido con sus obligaciones, lo cual no logró acreditar.

7.122 A partir de ello, de acuerdo con lo resuelto, corresponde que el CONSORCIO asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos de la institución arbitral.

7.123 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.

7.124 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/. 6,010.99 neto para cada árbitro.
Gastos Administrativos del SNA – OSCE	S/. 5,328.81, incluido IGV.

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

7.126 Por lo tanto, el CONSORCIO es la parte que ha asumido el total de los gastos arbitrales de la presente controversia, no correspondiendo que se ordene alguna devolución en este caso.

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

Por lo tanto, la suscrita**:**

VIII. LAUDA EN DISCORDIA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión del CONSORCIO; y, en consecuencia, **DECLARAR** válida la resolución del Contrato Nº 072-2014-FONDEPES/OGA, comunicada por FONDEPES con la Carta Nº 711-2018-FONDEPES/OGA, del 28 de diciembre de 2018 y notificada al CONSORCIO el 31 de diciembre de 2018.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Principal, en consecuencia, se **ORDENA** que el CONSORCIO 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

| Mesa de Partes Digital - Vista privada

RBARBA - UAUS / ADMINISTRADOR

DATOS DEL FORMULARIO

Código	2023-00133306
Fecha y hora registro	25/07/2023 07:20 PM
IP Público	2001:1388:91:4d2:a0:3b3a:112f:e433
Estado	RECIBIDO

DATOS DEL TRÁMITE SOLICITADO

Trámite o Servicio	COMUNICACIONES DIVERSAS
Sede	LIMA
Subsanación	NO

DATOS PRINCIPALES DEL ADMINISTRADO

DNI	08703600
Nombre / Razón Social	ALICIA VELA LOPEZ Validado con RENIEC
Teléfono	999028004
Correo	aliciavela927@gmail.com

ANEXOS

N° Folios 65

- Carta 014-2023-AVL Remite laudo Exp. S024-2019-SNA-OSCE.pdf (Documento principal)
- LAUDO EN MAYORIA:EXP 024-2019-SNA-OSCE.pdf
- VOTO EN DISCORDIA:EXP S024-2019-SNA-OSCE.pdf

Descargar archivo(s)

Evaluación

Resultado RECIBIDO

N° Trámite STD aaaa-########-SEDE

N° Exp. SGD aaaa-#######

N° Trámite Origen aaaa-########-SEDE

Observaciones

Cancelar Aceptar

Cambiar Sede

Historial de estados

Item	Estado	Observaciones	Fecha	Usuario
1	RECIBIDO		25/07/2023 07:20 PM	

Si necesita orientación, puede consultar la guía de la Mesa de Partes Digital del OSCE