Exp. N° 2625-587-19

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES vs. CONSORCIO ISLILLA COPE

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:	FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO (en adelante, el demandante o FONDEPES)
DEMANDADO:	CONSORCIO ISLILLA COPE (en adelante, el demandado o el CONSORCIO)
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente) Roger Reynaldo Casafranca García Hugo Ernesto Sologuren Calmet-Ponte
SECRETARIA ARBITRAL:	Milagros Alexandra Salvatierra Castro Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

En Lima, a los 14 días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, a la controversia planteada.

I. EL CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral, se encuentra contenido en la cláusula décima octava del Contrato N° 019-2019-FONDEPES

2. Conforme a dicho Convenio el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento).

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. El 11 de marzo de 2020, el abogado Hugo Ernesto Sologuren Calmet-Ponte remitió su aceptación como árbitro nombrado por la Corte en defecto de la parte demandada.

4. El 12 de marzo de 2020, el abogado Roger Reynaldo Casafranca García remitió su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

5. El 7 de agosto de 2020, el árbitro Manuel Diego Aramburú Yzaga, remitió su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, lo cual fue comunicado por

la secretaria arbitral a las partes, quedando así el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES ARBITRALES:

6. El 30 de diciembre de 2019, FONDEPES presentó su solicitud de arbitraje ante el CENTRO, la cual fue respondida por el CONSORCIO el 27 de enero de 2020.

7. Mediante Decisión N° 1, de fecha 15 de octubre de 2020, se determinó que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las contenidas en el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017, así como las contenidas en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, en lo que fuera pertinente.

8. Mediante Decisión N° 2, de fecha 19 de octubre de 2020, se dejó sin efecto las reglas procesales contenidas en la Decisión N° 1 y se estableció las reglas aplicables al presente arbitraje. Asimismo, se le otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles a FONDEPES a fin de que presente la demanda arbitral y un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con acreditar el registro ante el SEACE.

9. Mediante Decisión N° 3, de fecha 22 de diciembre de 2020, se corrió traslado de la demanda al CONSORCIO y se tuvo por cumplida la acreditación del registro en el SEACE.

10. Mediante Decisión N° 4, de fecha 16 de febrero de 2021, se admitió a trámite la contestación de demanda y la reconvención presentada por el CONSORCIO y; se corrió traslado de la reconvención a FONDEPES.

11. Mediante Decisión N° 5, de fecha 8 de abril de 2021, se admitió a trámite el escrito de absolución a la contestación de demanda y de contestación a la reconvención presentada por FONDEPES. Asimismo, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios adjuntados.

12. Mediante Decisión N° 6, de fecha 19 de octubre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones programada para el día 10 de noviembre de 2021 a horas 15:30 p.m. a través de la plataforma virtual Zoom.

13. Mediante Decisión N° 7, de fecha 26 de octubre de 2021, se dejó sin efecto la Decisión N° 6, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje y se reprograma la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones programada para el día 17 de noviembre de 2021 a horas 11:00 a.m. a través de la plataforma virtual Zoom.

14. Mediante Decisión N° 8, de fecha 22 de marzo de 2022, se corrió traslado al CONSORCIO de las observaciones efectuadas al Informe Pericial por parte de FONDEPES y se cito a las partes a la Audiencia Pericial programada para el día 9 de mayo de 2022 a horas 10:30 a.m. a través de la plataforma virtual Zoom.

15. Mediante Comunicación N° 26, de fecha 9 de mayo de 2022, se otorgó al FONDEPES un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presente

prueba de la fecha de creación de cada uno de los archivos digitales que obran en el anexo N° 22 de la demanda arbitral.

16. Mediante Decisión N° 9, de fecha 8 de junio de 2022, se tuvo por cumplido el mandato dispuesto mediante Comunicación N° 26 y se otorgó al FONDEPES un plazo de tres (3) días hábiles para que indique con toda precisión en qué parte del informe y sus anexos se encuentra y explica lo que se requirió mediante Comunicación N° 26.

17. Mediante Decisión N° 10, de fecha 15 de junio de 2022, se tuvo por cumplido el mandato dispuesto mediante Decisión N° 9 referente a precisar la pertinencia del contenido del Informe N° 037-2022-FONDEPES-DIGENIPAA/UFEI/JAPV por parte del FONDEPES.

18. Mediante Decisión N° 11, de fecha 16 de noviembre de 2022, se declaró infundadas las tachas por falsedad formuladas por el CONSORCIO.

19. Mediante Decisión N° 12, de fecha 12 de enero de 2023, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 21 de marzo de 2023 a horas 11:00 a.m. a través de la plataforma virtual Zoom.

20. Mediante Decisión N° 13, de fecha 19 de enero de 2023, se reprograma de oficio la Audiencia de Informes Orales para el día 20 de febrero de 2023 a horas 11:00 a.m. a través de la plataforma virtual Zoom.

21. Mediante Decisión N° 14, de fecha 07 de marzo de 2023, se tuvo por absuelto el mandato conferido en la Comunicación Nº 31 es decir se tuvieron por presentadas las conclusiones escritas finales de las partes, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, prorrogables en diez (10) días más.

22. Mediante Decisión N° 15, de fecha 25 de abril de 2023, se dejó sin efecto lo establecido en la Decisión N° 14 y, en consecuencia, sin efecto la fijación del plazo para laudar, se derivó a la Secretaria General de Arbitraje del CENTRO el incidente respecto del reajuste de gastos arbitrales a partir de las pretensiones formuladas en la demanda y reconvención y se dejó constancia que luego de haberse emitido el Pronunciamiento de la Secretaría General de Arbitraje y la cancelación total de los gastos arbitrarles que corresponda, se establecerá el plazo para laudar del presente arbitraje.

23. Mediante Decisión N° 16, de fecha 31 de julio de 2023, se tuvo por por modificada la regla del arbitraje en lo relativo a la presentación de los escritos, de acuerdo a la Razón de Secretaría de fecha 14 de julio de 2023, sin perjuicio de disponer que las partes remitan adicionalmente vía correo electrónico los escritos a los correos electrónicos del Tribunal Arbitral, con copia a la Secretaría Arbitral.

IV. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

24. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 15 de octubre de 2020 se notificó la liquidación de los gastos arbitrales correspondientes a la demanda, conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 12,395.00 neto correspondiendo a cada árbitro S/ 4,131.66 neto más impuestos de ley

Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232.00 neto más IGV

25. Al respecto, se precisa que dicha liquidación fue cancelada en su totalidad por FONDEPES

26. Respecto de la reconvención de fecha 4 de febrero de 2021 formulada por el CONSORCIO, mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 3 de mayo de 2023, se fijaron los gastos arbitrales de la siguiente manera, los cuales fueron cancelados en su totalidad por el CONSORCIO.

CONCEPTO	MONTO
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 27,272.00 neto correspondiendo a cada árbitro S/. 9,090.66 neto más impuestos de ley
Gastos Administrativos del Centro	S/. 9,951.00 neto más IGV

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

27. Mediante Decisión N° 7, de fecha 26 de octubre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Primera Pretensión Principal de la demanda):** Determinar si corresponde si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 019-- 2019-FONDEPES para la consultoría de obra: Elaboración del expediente técnico del PIP: "Creación de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de La Islilla, distrito de Paita, provincia de Paita, Región Piura", realizado por el CONSORCIO ISLILLA COPE mediante Carta N° 020- CISCP-- 2019-- FONDEPES de fecha 29 de enero del 2020, notificada con fecha 26 de noviembre del 2019 por la Notaría Alberti.

- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Segunda Pretensión Principal de la demanda demanda):** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO ISLILLA COPE el pago de la totalidad de los costos y gastos arbitrales que deriven del presente proceso.

- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Primera Pretensión Principal de la reconvención):** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare válida y/o eficaz para todos los efectos legales la Resolución del Contrato N° 019-- 2019-FONDEPES, efectuada por el CONSORCIO ISLILLA COPE y comunicada al FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES, mediante Carta N° 020-- CISCP-2019-- FONDEPES, de fecha 26 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 111220, por ser conforme a Ley y derecho.

- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Segunda Pretensión Principal de la reconvención):** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la Resolución del Contrato N° 019-- 2019--FONDEPES –Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico del PIP: "Creación servicios del desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de La Islilla, Distrito de Paita, Provincia de Paita, Región Piura", hasta por la suma de S/ 494,888.07 (Cuatrocientos Noventa y Cuatro Mil Ochocientos Ochenta y Ocho y 07/100 Soles).

- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la pretensión subordinada a la segunda pretensión de la reconvención):** Determinar si corresponde que el Tribunal Aribtral declare el derecho a poder cobrar la contraprestación pactada en el Contrato N° 019-- 2019--FONDEPES, ascendente a la cantidad de S/ 1´787,108.25 (Un Millón Setecientos Ochenta y Siete Mil Ciento Ocho con 25/100 Soles), conforme lo señalado en el artículo 1155° Código Civil.

- **SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Tercera Pretensión Principal de la reconvención reconvención):** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO –FONDEPES la devolución de nuestra Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011--0708-- 9800125487-53, emitida por el BBVA Continental, por un monto de S/ 89,355.42, renovada hasta el 28.02.2021 y

Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 91123-1, emitida por el Banco Interbank, por un monto de S/ 89,355.42, renovada hasta el 02.04.2021.

- **SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (derivada de la Cuarta Pretensión Principal de la reconvención reconvención):** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES el pago del total de los costos y costas del presente proceso, más los intereses legales que correspondan.

VI. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

28. Este arbitraje es uno de derecho. Para resolver la controversia, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada pretensión sometida a su conocimiento teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de toda ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho para sustentar o justificar una determinada posición.

29. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que, en aplicación del Principio Probatorio de *"Adquisición de la Prueba",* los medios probatorios ofrecidos por las partes, desde el momento que fueron presentados y admitidos como tales, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece lo siguiente:

"Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, deba tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien lo adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Con el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma regulatoria de esa situación de hecho.[1]

30. El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje valiéndose de las reglas de la sana crítica y apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

VII. **ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA**

[1] **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** *"Teoría General de la Prueba judicial"*. Editorial ABC Santafé de Bogotá. D.C. Colombia, 1995, p. 118.

31. Las siguientes son la Primera Pretensión Principal de la demanda y a continuación la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, las que serán analizadas conjuntamente por cuanto tienen estrecha relación la una con la otra.

Demanda:

"Primera Pretensión Principal: Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución del Contrato No. 019-2019-FONDEPES para la consultoría de obra: Elaboración de expediente técnico del PIP: Creación de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de La Islilla, distrito de Paita, provincia de Paita, Región Piura, realizado por el CONSORCIO ISLILLA COPE mediante Carta No. 020-CISCP-2019-FONDEPES de fecha 29 de enero de 2020, notificada con fecha 26 de noviembre del 2019 por la Notaría Alberti"

Reconvención:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare válida y/o eficaz para todos los efectos legales la Resolución del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, efectuada por el Consorcio ISLILLA COPE y comunicada al FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES, mediante Carta N° 020-CISCP-2019-FONDEPES, de fecha 26 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 111220, por ser conforme a Ley y derecho."

- <u>ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA</u>

32. FONDEPES indica que con fecha 2 de abril del 2019 se efectuó la convocatoria de la AS-SM-1-2019-FONDEPES-2 para la Contratación del Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico del PIP:" Creación Servicios Del Desembarcadero Pesquero Artesanal La Islilla Centro Poblado De La Islilla (Calera) – Distrito De Paita – Provincia De Paita – Región Piura" y que con fecha 24 de mayo del 2019 se efectuó la integración de las Bases.

33. Señala que el 14 de junio del 2019 se suscribió el Contrato N° 019-2019-FONDEPES, por un plazo de 180 días calendarios y un monto contratado de S/ 1´787,108.25 y que el 5 de julio del 2019 se suscribió el Acta de Constatación de Terreno (Acta de Entrega de Terreno), entregándose al Consorcio un CD con archivos digitales de lo siguiente: Perfil Aprobado, esquemas preliminares y formato de presentación, firmando el Consorcio en señal de Conformidad dicha Acta.

34. Agrega que, mediante Carta N° 009-CISCP-2019-FONDEPES3, recibida por la Entidad el 26 de agosto del 2019, el Consorcio presentó el Primer Entregable y que por Carta N° 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA4, recibida por el Consorcio el 30 de setiembre del 2019, la Entidad le remitió el Informe N° 090-2019-FONDEPES-DIGENIPAA/AEP/AVN del Coordinador del Proyecto del Área de Estudios y Proyectos, con el cual se comunicó las observaciones encontradas a su Primer Entregable, solicitándosele subsanarlas en un plazo de diez (10) días calendario.

35. Refiere que con Carta N° 016-CISCP-2019-FONDEPES5, recibida por FONDEPES el 10 de octubre del 2019, el Consorcio presentó el levantamiento de las observaciones formuladas al Primer Entregable y que

por Carta N° 1033-2019-FONDEPES/DIGENIPAA6, recibida por el Consorcio el 15 de octubre del 2019, la Entidad le comunicó que el expediente presentado del levantamiento de observaciones al primer entregable, se encontraba incompleto y no cumple con los requisitos exigidos en los términos de referencia del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, motivo por el cual se le devuelve la documentación con la finalidad efectúe el levantamiento de observaciones de acuerdo a los término de referencia, por lo que se da por no recibida dicha documentación en virtud de la Cláusula Quinta del Contrato.

36. FONDEPES explica que mediante Carta N° 1039-2019-FONDEPES/DIGENIPAA7, recibida por el Consorcio el 17 de octubre del 2019, se le convocó a una reunión para el 22 de octubre del 2019 en las oficinas de FONDEPES, con el equipo de profesionales (Jefe de Proyecto y especialistas) que participan en el desarrollo del proyecto.

37. Indica que mediante Carta N° 017-CISCP-2019-FONDEPES8, recibida por la Entidad el 25 de octubre del 2019, el Consorcio presentó nuevamente el levantamiento de observaciones de su primer entregable. FONDEPES indica que el Consorcio en su levantamiento de observaciones, señala que el estudio de mecánica de suelos con fines de cimentación tiene consideraciones y dependencias de las distribución de las edificaciones o infraestructura marítima y/o terrestre dentro del proyecto, que corresponde al Segundo Entregable (Anteproyecto Arquitectónico y Portuario que considere las mejoras al esquema preliminar portuario y arquitectónico entregado por la Entidad); Factibilidad de servicio y punto de diseño eléctrico; Factibilidad de servicio de suministro de agua y alcantarillado). FONDEPES agrega que el Consorcio en la indicada comunicación señaló también que, se ha realizado prospecciones generales inicialmente, para luego de la definición de los puntos antes mencionados se pueda en conjunto con la entidad determinar la

ubicación exacta de las futuras infraestructuras y por ende de las prospecciones a ejecutar. Por lo que solicitan aprobar el entregable N° 1 y que las recomendaciones que se consideren pertinentes se les permitan plasmarlas en el 2do Entregable, ello con la finalidad de proseguir con la correcta ejecución del servicio.

38. Expresa que por Carta N° 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA9, recibida por el Consorcio el 12 de noviembre del 2019, la Entidad le comunicó que el segundo levantamiento de observaciones a su primer entregable, de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 004-20196-FONDEPES/DIGENIPAA/AEP/EJRV del Coordinador del Proyecto del Área de Estudios y Proyectos, se encuentra incompleto y no cumple con los requisitos establecidos en los términos de referencia del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, motivo por el cual se da por no recibida dicha documentación en virtud de la Cláusula Quinta del Contrato y, se le devuelve la documentación con la finalidad que proceda a efectuar el levantamiento de observaciones de acuerdo a los términos de referencia.

39. Señala que mediante Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES10, diligenciada notarialmente (Carta Notarial N° 110957), y recibida por FONDEPES el 18 de noviembre del 2019, el Consorcio comunicó que en la información recibida mediante CD no se encontró información suficiente o se presenta información incompleta para poder desarrollar en general los entregables requeridos conforme a los términos de referencia, por lo que al amparo de lo establecido en el artículo 36 del TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por DS N° 082-2019-EF y el numeral 164.2 del artículo 164 y numeral 1656.1 del artículo 165 del RLCE aprobado por DS N° 344-2018-EF, el Consorcio requirió a FONDEPES para que en el plazo máximo de cinco (5) días, cumpla con entregar la documentación necesaria

para la elaboración del expediente técnico, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

40. Agrega que, con Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA11, diligenciada notarialmente el 25 de noviembre de 2019 (Carta Notarial N° 052741), la Entidad da respuesta a la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, comunicándole al Consorcio que cumplió con sus obligaciones esenciales solicitadas, las mismas que en su debido momento fueron entregadas como se indica en el Acta de Constatación de Terreno de fecha 5 de julio del 2019, y se le vuelve a remitir el Perfil aprobado, esquemas preliminares y formato de presentación en digital y físico, a fin de que presente el primer entregable de acuerdo a los TDR. Además, señala que FONDEPES requiere el cumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en los TDR, para lo cual se le otorga un plazo de tres (03) días calendario, para que presente el primer entregable, bajo apercibimiento de resolverle el contrato.

41. FONDEPES señala que el Consorcio mediante Carta N° 020-CISCP-2019-FONDEPES12 diligenciada notarialmente y recibida por FONDEPES el 26 de noviembre del 2019, el Consorcio comunicó que al no recibir la información completa para desarrollar el Primer Entregable, no obstante la intimación realizada, FONDEPES no ha cumplido con la obligación esencial de entregar la documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico, por lo que de conformidad con lo establecido en los numerales 165.3 y 165.1 del artículo 165 del RLCE, procedían a resolver el Contrato N° 019-2019-FONDEPES.

42. FONDEPES refiere que con Memorando N° 6855-2019-FONDEPES/DIGENIPAA13 del 18 de diciembre del 2019, la DIGENIPAA remitió a la Oficina General de Asesoría Jurídica el informe técnico y antecedente en relación a la Resolución del Contrato N°

019-2019-FONDEPES, para que procedan de acuerdo a sus competencias y al RLCE y que por Informe N° 527-2019-FONDEPES/OGAJ14 del 18 de diciembre del 2019, la Oficina General de Asesoría Jurídica, emitió un informe legal sobre la resolución del Contrato, concluyendo que no existía incumplimiento de obligaciones esenciales de FONDEPES en el Contrato y que no se configuraría el supuesto establecido en el numeral 164.2 del artículo 164 del RLCE, y que al haberse señalado en el Informe N° 007-2019-FONDEPES/ERJ que el Consorcio acumuló el monto máximo de penalidad, la cual es una causal de resolución establecida en el artículo 164, numeral 164.1, literal b) del RLCE, debe resolverse el Contrato.

43. FONDEPES señala que mediante Carta N° 02-CISCP-2020-FONDEPES15, diligenciada notarialmente (Carta Notarial N° 113938), y recibida por la Entidad el 5 de marzo del 2020, el Consorcio contestó la Carta N° 82-2020-FONDEPES-OGA, por la que FONDEPES requirió la devolución del monto otorgado en adelanto. El Consorcio señaló que no se encontraba de acuerdo, con el pedido de devolución del monto pendiente por amortizar del adelanto garantizado con la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 0011-0708-9800125797-55, de fecha 18 de junio de 2019, emitida por el Banco Continental, por un monto de S/ 268,066.25, renovada el 9 de diciembre de 2019 y vigente hasta el 30 de mayo de 2020, al haber sido amortizado casi en su totalidad, dado que el Consorcio ha empleado ese monto en la ejecución de los servicios para la presentación del Primer Entregable.

44. FONDEPES indica que mediante Carta N° 03-CISCP-2020-FONDEPES16 recibida por la Entidad el 1 de junio del 2020, el Consorcio comunicó la intención de dejar sin efecto la Resolución del Contrato y continuar con la ejecución contractual, solicitando para ello que FONDEPES se desista de

este arbitraje bajo ciertas consideraciones planteadas por el Consorcio en dicha Carta.

45. Agrega que el 27 de junio del 2020 el Ing. Zamudio Revilla Juan, Coordinador de Estudios y Proyectos emite el Informe N° 012-2020-FONDEPES/DIGENIPAA/UFEI17, indicando que *"…la solicitud planteada por El CONSORCIO ISLILLA COPE, NO PROCEDE, puesto que el 1er entregable presentado no ha estado completo ni de acuerdo a los requerimientos técnicos solicitados en los términos de referencia que forman parte del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, por lo que dicho entregable no cuenta con la conformidad del Área de Estudios y Proyectos, motivo por el cual no se puede amortizar el adelanto directo dado al Consorcio y en vista del proceso arbitral iniciado y en base Informe N° 036-2020-FONDEPES/OGAJ se le ha solicitado el íntegro del monto dado por FONDEPES como adelanto directo que asciende a S/ 268,066.25 (doscientos sesenta y ocho mil sesenta y seis con 25/100 soles), lo cual hasta la fecha no ha sido realizado por El Consorcio…"* , recomendando solicitar opinión legal respecto al cuestionamiento planteado, lo cual se efectuó con el Memorando N° 1868-2020-FONDEPES/DIGENIPAA.

46. Indica que por Carta N° 228-2020-FONDEPES/OGA18 recibida por el Banco Continental el 27 de julio de 2020, solicitó la Ejecución de la Carta Fianza N° 001-0708-9800125797-55 al no haber efectuado el Consorcio la devolución del monto pendiente de amortizar dentro del plazo otorgado.

47. Señala que mediante Informe N° 289-2020-FONDEPES/OGAJ19 del 19 de agosto del 2020, la Oficina General de Asesoría Jurídica emitió su opinión legal sobre desistimiento de demanda arbitral interpuesta por la Resolución del Contrato N° 019-2019-FONDEPES y no ejecución de la garantía por adelanto directo, señalando que no resulta viable que la Entidad se desista

del arbitraje iniciado por la resolución del contrato, así como tampoco corresponde devolver la Carta Fianza por Adelanto Directo, la cual a la fecha se encuentra en proceso de ejecución en el marco de lo dispuesto en el artículo 155 del Reglamento.

48. Refiere que por Memorando N° 607-2020-FONDEPES/OGA20 del 20.08.2020, el Jefe de la Oficina General de Administración comunicó al Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica que con la Nota N° 024-2020-FONDEPES/OGA/AGF/TES el Tesorero informó que se procedió a recoger el cheque N° 0000327 emitido por el Banco BBVA Continental por S/ 268,066.25 correspondiente a la ejecución de la Carta Fianza adelanto Directo.

49. FONDEPES señala que se generó una controversia por el supuesto incumplimiento de obligación esencial de la Entidad, consistente en la falta de entrega de documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico. Agrega que el Consorcio, durante la ejecución del servicio sólo presentó un entregable, siendo la fecha de presentación del primer entregable al FONDEPES el 26 de agosto del 2019, según se aprecia de la Carta N° 009-CISCP-2019-FONDEPES, el cual luego de la revisión efectuada por el Área de Estudios y Proyectos de la DIGENIPAA, fue observado con la Carta N° 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA que fue recibida por el Consorcio el 30 de setiembre del 2019, a la cual se le adjuntó el Informe N° 090-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AEP/AVN, otorgándosele un plazo de 10 días calendario para la subsanación de las observaciones.

50. Indica que, en respuesta a las observaciones formuladas al primer entregable, el Consorcio, el 10 de octubre del 2019 con la Carta N° 016-CISCP-2019-FONDEPES, remitió al FONDEPES el “levantamiento de observaciones”, el cual luego de ser revisado por el Área de Estudios de la DIGENIPAA, es devuelto al 15 de octubre del 2019 con la Carta N°

1033-FONDEPES/DIGENIPAA, señalando que se encontraba incompleto y no cumple con los requisitos exigidos en los términos de referencia, dándose por no recibida dicha documentación en virtud de la Cláusula Quinta del Contrato N° 19-2019-FONDEPES.

51. Sostiene que, con la finalidad de que el Consorcio pueda presentar correctamente el primer entregable, el 17 de octubre del 2019 con la Carta N° 1039-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, se le cita para el 22 de octubre del 2019, en las oficinas del Área de Estudios y Proyectos a una reunión de trabajo para que se presente con su equipo de profesionales que participaron en el desarrollo del primer entregable del expediente técnico.

52. FONDEPES menciona que el Consorcio, a través de la Carta N° 017-CISCP-2019-FONDEPES, da respuesta a la Carta N° 1033-FONDEPES/DIGENIPAA mediante al cual se formulan observaciones al Primer Entregable. En esta carta, el Consorcio señala que (i) se le devolvió el levantamiento de observaciones del primer entregable omitiendo sustentar las observaciones y consideraciones por las cuales se considera que éste se encuentra incompleto y no cumpliría con los requisitos exigidos, (ii) que para cumplir con lo establecido en la cláusula quinta del contrato, referida al plazo de ejecución de la prestación, presentaban el levantamiento de observaciones y (iii) que *"el Estudio de Mecánica de Suelos con fines de Cimentación tiene consideraciones y dependencias de la distribución de las edificaciones o infraestructura marítima y/o terrestre dentro del proyecto, que corresponde al Segundo Entregable (Anteproyecto Arquitectónico y Porturario (que considere las mejoras al esquema preliminar portuario y arquitectónico entregado por la Entidad); Factibilidad de servicio y punto de diseño eléctrico; Factibilidad de servicio de suministro de agua y alcantarillado). Por lo cual, se ha realizado prospecciones generales inicialmente, para luego de la definición*

de los puntos antes mencionados se pueda en conjunto con la entidad determinar la ubicación exacta de las futuras infraestructuras y por ende de las prospecciones a ejecutar[2].”

53. FONDEPES, en respuesta a la Carta N° 017-CISCP-2019-FONDEPES, el 12 de noviembre del 2019 le remitió al Consorcio la Carta N° 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, con la cual le remitió el Informe N° 0004-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AEP/EJRV, del Coordinador del Proyecto del Área de Estudios y Proyectos, el cual indicó que el documento presentado estaba incompleto y no cumplía, con los requisitos establecidos en los términos de referencia del Contrato N° 019-2019-FONDEPES, motivo por el cual se le devolvió la documentación presentada con la finalidad de que realice el levantamiento de observaciones de acuerdo a los términos de referencia.

54. FONDEPES indica que en el Informe N° 0004-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AEP/EJRV, se señala que, se procedió nuevamente a la revisión del levantamiento de observaciones del primer entregable de acuerdo a las observaciones planteadas en la Carta N° 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, verificándose que no se siguió las recomendaciones ni los Términos de Referencia aprobados como se indica en el ítem 8.3 ACTIVIDADES ESPECÍFICAS – B) ESTUDIOS BÁSICOS, por lo que se listó las observaciones que debía subsanar: (i) Levantamiento Topográfico, Batimétrico y Construcciones Existentes de acuerdo a los Términos de Referencia en el Anexo N° 02, (ii) Estudio de Mecánica de Suelos con fines de cimentación de acuerdo a los Términos de Referencia en el Anexo N° 01, 01 A, 01 B y (iii) Estudio Hidro Oceanográfico, de acuerdo a los Términos de Referencia en el Anexo N° 03 y 03 A.

[2] Página 14 de la demanda.

55. FONDEPES indica que el Informe N° 0004-2019-FONDEPES/DIGENIPAA/AEP/EJRV concluye que el levantamiento de observaciones al primer entregable se encuentra incompleto y no cumple con los requisitos exigidos en los Términos de Referencia, y que la solicitud del Consorcio de que se apruebe el primer entregable y que las recomendaciones que se consideren pertinentes se le permita plasmarla en el segundo entregable, con la finalidad de proseguir con la correcta ejecución del servicio, no se ajusta a lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, por lo que no corresponde lo solicitado por el consultor, recomendándose devolver lo presentado por el consultor y comunicarle que no se da por recibida dicha documentación, recomendando tener en consideración las penalidades por retraso injustificado y por presentar entregables incompletos y/o deficientes.

56. Indica que el Consorcio con la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, recibida por la Entidad el 18 de noviembre del 2019, apercibió al FONDEPES por un supuesto incumplimiento de obligación esencial, el cual sería la falta de documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico, señalando luego de hacer algunas observaciones a la documentación recibida que no se le ha entregado lo siguiente: (i) Informe Topográfico y batimétrico, para emplear los puntos de control del proyecto Islilla en la determinación de los límites de propiedad y poder enlazar a los nuevos puntos de control a determinar en el presente estudio, (ii) Plano Perimétrico y de ubicación del área de estudio, con su cuadro de coordenadas de los límites del terreno del proyecto donde se desarrollará el presente expediente técnico en Islilla, (iii) Informe técnico de los puntos de control empleados en la determinación de los límites de propiedad y donde se ubique las coordenadas finales de límite de propiedad y fotos de los hitos de la propiedad, (iv) Planos

del planteamiento arquitectónico en formato CAD, georreferenciado y en coordenadas reales, aprobados en el PIP y (v) Documentos de propiedad del Terreno donde se desarrollará el expediente técnico encomendado del proyecto Islilla (Plano perimétrico de los límites de propiedad del terreno, Certificado de vigencia de poder, Resolución de jefatura, Copia de DNA de representante legal de la entidad), (vi) Título de propiedad del terreno donde se desarrollará el expediente técnico DPA Islilla (Constancia de posesión del predio, Ficha técnica e informe técnico legal del DGPE, Copia de certificado literal y Plano de terreno según la SBS).

57. Señala que por Carta N° 527-2019/FONDEPES/OGA recibida el 25 de noviembre del 2019 por el Consorcio, FONDEPES indicó que ya había cumplido con entregar la información requerida y que nuevamente la ponía a su disposición. Además, FONDEPES señala que se requirió al Consorcio el cumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en los Términos de Referencia bajo apercibimiento de resolver el contrato y que se informó al Consorcio que venían incurriendo en una demora injustificada de 140 días calendario en la presentación de su primer entregable, lo cual venía generando retrasos en los objetivos trazados por FONDEPES, por lo que se le otorgaba un plazo de tres (03) días calendario para que cumpla con sus obligaciones contractuales; además se le señala que esta nueva entrega de la misma información no mueve la fecha de inicio del plazo del servicio, siendo ésta el 5 de julio del 2019.

58. FONDEPES indica que el Informe N° 005-2019-FONDEPES/EJRV fue adjuntado a la Carta N° 527-2019/FONDEPES/OGA y en dicho informe se explica y acredita que no existe el incumplimiento de la entrega de la documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico.

59. Señala que la documentación que se debía entregar al Consorcio según el literal a) del numeral 8.2, del Capítulo III Requerimiento de los Términos de Referencia, de las Bases Integradas, era el perfil aprobado, esquema preliminar y formatos de presentación, lo cual le fue entregado y ello consta en el Acta de Constatación de Terreno, documento que el Consorcio firmó en señal de conformidad.

60. FONDEPES expresa que en el CD entregado se encuentran 3 carpetas con nombres: Perfil Aprobado, Esquema Preliminar y Formatos de Presentación y que estas contienen la información esencial y necesaria para ejecutar el Contrato.

61. Sobre los argumentos expuestos por el Consorcio en la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES de fecha 18 de noviembre de 2019 respecto del CD, FONDEPES explica que los estudios de topografía y batimetría corresponden al Consorcio de acuerdo a lo establecido en los TDR, encontrándose en el perfil aprobado por FONDEPES, en el planteamiento portuario, información del levantamiento de campo de topografía y batimetría, realizada en su oportunidad para la propuesta de dicho planteamiento, que el perfil contiene el planteamiento técnico de la alternativa de solución, el cual contempla planteamiento arquitectónico, estructural, portuario, sanitario, eléctrico, de equipamiento y mobiliario, encontrándose la descripción del planteamiento arquitectónico en la página 205 y, graficados en los planos A-01 y A-02, los cuales se visualizan además en la página 206 del perfil, por lo que no es correcto lo que señala el consultor, que en el plano PP02: Rompeolas de Abrigo, Muelle Espigón- Habilitación Área Tierra – Vía de Acceso, se puede visualizar el polígono del área donde se desarrollara el proyecto e identificar las áreas de emplazamiento del mismo. El levantamiento topográfico y batimétrico contempla la monumentación de

cuatro hitos o BMs, los cuales se hacen referencia en el cuadro de coordenadas del plano PP-02 (BM - A, BM – B, BM -C y BM – D).

62. FONDEPES señala que el Consorcio pretende cuestionar que la entrega de los estudios de mecánica de suelos, se realice en el primer entregable, pues éstos, deben efectuarse en las zonas donde se emplazaran las edificaciones, y que siendo que en los TDR se ha considerado que en el segundo entregable deben definirse las zonas de emplazamiento de las edificaciones, terrestres y marítimas, propone que los estudios de suelos deberían ser entregados en el tercer entregable. Sin embargo, FONDEPES indica que el Consorcio en la etapa de consultas de la licitación no formuló consulta alguna referida a la oportunidad en que deberían presentarse los estudios de suelos.

63. Manifiesta que no existe incumplimiento de obligaciones esenciales, toda vez que cumplió con entregar al Consorcio toda la documentación a la que estaba obligado por el literal a) del numeral 8.2, del Capítulo III Requerimiento de los Términos de Referencia de las Bases Integradas, esto es, entregó el perfil aprobado, esquema preliminar y formatos de presentación, según se puede evidenciar en el Acta de Constatación de Terreno, de fecha 5 de julio del 2019.

- <u>ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA</u>

64. El Consorcio indica que el 5 de julio del 2019, se suscribió el Acta de entrega del terreno y se entregó al Consorcio un CD que contenía supuestamente la información necesaria para la elaboración del Expediente Técnico. Agrega que en el Acta de entrega se señaló que los archivos del CD, contenían 3

rubros: Perfil aprobado, esquemas preliminares y formatos de presentación. Como se aprecia, en el Acta de entrega de terreno, solamente se menciona esos puntos, pero no se especifica el contenido de los archivos de cada una de esas carpetas.

65. Refiere que, luego de revisar la información contenida en el CD entregado, el cual supuestamente debería contar con toda la información necesaria para poder elaborar sin inconvenientes el expediente técnico, observó que carecía mucha información esencial, por lo que, en varias oportunidades, requirieron verbalmente (en varias reuniones que no se plasmaron en Actas), toda la información y documentación necesaria para poder ejecutar los servicios de acuerdo a los TDRS, no teniendo respuesta positiva.

66. Menciona que el día 24 de julio del 20198 se reiteró el pedido, por escrito, enviando un correo electrónico al Jefe de Proyectos de FONDEPES y que día 25 de julio de 2019, el Jefe de Proyectos de FONDEPES, dio respuesta al correo señalando que, con respecto a los límites de propiedad estos se darán de acuerdo a la propuesta arquitectónica y de ahí solicitarán los permisos necesarios. Agrega que también FONDEPES indicó que no tenían constancia de posesión del predio ya que no había límite definido, ni ficha técnica del DGP, ni copia del certificado literal (por no tener propiedad) ni plano del terreno de la SBS.

67. El Consorcio señala que la situación de no tener la propiedad del terreno, se contradice con lo dispuesto en el Anexo 2 de las Bases Integradas, referido a los términos de referencia para la elaboración del levantamiento topográfico y batimétrico y de construcciones existentes (requerido para el Primer Entregable), en cuyo punto 5.2 sobre Plano Perimétrico, se señala: “g. La poligonal obtenida deberá ser contrastada con los datos técnicos del título de

propiedad, con el fin de determinar las posibles diferencias que ameriten un procedimiento de rectificación o la identificación de áreas de terreno adicional", y que en el numeral 5.12 se indica que el plano debe contener el "área del terreno, que debe ser compatibilizada con la documentación legal, y área construida por niveles.

68. Señala que fue presionado por FONDEPES en la presentación del Primer Entregable, ya que indicaban que el plazo de entrega estaba corriendo al haber este iniciado el 5 de julio de 2019, con el Acta de constatación de terreno. Agrega que por Carta N° 009-CISCP-2019-FONDEPES, de fecha 26 de agosto de 2019, se presentó el Primer Entregable, el cual sería observado, al no haber podido contar con la información requerida, por lo que solicitó otra reunión con los profesionales encargados de la revisión del proyecto.

69. El Consorcio indica que el 12 de setiembre de 2019, a las 16:30 horas, se realizó la reunión con los profesionales de FONDEPES encargados de la revisión del expediente técnico quedando constancia de ello en un Acta. En dicha reunión se reiteró la solicitud de información requerida para la elaboración del Primer Entregable, sin embargo, de toda la información solicitada, FONDEPES solo se comprometieron a entregar un plano de detalle del DPA La Islilla.

70. Señala que, mediante correo electrónico del 12 de setiembre de 2019, a las 17:00 horas, el Ing. Pedro Mendoza, Especialista en Hidrografía DIGENIPAA-FONDEPES, remitió dicho plano, sin embargo, no tenía las coordenadas del polígono del área donde se desarrollaría el proyecto. Agrega que los límites del polígono fueron verificados en campo, pero no se encontró hito alguno de límites del terreno. Indica que nunca proporcionaron un cuadro de coordenadas del perímetro o área donde se pensaba desarrollar el proyecto.

71. Refiere que, en el correo del día 25 de julio de 2019, el Jefe de Proyectos de FONDEPES, envió un juego de planos CAD, pero sin ser referenciadas y sin informe de topografía o batimetría y que mediante Carta N° 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA4, recibida por el Consorcio el 30 de setiembre del 2019, FONDEPES remitió el Informe N° 090-2019-FONDEPES-DIGENIPAA/AEP/AVN, emitido el 24 de setiembre de 2019, por el Jefe de Proyectos FONDEPES, comunicando las observaciones encontradas al Primer Entregable, y solicitando subsanarlas en un plazo de 10 días calendario.

72. Agrega que aclararon que el estudio de mecánica de suelos con fines de cimentación tenía consideraciones y dependencias de la distribución de las edificaciones o infraestructura marítima y/o terrestre dentro del proyecto, que correspondía al Segundo Entregable (Anteproyecto Arquitectónico y Portuario (que considere las mejoras al esquema preliminar portuario y arquitectónico entregado por la Entidad); Factibilidad de servicio y punto de diseño eléctrico; Factibilidad de servicio de suministro de agua y alcantarillado).

73. El Consorcio agrega que se había realizado prospecciones generales inicialmente, para luego de la definición de los puntos antes mencionados se pueda en conjunto con la entidad determinar la ubicación exacta de las futuras infraestructuras y por ende de las prospecciones a ejecutar e indica que se buscó brindar alternativas de solución para seguir avanzando en el proyecto, dado que FONDEPES no colaboraba y hacía caso omiso a sus requerimientos de información esencial. Señala que solicitaron que se apruebe el Entregable N° 1 y que las recomendaciones que se consideren pertinentes se plasmen en el 2do. Entregable, para continuar con la correcta ejecución del servicio.

74. Explica que por Carta N° 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA9, notificada 12 de noviembre del 2019, FONDEPES comunicó que el expediente presentado por segunda vez del levantamiento de observaciones al Entregable N° 1, se encontraba incompleto y no cumplía con los requisitos establecidos en los términos de referencia, Adjuntando a esta carta el Informe N° 004-2019-FONDEPES/EJRV, de fecha 6 de noviembre de 2019, en la que se observa claramente que todas las observaciones están referidas a aspectos que hubieran podido ser desarrollados o absueltos, de haber contado con toda la información que reiteradamente se le solicitó a FONDEPES.

75. Indica que como FONDEPES continuaba incumpliendo con su obligación de proporcionar la información y documentación que debía haber sido entregada el 5 de julio de 2019 (como parte del contenido del CD), no tuvo otra alternativa, que requerirla por última vez, mediante Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, de fecha 18 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 110957.

76. Señalan que en la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, se detalló el contenido del CD entregado el día 05 de julio de 2019, el cual no tenía toda la información esencial requerida para poder elaborar el Expediente Técnico conforme a los Términos de Referencia (TDRs).

77. Señala que conforme a lo establecido en el artículo 36.13 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y el numeral 164.2 del artículo 164.14 y numeral 165.1 del artículo 16515 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, requirieron a FONDEPES para que, en el plazo máximo de 5 días, cumpla con entregar la documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

78. Explica que mediante Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA, de fecha 25 de noviembre de 2019, FONDEPES contestó la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, negando que incumplió la entrega de información solicitada y volvió a enviar un CD con el mismo contenido entregado el día 5 de julio de 2019 y 3 planos que también se encontraban en el CD. Agrega que en el numeral 4.1 de las Recomendaciones del Informe N° 005-2019- FONDEPES/EJRV, de fecha 20 de noviembre de 2019, adjunto a la Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA, recomienda volver a adjuntar al Consorcio la misma información (Perfil Aprobado, esquemas preliminares y formato de presentación, en digital y en físico) alcanzada durante la suscripción del Acta de Constatación de Terreno.

79. El Consorcio menciona que por Carta N° 020-CISCP-2019-FONDEPES, de fecha 26 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 111220, se indicó a FONDEPES seguía sin presentar la información solicitada (Informe Topográfico y batimétrico para poder enlazar los puntos de apoyo con los que se tienen en campo, Plano de ubicación en CAD, para poder ver los perímetros del área y poder replantear en campo, la ubicación de las áreas de operación en CAD georreferenciado (Planteamiento arquitectónico), como se muestra en el perfil, los límites de la propiedad, si se cuenta con Certificado de vigencia de poder, resolución de jefatura, copia de DNI de representante legal de la entidad, constancia de Posesión especial de predio, Ficha Técnica e Informe técnico legal del DGPE, copia de certificado literal, plano de terreno según la SBS) por lo que resolvió el Contrato.

- <u>ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:</u>

80. El Consorcio señala que ha resuelto el Contrato, cumpliendo el procedimiento de resolución de contrato establecido en la en las normas de contrataciones estatales.

81. Afirma que, siguiendo el procedimiento legal establecido, mediante Carta N° 019-CISP-2019-FONDEPES20, de fecha 18 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 110957, requirió a FONDEPES para que, en el plazo máximo de 5 días, cumplan con entregar la documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico, detallada en la Carta Notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

82. Señala que el 22 de noviembre de 2019, fue notificada con la Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA, la cual daba respuesta a nuestra Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, sin embargo, se observa que dentro de la información presentada seguían sin proporcionar la información esencial solicitada.

83. Agrega que, debido al reiterado incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de FONDEPES, consistente en brindar información y documentación necesaria para el Contratista, con el fin de que pueda ejecutar la prestación a su cargo, mediante Carta N° 020-CISCP-2019-FONDEPES21, de fecha 26 de noviembre de 2019, diligenciada como Carta Notarial N° 111220 comunicó su la decisión de resolver el Contrato.

84. Indica que el incumplimiento de obligaciones esenciales de FONDEPES, consiste en no brindar información y documentación necesaria para el Consorcio, con el fin que pueda ejecutar la prestación a su cargo y agrega que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida,

satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

85. FONDEPES señala la Entidad cumplió con entregar al Consorcio la documentación que se menciona en el literal a) del numeral 8.2, del Capítulo III Requerimiento de los Términos de Referencia, de las Bases Integradas, esto es: perfil aprobado, esquema preliminar y formatos de presentación; cómo se puede verificar en el Acta de Constatación de Terreno del 5 de julio de 2019, documento que el consultor firmó en señal de conformidad.

86. Indica que es incoherente que el Consorcio exija a la entidad información topográfica y batimétrica cuando dentro de sus alcances está desarrollar un levantamiento topográfico y batimétrico de acuerdo a los Término de Referencia en su Anexo No. 2, para que con dicha información adecuadamente desarrollada la Entidad pueda efectuar los trámites de los diferentes permisos y/o autorizaciones necesarias para la correcta elaboración del Expediente Técnico, todo esto descrito en los Términos de Referencia, con lo cual se prueba que pudo definir la ubicación de la zona de estudio para la elaboración del expediente técnico, siendo el principal motivo la ubicación del área de estudio para el desarrollo de las actividades del expediente técnico.

87. FONDEPES explica que con la Carta 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA comunicó al Consorcio las observaciones encontradas a su primer

entregable solicitándole subsanarlas en el plazo otorgado, y devolvió en dos oportunidades el levantamiento de observaciones presentadas por el Consultor, tanto el 15 de octubre de 2019 con la Carta N° 1033--2019-FONDEPES/DIGENIPAA, como el 12 de noviembre de 2019 con la Carta N° 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, por no estar conforme a los términos de referencia. Agrega que, el Consorcio, sabiendo que ante su incumplimiento FONDEPES podría resolverle el contrato, el 18 de noviembre de 2019 con la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES, apercibió a la Entidad por un supuesto incumplimiento de obligaciones esenciales consistente en brindar información y documentación necesaria para que pueda ejecutar la prestación a su cargo; sin embargo pese a que la Entidad nuevamente le volvió a entregar la documentación cuando respondió el apercibimiento con la Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA, el Consorcio sin sustento resolvió el Contrato.

88. FONDEPES refiere que el Consorcio no ha sustentado ni demostrado que antes del apercibimiento que efectúo FONDEPES el 18 de noviembre de 2019, hubiera solicitado la supuesta documentación faltante que por primera vez en dicha fecha requería en calidad de apercibimiento, con lo cual se infiere que esta fue una estrategia para evitar la resolución de contrato por su incumplimiento, pues está probado que el Consorcio después de 136 días de entregada la documentación para el inicio de la elaboración del expediente técnico, es decir cuando había transcurrido el 75% del plazo de ejecución del servicio, por primera vez solicitó a la Entidad en calidad de apercibimiento, la supuesta documentación faltante.

- POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

89. De la revisión de los argumentos expuestos por las partes, así como de los términos en los que las pretensiones han sido formuladas, tanto en la primera pretensión principal de la demanda como en la primera pretensión principal de la reconvención, se tiene que la discusión gira en torno a la validez o invalidez de la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21 de fecha 26 de noviembre de 2019.

90. Por un lado, FONDEPES alega que la resolución del Contrato realizada mediante Carta Notarial No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21 de fecha 26 de noviembre de 2019 es invalida porque la causal de resolución que ha invocado el Consorcio consistente en no entregar información técnica y esencial para elaborar el expediente técnico (Informe Topográfico y batimétrico para poder enlazar los puntos de apoyo con los que se tienen en campo, Plano de ubicación en CAD, para poder ver los perímetros del área y poder replantear en campo, la ubicación de las áreas de operación en CAD georreferenciado [Planteamiento arquitectónico], como se muestra en el perfil, los límites de la propiedad, si se cuenta con Certificado de vigencia de poder, resolución de jefatura, copia de DNI de representante legal de la entidad, constancia de Posesión especial de predio, Ficha Técnica e Informe técnico legal del DGPE, copia de certificado literal, plano de terreno según la SBS) sí fue cumplida, siendo dicha información entregada en un CD el 5 de julio del 2019 y reiterada el 25 de julio de 2019, mediante correo electrónico y en la Carta No. 527-2019/FONDEPES/OGA.

91. Por el otro lado, el Consorcio indica que tuvo que resolver el Contrato, pues FONDEPES, pese a haber sido requerido para que entregue la información técnica y esencial, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, no lo hizo. Al respecto de lo señalado, el Consorcio indica que en las comunicaciones sostenidas con FONDEPES, detalló qué información era la que requería por ser esencial para cumplir con las prestaciones a su cargo haciendo referencia a que la información de las carpetas contenidas en el CD entregado era insuficiente.

92. Cuando nos encontramos frente a pretensiones en las que se solicita declarar la invalidez de la resolución del Contrato, realizada por una de las partes, en primer lugar, se debe revisar si es que la parte que resolvió el Contrato ha cumplido con las formalidades contenidas en las normas aplicables. Sin embargo, en este caso no existe discusión respecto del cumplimiento de las formalidades de la resolución del Contrato, sino que lo que se discute es que, si es válida o no dicha resolución por haberse cumplido o incumplido una obligación de FONDEPES, es decir, el Tribunal Arbitral debe analizar si la causal invocada por el Consorcio como incumplimiento contractual de FONDEPES se configuró o no.

93. Así las cosas, para resolver esta controversia es fundamental tener presente lo establecido en los artículos 36 de la Ley de Contrataciones del Estado y 135 y 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dichos artículos señalan lo siguiente:

<u>Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado:</u>

"36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el
pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11."

Artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:
1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato."

Artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute 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. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

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

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el

requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total."

94. De acuerdo a lo regulado en los artículos citados precedentemente, el contratista, esto es, el Consorcio en este caso, solo puede resolver el Contrato si la obligación incumplida por la entidad, es decir por FONDEPES, es el pago de la contraprestación o es una obligación esencial. En el caso que nos ocupa, como hemos expuesto anteriormente, el Consorcio considera que FONDEPES incumplió con una obligación esencial porque no habría entregado la información técnica y esencial consistente en el informe topográfico y batimétrico para poder enlazar los puntos de apoyo con los que se tienen en campo, plano de ubicación en CAD, para poder ver los perímetros del área y poder replantear en campo, la ubicación de las áreas de operación en CAD georreferenciado (Planteamiento arquitectónico), los límites de la propiedad, si se cuenta con Certificado de vigencia de poder, resolución de jefatura, copia de DNI de representante legal de la entidad, constancia de Posesión especial de predio, Ficha Técnica e Informe técnico legal del DGPE, copia de certificado literal, plano de terreno según la SBS necesaria para que la ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio.

95. En este caso, las partes suscribieron el Contrato, cuyo objeto era la *"contratación de servicio de consultoría de obra para la elaboración del expediente técnico del PIP: Creación Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de La Islilla (…)*[3]*"* por el monto ascendente a S/ 1´787,108.25 y con un plazo de ejecución de 180 días calendario, contabilizado desde la entrega del terreno. Cabe indicar que, en la Cláusula Quinta del Contrato, las partes acordaron los plazos y entregables, siendo el

[3] Cláusula Segunda del Contrato.

plazo para presentar el primer entregable de 50 días y el plazo para la subsanación de observaciones de 10 días. Este entregable es parte de la controversia.

96. El 5 de julio de 2019 se produjo la entrega del terreno, conforme al Acta de Entrega de Terreno suscrita por los representantes de FONDEPES y el Consorcio, adjunta al Anexo 2 de la demanda y con ello se gatilló el plazo de ejecución del Contrato de 180 días calendario, así como el plazo para cumplir con el primer entregable que era de 50 días calendario computado desde la entrega del terreno. Ahora bien, de la revisión de dicha acta, se observa que el día de la entrega del terreno, FONDEPES entregó al Consorcio un CD que contenía los siguientes archivos digitales: (i) perfil aprobado, (ii) esquemas preliminares y (iii) formato de presentación y el Consorcio en dicho acto no realizó ninguna observación o reserva acerca de la supuesta información faltante que señala existir en dicho CD.

97. Asimismo, en el Anexo 2-A de la contestación de demanda, existe un correo de fecha 24 de julio de 2019 remitido desde la dirección electrónica weaquino@prwingenieros.con al correo usuario_estudios50@fondepes.gob.pe, mediante el cual se solicita información complementaria del proyecto. Textualmente, señala lo siguiente:

"(…)
El presente correo es para solicitar información complementaria referente al proyecto Islilla

1. *Informe Topográfico y batimétrico para poder enlazar los puntos de apoyo con los que se tienen en campo.*
2. *Plano de ubicación en cad, para poder ver los perímetros del área y poder replantear en campo.*

3. *La ubicación de las áreas de operación en cad georeferenciado (Planteamiento arquitectónico), como se muestra en perfil pag. 206. (adjunto imagen)*
4. *Los límites de la propiedad, si se cuenta con*
   - *Certificado de vigencia de poder*
   - *Resolución de jefatura*
   - *Copia de DNI de representante legal de la entidad*
   - *Constancia de Posesión especial del predio*
   - *Ficha Técnica e Informe técnico legal de DGPE*
   - *Copia de certificado literal*
   - *Plano de terreno según SBS"*

98. Como se puede observar efectivamente se entregó información en un CD el día de la entrega del terreno, y luego unos días después, el Consorcio solicitó información complementaria. Al respecto, del correo electrónico antes referido, se aprecia el Consocio solicitó información complementaria referente al proyecto, y el correo lo señala así, expresamente, información complementaria, es decir, información que al ser complementaria sería información adicional a la ya entregada sin especificar que esta era esencial para la correcta presentación del expediente técnico. Esto quiere decir que, por lo menos, con la información originalmente entregada y la complementaria entregada el 24 de julio de 2019, para el Consorcio, se podría trabajar. Además, como ya hemos dicho, es importante precisar que del correo referido no consta que la información solicitada en el mismo, sea información esencial para realizar los trabajos, el correo solo señala que se trata de "información complementaria". De dicho correo, no se aprecia una imputación de incumplimiento e intimación en mora a FONDEPES, es solo una solicitud de "información complementaria" como el correo mismo señala.

99. El artículo 1333 del Código Civil establece lo siguiente respecto de la intimación en mora:

"Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. (…)"

100. Recordemos que *"la mora es una situación jurídica calificada de retardo imputable al deudor o al acreedor que consiste en un efecto legal automático del pedido de cumplimiento o de que se acepte el cumplimiento, según sea el caso, y que produce la consecuencia de generar responsabilidad por los daños que se ocasionen a la contraparte, así como la asunción de los riesgos por la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Mientras que la intimación es un acto jurídico strictu sensu, porque está dirigida a solicitar el cumplimiento al deudor −o a que el acreedor acepte el cumplimiento− y a no modificar la propia esfera jurídica[4]."*

101. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil, el comportamiento esperado por nuestro ordenamiento jurídico respecto del acreedor de una obligación incumplida (en este caso faltante de información esencial) es que frente a dicha situación requiera su cumplimiento, es decir, intime en mora al deudor, colocándolo en situación de incumplimiento, exigiéndole judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Para el Tribunal Arbitral, el correo enviado por el Consorcio con fecha 24 de julio de 2019 no cumple dicho estándar, por lo que, en dicha ocasión, no requirió el cumplimiento de la obligación, no se señaló que la información solicitada era esencial, y no se colocó a FONDEPES en situación de incumplimiento, lo cual debió haber realizado el Consorcio si consideraba que la información el CD entregado el 5 de julio de 2019 se encontraba incompleta y la parte faltante

[4] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Mora". En: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/2783/2678/ Página 231.

era esencial e indispensable para la prestación del servicio, pues ya estaba trabajando el primer entregable y solo indicó que la información requerida era "información complementaria" lo que claramente no implica, ni puede entenderse como información esencial.

102. El correo electrónico indicado en el párrafo precedente fue respondido por el Arq. Vásquez Neyra, jefe de proyectos de FONDEPES el 25 de julio de 2019 (Anexo 2-A de la contestación de demanda), esto es, de manera inmediata, conforme a lo siguiente:

"Buenos días,

En contestación a su correo solicitando información sobre la islilla, le adjunto lo solicitado, sin embargo debo manifestar que con respecto a los límites de propiedad, estos se darán de acuerdo a su propuesta arquitectónica de ahí solicitaremos los permisos necesarios.

No tenemos constancia de posesión del predio puesto que no hay límites definidos.

Tampoco ficha técnica del GGPE, ni copia del certificado literal (por no tener propiedad) ni plan de terreno de la SBS.

estos trámites se harán una vez que tengamos definido el proyecto."

Es decir, FONDEPES reacciona inmediatamente y según señala hace entrega de lo solicitado, entiéndase que se trata de la "información complementaria" requerida por el Consorcio, esto es, el *Informe Topográfico y batimétrico para poder enlazar los puntos de apoyo con los que se tienen en*

campo, el Plano de ubicación en cad, para poder ver los perímetros del área y poder replantear en campo, la ubicación de las áreas de operación en cad georreferenciado (Planteamiento arquitectónico), como se muestra en perfil pag. 206 y los límites de la propiedad, … (si se cuenta con Certificado de vigencia de poder, Resolución de jefatura, Copia de DNI de representante legal de la entidad, Constancia de Posesión especial del predio, Ficha Técnica e Informe técnico legal de DGPE, Copia de certificado literal y Plano de terreno según SBS" o, por lo menos, casi toda la solicitada puesto que respecto de la que no se entregó, se indicó que los límites de la propiedad se obtendrían a partir de lo que el Consorcio entregaría y que no tenían constancia de posesión porque los límites no habían sido definidos, que tampoco contaban con la ficha técnica del GGPE, ni copia del certificado literal (por no tener propiedad) ni plan de terreno de la SBS, pero no existe un reclamo del Consorcio respecto de éste faltante. Es así, que luego de este intercambio de comunicaciones los días 24 y 25 de julio de 2019 entre el Consorcio y FONDEPES, en el expediente no obra alguna otra comunicación, hasta antes de la presentación del primer entregable, por ello no puede el Tribunal sino entender que la información entregada era suficiente y adecuada para la prestación del servicio y que, en todo caso, la información complementaria cumplió con su objetivo. En el expediente no existe información o prueba que evidencie que el Consorcio requirió o intimó en mora al FONDEPES o manifestó su desacuerdo con la información complementaria presentada, o que manifestara que la información era insuficiente, ni consta reclamo del Consorcio hasta antes del 19 de noviembre de 2019, fecha en la que el Consorcio envió a FONDEPES la Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES, lo que ocurrió después de haber presentado el primer entregable y que este fuera observado y subsanado hasta en dos oportunidades por FONDEPES.

103. Las expresiones del Consorcio en la Audiencia de Informes Orales, no contradicen lo señalado anteriormente. Específicamente, en la hora 01:27:35:

Abogada del Consorcio: *"Bueno, el requerimiento, el primer requerimiento fue el 25 de julio, eso es lo real y solamente se le entregó un plano en cad que no tenía ninguna indicación de exactamente de las coordenadas ni algo georeferencial, que es lo que ya hemos explicado, que era lo necesaria para que, en base a eso, ellos puedan hacer su trabajo ¿no? El primer requerimiento es ahí. Después, no le voy a decir todas las veces que se han reunido porque lamentablemente no consta en actas y eso también es un tema del contratista que por la buena fe contractual y porque también, en aquel entonces tenían dos proyectos paralelos y se reunían recurrentemente con la entidad y en los otros proyectos cuando le pedían información, se los daban sin ningún inconveniente. Quizás pensaron que en este caso sería lo mismo, pero, como saben, no todos los casos son iguales no les dieron la información directamente solicitándola en este caso y cumplir con el formalismo de presentar una carta.*

Presidente del Tribunal Arbitral: *"OK, para entenderla, entonces, hay un requerimiento vía correo electrónico del 24 de julio que tiene una respuesta el 25 de julio (…) y de ahí el segundo requerimiento vendría a ser el requerimiento con el que se inicia el procedimiento de resolución del Contrato. ¿Correcto?"*

Abogada del Consorcio: "*El día de la reunión que tuvieron el 12 de setiembre, en ese momento, como sabían ambas partes, tanto los profesionales que revisaron el expediente técnico como los mismo profesionales del Consorcio que la información era suficiente, en ese momento, a pedido verbal, se comprometieron a que el Ingeniero Pedro Mendoza, especialista en*

hidrografía le iba a enviar un plano cad para poder un poco ayudarlos más porque no había información (…) entonces en esa reunión del 12 de setiembre es el segundo requerimiento."

(…)

Presidente del Tribunal Arbitral: "*Asumamos, por un minuto, que el plano estaba mal, incompleto o incorrecto. ¿Qué hicieron ustedes?"*

Abogada del Consorcio: "*Eh ahí los funcionarios, bueno los ingenieros de la entidad se comunicaron, pero lamentablemente no hay constancia escrita de eso, no hay una carta o un pedido. (…) entonces eso sí veo que eso no debió ser así, han debido en todo caso paralizar, exigir y de ahí recién que corra el plazo y no decir te faltan 5 días o 4 días, pero no cómo te voy a hacer el levantamiento de observaciones si no se tiene toda la información?"*

Presidente del Tribunal Arbitral: "*Gracias"*

104. Está demostrado que el 26 de agosto de 2019, el Consorcio presentó el primer entregable a FONDEPES y con fecha 30 de setiembre de 2019, FONDEPES notificó al Consorcio con la Carta No. 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, mediante la cual le informa que el primer entregable había sido observado, en cuanto al Estudio Hidro Oceanográfico, el Estudio de Mecánica de Suelos y el Estudio Topográfico y Batimétrico, razón por la cual le otorgaba un plazo de 10 días calendario para levantar las observaciones. Es importante indicar que el 12 de setiembre de 2019, se llevó a cabo una reunión entre el Consorcio y FONDEPES. El Acta de dicha reunión, dejó constancia en el rubro "Acuerdo" que se tuvo una reunión con el equipo consultor en la que se plantearon las observaciones del equipo de

revisor de FONDEPES. También se dejó constancia que FONDEPES facilitó al equipo consultor el plano perimétrico de detalle del proyecto de manera física y digital.

105. De acuerdo con la Carta No. 016-CISCP-2019FONDEPES recibida por FONDEPES el 10 de octubre de 2019, el Consorcio presenta la subsanación de las observaciones correspondientes al primer entregable, es decir hasta ese momento no hay constancia que falta información o que la existente fuese insuficiente, pues al haberse presentado la subsanación a las observaciones, se entiende que el Consorcio tiene o considera tener la información que le permite ejecutar la prestación y subsanar las observaciones, pues de lo contrario no las hubiera subsanado, y hubiera señalado que no podría hacerlo y, en todo caso, hubiera procedido a declarar el incumplimiento de la parte contraria. En esta comunicación no hace referencia alguna a la falta de información esencial que ha alegado en el arbitraje. FONDEPES, mediante Carta No. 1033-2019-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 15 de octubre de 2019, devolvió al Consorcio el levantamiento de las observaciones al primer entregable, señalando que *"(…) el expediente presentado se encuentra INCOMPLETO Y NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS en los términos de referencia (…)"* por lo que se tiene por no recibida la documentación, es decir consideró que no se levantaron las observaciones correctamente.

106. El 16 de octubre de 2019, mediante Carta No. 1039-2019-FONDEPES/DIGENIPAA, FONDEPES convocó al Consorcio a una reunión con los profesionales que participaron en el desarrollo del primer entregable para el día 22 de octubre de 2019, a las 9:00 am.

107. El 25 de octubre de 2019, el Consorcio presentó, por segunda vez, la subsanación de las observaciones del primer entregable por Carta No. 017-CISCP-2019-FONDEPES. Hasta la presentación del segundo levantamiento de observaciones tampoco se observa que exista reclamo del Consorcio respecto de una posible falta de información. En la carta referida, el Consorcio aclara que *"(…) el Estudio de Mecánica de Suelos con fines de Cimentación tiene consideraciones y dependencias de las edificaciones o infraestructura marítima y/o terrestre dentro del proyecto, que corresponde al Segundo Entregable (Anteproyecto Arquitectónico y Portuario (que considere las mejoras al esquema preliminar portuario y arquitectónico entregado por la Entidad); Factibilidad de servicio de suministro de agua y alcantarillado). Por lo cual, se ha realizado prospecciones generales inicialmente, para luego de la definición de los puntos antes mencionados se pueda en conjunto con la entidad determinar la ubicación exacta de las futuras infraestructuras y por ende de las prospecciones a ejecutar.*

En mérito de los antes indicado solicitamos aprobar el Entregable No. 1 y que las recomendaciones que se consideren pertinentes nos permitan plasmarlas en el 2ndo entregable (…)".

108. La Carta No. 017-CISCP-2019-FONDEPES enviada por el Consorcio, tampoco contiene un requerimiento de cumplimiento de obligaciones, ni una intimación en mora a FONDEPES por lo que, para el Tribunal Arbitral, no existe evidencia que, hasta el 25 de octubre de 2019, el Consorcio expresara de manera formal que la información que supuestamente faltaba fuese necesaria, indispensable y esencial para la ejecución de las obligaciones del Consorcio y que sin ellas no podría cumplir.

109. La subsanación de observaciones presentada por segunda vez por el Consorcio por Carta No. 017-CISCP-2019-FONDEPES fue devuelta por FONDEPES por Carta No. 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 11 de noviembre de 2019 a fin de que cumpla con levantar las observaciones formuladas, ya que, según FONDEPES, al igual que el anterior, se encontraba incompleto y no cumplía con los requisitos establecidos en los términos de referencia.

110. Luego de esta segunda devolución del levantamiento de observaciones es que recién se puede apreciar que el Consorcio realiza la intimación a FONDEPES, y ello ocurre recién el 19 de noviembre de 2019, mediante la carta la Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES, Anexo 10 de la demanda. En esta carta, que si es una intimación, el Consorcio requiere el cumplimiento de las obligaciones de FONDEPES. En dicha comunicación, el Consorcio indicó lo siguiente:

"(…)
En conclusión: En la información recepcionada mediante CD no se encontró información suficiente o se presenta información incompleta para poder desarrollar en general los entregables que se citan en los términos de referencia, no se halla informe de estudios topográficos ni batimétricos, no se hallan estudios de suelos.

En todo el contenido del perfil solo se halló aparentemente una imagen del nuevo DPA proyectado pero sin ningún cuadro de ubicación o coordenadas.

No existe plano de ubicación en CAD ya que los únicos planos que se encontraron son en PDF y no existen coordenadas ni sistema de referencia. No existe planteamiento arquitectónico en el perfil.

Tampoco se cuenta con los límites de propiedad o constancia de posesión del predio requisito mínimo para poder generar el certificado de parámetros urbanísticos que se desarrolla en el segundo entregable.

En cumplimiento con lo dispuesto en el numera 9. Coordinación con la entidad contratante, de las Bases Integradas de la Adjudicación Simplificada No. 001-2019-FONDEPES-2 (que forma parte integrante del Contrato conforme lo dispone la cláusula sexta), reiteramos en varias oportunidades el requerimiento de toda la información y documentación necesaria para la elaboración técnico, no teniendo respuesta positiva.

Es así que el día 24 de julio del 2019 se reiteró el pedido, esta vez por escrito, enviando un correo electrónico al coordinador de Fondepes (…)

Obteniendo como respuesta el correo recibido el día 25 de julio, en el que enviaron un juego de planos CAD, pero sin ser referenciadas y sin informe de topografía o batimetría.

Posteriormente, recién en el Acta de Reunión de fecha 12 de setiembre de 2019, se nos entregó un plano CAD con un cuadro de coordenadas de un polígono de las zonas de acceso y rompiente mas no del polígono del área donde se desarrollará el proyecto, siendo verificadas estos límites del polígono en campo y no encontrándose hito alguno de límites del terreno.

(…)
Como se puede observar, hasta la fecha vuestra entidad no entrega información y documentación necesaria para la elaboración del Expediente Técnico.

(…)

Por tanto al amparo de los establecido en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado (…) y el numeral 164.2 del artículo 164 y numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (…) requerimos a vuestra entidad que en el PLAZO MÁXIMO DE CINCO (5) DÍAS, cumplan con entregarnos la documentación necesaria para la elaboración del expediente técnico, detallada en los párrafos precedentes, BAJO APERCIBIMIENTO DE RESOLVER EL CONTRATO."

Ante esta comunicación el día 25 de noviembre de 2019 con Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA11, diligenciada notarialmente (Carta Notarial N° 052741), FONDEPES señaló básicamente que había cumplido con sus obligaciones, conforme al Acta de Entrega de Terreno de fecha 5 de julio de 2019 y que, nuevamente, adjuntaban la información a la carta y requirió el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio, señalando que se encontraban con una demora injustificada de 140 días calendario en la presentación del primer entregable, por lo que le otorgaban 3 días calendario para que cumpla con sus obligaciones. Luego de ello el 26 de noviembre de 2019 por Carta Notarial No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21, el Consorcio resuelve el CONTRATO señalando que FONDEPES *"(…) sigue incumpliendo las obligaciones esenciales a su cargo, el cual consiste en brindar información y documentación necesaria para el Contratista con el fin de que pueda ejecutar la prestación a su cargo. (…) La entrega por parte de la Entidad de la documentación necesaria para elaborar el expediente técnico, claramente, constituye una obligación esencial que debe ser cumplida"*[5]*"*

[5] Página 3 de la Carta No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21. Anexo 12 de la demanda.

111. Para el Tribunal Arbitral, está claro que esta sí es una imputación de incumplimiento y un requerimiento del Consorcio para que FONDEPES cumpla con sus obligaciones, sin embargo, ello no hace necesariamente que el requerimiento sea válido, pues hay que determinar si existieron o no los incumplimientos que se imputan. A continuación, se muestran las actuaciones de las partes en torno a estos hechos:

Fecha	Documentación
14 de junio del 2019	Se suscribió el Contrato en el que se estableció que el plazo para presentar el Primer Entregable era de 50 días calendario desde la entrega del Terreno.
5 de julio de 2019	Se realizó la entrega de Terreno expidiéndose el Acta de Entrega de Terreno
24 de julio de 2019	El Consorcio solicitó por correo electrónico remitido desde la dirección electrónica weaquino@prwingenieros.con al correo usuario_estudios50@fondepes.gob.pe, información complementaria del proyecto.
25 de julio de 2019	FONDEPES contestó el correo electrónico del Consorcio.

El 26 de agosto de 2019, el Consorcio presentó el primer entregable a FONDEPES por Carta N° 009-CISCP-2019-FONDEPES	El Consorcio presentó el Primer Entregable.
El 12 de setiembre de 2019 se llevó a cabo una reunión entre Fondepes y el Consorcio con respecto al primer entregable	Se expidió el Acta de la referida reunión.
El 30 de setiembre de 2019, por Carta No. 996-2019-FONDEPES/DIGENIPAA.	FONDEPES observó el Primer Entregable en cuanto al Estudio Hidro Oceanográfico, el Estudio de Mecánica de Suelos y el Estudio Topográfico y Batimétrico, razón por la cual le otorgaba un plazo de 10 días calendario para levantar las observaciones.
10 de octubre de 2019 mediante Carta No. 016-CISCP-2019FONDEPES.	El Consorcio presentó la subsanación de las observaciones de FONDEPES.
15 de octubre de 2019 por Carta No. 1033-2019-FONDEPES/DIGENIPAA.	FONDEPES devolvió al Consorcio el levantamiento de las observaciones al Primer Entregable.
16 de octubre de 2019, mediante Carta No. 1039-2019-FONDEPES/DIGENIPAA.	FONDEPES convocó a una reunión con los profesionales que participaron en el desarrollo del primer entregable para el día 22 de octubre de 2019, a las 9:00 am.
22 de octubre de 2019 se llevó a cabo una reunión entre Fondepes y el	Se expidió el Acta de Reunión

Consorcio con respecto al primer entregable.	
25 de octubre de 2019 por Carta No. 017-CISCP-2019-FONDEPES.	El Consorcio presentó por segunda vez la subsanación del Primer Entregable
11 de noviembre de 2019, mediante Carta No. 1106-2019-FONDEPES/DIGENIPAA.	FONDEPES observó por segunda vez el Primer Entregable por no haber levantado las observaciones
19 de noviembre de 2019, mediante la carta la Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES.	El Consorcio intima en mora a FONDEPES por incumplimiento de obligaciones esenciales.
El 25 de noviembre de 2019 con Carta N° 527-2019-FONDEPES/OGA11, diligenciada notarialmente (Carta Notarial N° 052741).	FONDEPES contesta la intimación en mora contenida en la Carta N° 019-CISCP-2019-FONDEPES
El 26 de noviembre de 2019 por Carta Notarial No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21.	El Consorcio resuelve el Contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales.

112. De los hechos ocurridos, se evidencia que el Consorcio realizó, la intimación en mora por el supuesto incumplimiento de entregar la información necesaria para elaborar el expediente técnico, luego de la presentación del Primer Entregable y luego de haber presentado hasta en dos oportunidades la subsanación a las observaciones de FONDEPES, lo que, a su vez, acredita que hasta ese momento, el Consorcio, pudo realizar todas las labores con la información entregada por FONDEPES por lo que se puede apreciar que la información faltante, de existir ésta, no era esencial, pues de lo contrario el Consorcio habría intimado en mora o, al menos, hubiese realizado algún

requerimiento para ello, inmediatamente recibió el CD, o luego de que se le presentó la información complementaria el día 25 de julio de 2019, mediante correo electrónico de respuesta a la solicitud del Consorcio, lo que en este caso no ocurrió.

113. FONDEPES, como respuesta al apercibimiento realizado por el Consorcio mediante Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES de fecha 18 de noviembre de 2019, envió la Carta No. 527-2019-FONDEPES/OGA de fecha 22 de noviembre de 2019, en ella indicó que había cumplido con sus obligaciones, conforme al Acta de Entrega de Terreno de fecha 5 de julio de 2019 y que, nuevamente, adjuntaban la información a la carta. Asimismo, requirió el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio, señalando que se encontraban con una demora injustificada de 140 días calendario en la presentación del primer entregable, por lo que le otorgaban 3 días calendario para que cumpla con sus obligaciones.

114. El Consorcio, mediante Carta No. 020-CISCP-2019-FONDEPES resolvió el Contrato, señalando que FONDEPES *"(…) sigue incumpliendo las obligaciones esenciales a su cargo, el cual consiste en brindar información y documentación necesaria para el Contratista con el fin de que pueda ejecutar la prestación a su cargo. (…) La entrega por parte de la Entidad de la documentación necesaria para elaborar el expediente técnico, claramente, constituye una obligación esencial que debe ser cumplida"*[6]"

115. En el caso que nos ocupa, está probado que antes de la presentación del primer entregable, el Consorcio solicitó a través de un correo electrónico de fecha 24 de julio de 2019 la presentación de "información complementaria", pero no señaló que se tratase de información necesaria o indispensable, y no

[6] Página 3 de la Carta No. 020-CISCP-2019-FONDEPES21. Anexo 12 de la demanda.

requirió, conforme a ley ni constituyó en mora a FONDEPES. En efecto y conforme ya hemos explicado, después de los correos electrónicos intercambiados por las partes los días 24 y 25 de julio de 2019 entre el Consorcio y FONDEPES, que no constituyen requerimientos o intimaciones en mora, pues se trata solo de una solicitud de envío de información complementaria y su respuesta, y no se señala que la información que el Consorcio alega que faltaría era necesaria; en el expediente no obra alguna otra comunicación hasta la Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES de fecha 18 de noviembre de 2019, en la que se evidencie que el Consorcio requiera o intime en mora al FONDEPES o manifieste claramente que dentro del CD no había toda la información necesaria y esencial para la elaboración del expediente técnico. Además, el Consorcio, elaboró el Primer Entregable (que forma parte del expediente técnico) con la información que tenía, este fue observado y lo subsanó, no una, sino dos veces sin señalar que le faltaba información y es recién en noviembre de 2019, luego presentar el primer entregable del expediente técnico, y habiéndolo subsanado hasta en dos ocasiones, que señala que la información brindada por FONDEPES era insuficiente y lo que faltaba era esencial y lo hace mediante Carta No. 019-CISCP-2019-FONDEPES de fecha 18 de noviembre de 2019. Es decir, no es sino hasta luego de no poder subsanar las observaciones por segunda vez que señala que le faltaba información, que era esencial para cumplir con el CONTRATO y por tanto que su falta de entrega se trataría de un incumplimiento esencial. Importante señalar que, como ya se ha indicado reiteradamente, hasta este momento no se había requerido e intimado a FONDEPES por lo que no se le había constituido en mora; el Consorcio no había señalado que mientras no se cumpla con la entrega de información esencial que era necesaria, no podrá elaborarse o subsanarse el primer entregable del expediente técnico o, al menos, habría formulado la excepción de incumplimiento. Nada de ello ocurrió y el Consorcio presentó el primer

entregable demostrando con su comportamiento que no estaba imposibilitado de cumplir con el primer entregable.

116. Ahora bien, el Consorcio señala que el segundo requerimiento se realizó en la reunión sostenida entre las partes el 12 de setiembre de 2019, ello lo mencionó la defensa del Consorcio, en la Audiencia de Informes Orales, sin embargo, en el Anexo 3-A de la contestación de demanda, en el que se encuentra adjunto el Acta emitida el 12 de setiembre de 2019, no consta que el Consorcio conforme se observa de la siguiente imagen, haya realizado algún requerimiento o haya reclamado el incumplimiento de las obligaciones de FONDEPES, por lo que este argumento queda descartado. Como se puede ver, a través del Acta de Reunión de fecha 12 de setiembre 2019, se dejó constancia en el rubro "Acuerdo" que se tuvo una reunión con el equipo consultor en la que se plantearon las observaciones del equipo de revisor de FONDEPES. También se dejó constancia que FONDEPES facilitó al equipo consultor el plano perimétrico de detalle del proyecto de manera física y digital, siendo que en dicha acta no consta que el Consorcio haya realizado algún requerimiento respecto al incumplimiento de las obligaciones que alega en este arbitraje.

ACTA DE REUNIÓN N°01

DPA LA ISLILLA

A las 16:30 horas del día doce (12) de setiembre del 2019, en las oficinas del FONDEPES ubicadas en la Av. Petit Thouars N° 115 Cercado de Lima, se reunieron los profesionales encargados de la revisión del expediente "Creación de Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la localidad de La Islilla, Distrito de Paita, Región Piura" y el consultor encargado de dicho expediente técnico.

PARTICIPATES:

Nombres y Apellidos	N° de Registro	Asistencia
Ing. Itar Marquina	CIP 84964	FONDEPES
Ing. William Cevallos	CIP 160986	FONDEPES
Ing. Pedro Mendoza	-	FONDEPES
Arq. Lia Asmat	CAP 19520	FONDEPES
Edgar Figueroa Torres	-	Equipo Consultor
Ing. William Aquino Reinoso	CIP 19442	Equipo Consultor

AGENDA:

1. Revisión del Proyecto (PRIMER ENTREGABLE)
2. Planteamiento de observaciones a consultoría.

117. Así las cosas, para el Tribunal Arbitral, no se ha probado que FONDEPES haya incumplido una obligación esencial, pues el Consorcio pudo presentar el primer entregable y lo hizo el 26 de agosto de 2019, y ante las observaciones de FONDEPES, lo subsanó en dos ocasiones, siendo que, recién alega el Consorcio que la imposibilidad de elaborar correctamente el expediente técnico por culpa de FONDEPES luego de que, por segunda vez, FONDEPES observó el primer entregable, por lo que desde el 5 de julio de 2019, fecha en la que se le entregó el CD, hasta noviembre del mismo año, luego de presentado y subsanado el primer entregable, el Consorcio no reclamó que FONDEPES había incumplido con su obligación de presentar la información esencial indicada en los términos de referencia y todo lo contrario inició la ejecución de la prestación con dicha información. Lo que se aprecia de los actuados y del material probatorio es que el Consorcio después de que realiza FONDEPES observaciones al primer entregable, por segunda vez, imputa a FONDEPES haber incumplido el CONTRATO. Además, se debe tener en cuenta que si bien el Consorcio a lo largo de su escrito de contestación de demanda ha señalado que la Entidad lo presionó para que presente el Primer Entregable en las condiciones en las que fue presentado,

no se observa, dentro del expediente arbitral, prueba alguna que acredite la supuesta presión ejercida por FONDEPES.

118. En consecuencia, al no haberse probado que FONDEPES incurrió el incumplimiento de obligaciones esenciales consistente en entregar la información necesaria y esencial para la elaboración del expediente técnico, corresponde declarar fundada la Primera Pretensión Principal de la demanda e infundada la Primera Pretensión Principal de la reconvención.

119. A continuación, se realizará el análisis sobre la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención:

"SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos que el demandante FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES al amparo de los preceptuado en el numeral 36.2 del artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el DS No. 082-2019-EF y numeral 166.2 del artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo No. 344-2018-EF, nos pague una indemnización por daños y perjuicios derivados de la Resolución del Contrato No. 019-2019-FONDEPES - Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico del PIP: "Creación servicios del desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de La Islilla, Distrito de Paita, Región Piura, hasta por la suma de S/. 494,888.07 (Cuatrocientos Noventa y Cuatro Mil Ochocientos Ochenta y Ocho y 07/100 Soles)"

- <u>ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:</u>

120. El Consorcio indica que le corresponde una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución del Contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

121. Explica que el monto que solicita corresponde a los gastos ocasionados en la ejecución de las prestaciones que se realizaron durante la vigencia del Contrato y que dieron lugar a la presentación del primer entregable. Agrega que el 12 de junio de 2019, el Consorcio entregó a FONDEPES los documentos para perfeccionar el Contrato, entre los que se encuentran la estructura de costos de la oferta económica y el detalle de precios unitarios de a oferta económica de todo el proyecto.

122. Refiere que en la estructura de costos para todo el proyecto ascendía a S/ 1´787,108.25, pero han realizado el cálculo correspondiente y han determinado que para el primer entregable el monto total de gastos incurridos asciende a S/ 494,88.07.

123. Indica que adjunto a su reconvención se encuentra el informe que contiene el primer entregable y otras actividades realizadas en la ejecución del servicio durante el tiempo de vigencia del Contrato, demostrándose que se realizaron gastos en recursos humanos, costos de estudios básicos y otros en campo, gastos de movilización de equipos, personal, entre otros.

124. Sostiene, respecto de la cuantificación del daño que, en caso el Tribunal Arbitral considere insuficiente las pruebas aportadas para probar la cuantía, debe aplicar el artículo 1332 del Código Civil que regula la valoración equitativa.

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

125. FONDEPES señala que no corresponde el pago de la indemnización por daños y perjuicios, toda vez que está demostrado que la Resolución del Contrato efectuada por el Consorcio es arbitraria e ilegal por no cumplir lo señalado en la normativa de contrataciones del estado, específicamente el numeral 164.2 del artículo 164 del RLCE. Además, señala que tampoco se cumple con la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil, por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

126. FONDEPES refiere que no corresponde el pago de contraprestación sin que previamente se haya emitido el informe de conformidad por parte de la DIGENIPAA e indica que el valor del entregable es el 20% del monto del contrato y equivale a S/ 357,421.65. Agrega que este sería el monto que le hubiera correspondido pagar, siempre que se hubiera tenido la conformidad de la DIGENIPAA, lo que no se dio porque el Consorcio no levantó las observaciones al primer entregable.

127. Indica que el monto ascendente a S/ 494,888.87 que solicita el Consorcio es un monto mayor al que le hubiese correspondido por la presentación correcta del expediente técnico, situación que no se dio, pues FONDEPES dio como no presentado dicho entregable de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia.

- POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

128. Mediante esta pretensión el Consorcio solicita que se le otorgue una indemnización ascendente a S/ 494,88.07, más intereses, como consecuencia de la resolución contractual por el incumplimiento de FONDEPES de no haber entregado información necesaria y esencial para el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio.

129. La indemnización importa colocar a quien sufrió el daño, en la medida de lo posible, en la misma situación que se habría encontrado de no haber ocurrido el evento dañoso que obliga a la indemnización. En efecto, *"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido.*[7] *"*

130. Así, para que proceda el otorgamiento de una indemnización por los daños y perjuicios causados, es necesarios que se cumplan los siguientes requisitos: (i) la inejecución de la obligación, (ii) la imputabilidad del deudor, (iii) el daño, y (iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño sufrido. Sin embargo, el Consorcio solo ha hecho referencia a la inejecución de la obligación, la cual refiere que se prueba con la falta de entrega de la información necesaria y esencial por parte del FONDEPES, es decir, solo expone y desarrolla uno de los requisitos que se exige para el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios.

131. El Tribunal Arbitral ya ha determinado al resolver la Primera Pretensión Principal de la demanda y la Primera Pretensión Principal de la Reconvención que FONDEPES no incumplió sus obligaciones, por lo que no se ha

[7] Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segund°a parte), No. 821, p. 132 En: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf

configurado incumplimiento de FONDEPES que daría derecho a reclamar la indemnización al Consorcio, es decir, el hecho antijurídico que cause el daño que origine la obligación de indemnizar, así las cosas, al no haberse configurado un hecho antijurídico que es uno de los requisitos esenciales para el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios, no puede ampararse la pretensión por lo que el Tribunal Arbitral resuelve declarar infundada esta pretensión.

A continuación, se analizará la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la reconvención.

"PRETENSIÓN SUBORDINADA: Solo en el evento negado que vuestro Tribunal decidiera desestimar nuestra segunda pretensión principal, demandamos nuestro derecho a poder cobrar la contraprestación pactada en el Contrato No. 019-2019-FONDEPES, ascendente a la cantidad de S/ 1´787,108.25 (Un Millón Setecientos Ochenta y Siete Mil Ciento Ocho con 25/100 Soles), conforme lo señalado en el artículo 1155 Código Civil."

- <u>ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA RECONVENCIÓN:</u>

132. El Consorcio señala que se ha demostrado que para la elaboración del expediente técnico era necesario contar con la información requerida a FONDEPES y que la obligación era esencial porque condicionan la continuidad del servicio, volviéndose imposible su ejecución, pues la prestación del Consorcio dependía del cumplimiento de las obligaciones de FONDEPES.

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA RECONVENCIÓN:

133. FONDEPES señala que la elaboración del expediente técnico no fue imposible de ejecutar por culpa de la entidad, sino más bien por el incumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio, toda vez que, está demostrado que FONDEPES entregó la documentación que se establecía en los TDR y prueba de ello es que el Consorcio en el primer entregable presentó como parte de dicho entregable, los planos de la ubicación del DPA con las coordenadas correspondientes, así como los estudios básicos, documentación que mencionó no se le entregó y por la cual apercibió a FONDEPES y resolvió el contrato por lo que esta pretensión debe declararse infundada.

- POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA RECONVENCIÓN:

134. En esta pretensión lo que solicita el Consorcio al Tribunal Arbitral es calificar si cumplir con la prestación del expediente técnico de manera correcta, devino en imposible por culpa de FONDEPES por no haber entregado la información necesaria para la elaboración del Primer Entregable.

135. El artículo 1155 del Código Civil establece que, si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelva, conservando el derecho a la contraprestación, en caso hubiere. Esta regla también se aplica cuando el cumplimiento de la prestación del deudor depende de una prestación previa del acreedor, constituido previamente en

mora al presentarse la imposibilidad. Textualmente, el artículo 1155 del Código Civil establece lo siguiente:

"Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.
Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.
Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor."

136. Al respecto y conforme el Tribunal Arbitral ha explicado al resolver la Primera Pretensión de la demanda y la Primera Pretensión de la reconvención, el Consorcio presentó el Primer Entregable del expediente técnico y lo subsanó en dos oportunidades sin indicar que no podía ejecutarlo o que era imposible ejecutarlo correctamente y frente a las observaciones formuladas por FONDEPES, el Consorcio sostuvo con FONDEPES, conforme al Acta emitida una reunión el día 12 de setiembre de 2019, y presentó incluso dos subsanaciones, es decir hasta en dos oportunidades sin indicar que no podía subsanarlas porque no tenía la información necesaria y suficiente; y por tanto, su obligación era de imposible cumplimiento por falta de información, sino hasta después de recibir la segunda observación de FONDEPES.

137. Para el Tribunal Arbitral, el comportamiento desplegado por el Consorcio acredita que no se encontraba en la imposibilidad que ahora alega, pues de haber sido así, hubiese reclamado la falta de entrega de información antes de la fecha de presentación del Primer Entregable y únicamente, hasta antes de dicha presentación, en el expediente, existe un correo electrónico enviado por

el Consorcio el 24 de julio de 2019, solicitando información complementaria, lo que, significa que la información que el Consorcio pedía en dicho momento no era esencial ni necesaria, simplemente era complementaria, la cual además, en su mayoría fue entregada, acreditándose que la presentación del Primer Entregable del expediente no devino en imposible pues de hecho se entregó y subsanó, como ya ha sido analizado de manera amplia en este Laudo.

138. Así las cosas y siendo que no se ha probado que la prestación del Consorcio era imposible de cumplir por culpa del FONDEPES, el Tribunal Arbitral resuelve desestimar la Pretensión Subordinada de la reconvención.

A continuación, se resolverá la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención:

"TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: "Que se ordene al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES, la devolución de nuestra Carta Fianza de Fiel Cumplimiento No. 0011-0708-9800125487-53, emitida por el BBVA Continental, por un monto de S/ 89,355.42 renovada hasta el 28.02.2021 y Carta Fianza de Fiel Cumplimiento No. 91123-1, emitida por el Banco Interbank por un monto de S/ 89,355.42 renovada hasta el 02.04.2021.

- ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

139. El Consorcio señala que, debido a la resolución contractual, por causa imputable a FONDEPES corresponde la devolución de las cartas fianza de

fiel cumplimiento, pues ya no existe Contrato al que garantizar con dichos documentos.

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

140. FONDEPES indica que lo solicitado en la tercera pretensión no es procedente, pues de acuerdo a lo establecido en el numeral 149.1 del artículo 149° Garantía de Fiel Cumplimiento del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ésta se mantiene vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultorías de obras.

141. Agrega que la elaboración del expediente técnico es una consultoría de obra, y que a la fecha no se puede liquidar el Contrato N° 019-2019-FONDEPES, por la controversia de la resolución del contrato, en consecuencia, no es procedente la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

- POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

142. De acuerdo a lo establecido en el artículo 149.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la garantía de fiel cumplimiento debe mantener vigente hasta el consentimiento de la liquidación final del Contrato para el caso de contratos de ejecución o consultoría de obras, como es el caso que nos ocupa. En el presente caso, no se ha demostrado que el CONTRATO se

haya liquidado ni que dicha liquidación haya quedado consentida. En consecuencia, corresponde declarar infundada la Tercera Pretensión Principal de la reconvención.

A continuación, se resolverá la Segunda Pretensión Principal de la demanda y la Cuarta Pretensión Principal de la reconvención, porque tienen estrecha relación y ambas se refieren a los gastos arbitrales:

"Segunda Pretensión Principal: Se ordene al CONSORCIO ISLILLA COPE el pago de la totalidad de los costos y gastos arbitrales que deriven del presente proceso.

"Cuarta Pretensión Principal: Que se ordene al Fondo de Desarrollo Pesquero – FONDEPES el pago del total de los costos y costas del presente proceso, más los intereses legales que correspondan. el pago de la totalidad de los costos y gastos arbitrales que deriven del presente proceso."

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

143. FONDEPES ha solicitado como Segunda Pretensión Principal de la demanda que los gastos arbitrales sean asumidos por el Consorcio, no obstante, no ha desarrollado argumento al respecto.

- ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

144. El Consorcio, no ha expuesto argumentos respecto de esta pretensión.

- ARGUMENTOS DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

145. El Consorcio señala que FONDEPES debe asumir el pago total de los costos y costas del arbitraje, sin presentar más argumentos al respecto.

- ARGUMENTOS DE FONDEPES RESPECTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

146. FONDEPES no ha expuesto argumentos en torno a esta pretensión.

- POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

147. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje[8], al no existir estipulación alguna de las partes sobre la asunción o distribución de los costos y costas del arbitraje en el convenio arbitral, corresponde al Tribunal Arbitral decidir sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del laudo y las circunstancias del caso.

[8] **Ley de Arbitraje. Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos**
"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
(…)"

148. La parte vencida en este arbitraje ha sido el Consorcio porque todas sus pretensiones han sido desestimadas, por lo que corresponde que asuma los costos del arbitraje. Además, en cuanto al comportamiento de las partes en el proceso, el Tribunal advierte si bien ambas partes se han conducido correctamente, no han obstaculizado la labor del Tribunal y han colaborado con la finalidad del proceso, que no es otra que resolver la controversia a través de un laudo válido y ejecutable, como se ha indicado, el Consorcio es claramente la parte perdedora del arbitraje. Por lo tanto, corresponde que los gastos arbitrales (que incluyen los honorarios del tribunal arbitral y los del Centro de Arbitraje) sean asumidos en su totalidad por el Consorcio, al haber perdido el arbitraje, asimismo el Tribunal Arbitral resuelve que cada una de las partes asuma los costos de sus propias defensas.

149. En ese sentido, FONDEPES ha pagado todos los costos de demanda indicados en el numeral 24 del presente Laudo y el Consorcio ha pagado los gastos que corresponden a la reconvención indicados en el numeral 26 del presente laudo, por lo tanto, el Consorcio debe reembolsar a FONDEPES la totalidad de los gastos arbitrales incurridos por FONDEPES en el monto señalado en el numeral 24 de este laudo.

LAUDO:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda y la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADAS la Primera, la Segunda y su Subordinada, la Tercera, y la Cuarta Pretensión Principal de la reconvención.

<u>Tercero:</u> **ORDENAR** al Consorcio reembolsar a FONDEPES el monto indicado en el numeral 24 de este Laudo por concepto de gastos arbitrales.

Manuel Diego Aramburu Yzaga

Hugo Ernesto Sologuren Calmet

Roger Reynaldo Casafranca García