LAUDO ARBITRAL

Número de Expediente:	N° 211-2016/SNA-OSCE
Demandante:	CONSORCIO MORIN, integrado por: *JJS INGENIEROS CONSTRUCTORE S.A.C.*; *CONSTRUCTORA INMOBILIARIA JJ S.A.C.*; y, *R&S ASOCIADOS S.R.L.* (en adelante, el DEMANDADO o el CONTRATISTA).
Demandado:	FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO – FONDEPES (en adelante, la DEMANDANTE o la ENTIDAD).
Contrato (N° y objeto):	Contrato N° 072 - 2014-FONDEPES/OGA: "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morin, provincia de Viru, Región La Libertad, Saldo de Obra" (en adelante, el CONTRATO).
Monto del Contrato:	S/11´490,812.68 (Once Millones Cuatrocientos Noventa Mil Ochocientos Doce con 68/100 Soles).
Cuantía de la Controversia:	S/466,218.56 (Cuatrocientos Sesenta y Seis Mil Doscientos Dieciocho con 56/100 Soles).
Tipo y Número de Proceso de Selección:	Licitación Pública N° 006-2014-FONDEPES, para la ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morin, provincia de Viru, Región La Libertad, Saldo de Obra"
Tribunal Arbitral:	Abogado, Dennis Italo Roldan Rodríguez (Presidente del Tribunal Arbitral), José Herrera Robles (Árbitro) y Adela Virginia Arteta Salinas. (Árbitro).
Secretaria arbitral:	Abogada, Patricia Dueñas Liendo
Fecha de emisión del Laudo:	19 de marzo de 2025
N° de Folios:	30

Resolución N.º 44

Lima, 19 de marzo de 2025.

En Lima, a los diecinueve (19) días del mes de marzo del año dos mil veinte y cuatro, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuadas las pruebas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas por las Partes y los medios probatorios aportados, dicta el Laudo Arbitral siguiente:

ANTECEDENTES

El día 27 de octubre del año 2014, el Comité Especial adjudico la Buena Pro de la Licitación Pública N° 006-2014-FONDEPES, para la contratación de la ejecución de la obra: "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morin, provincia de Viru, Región La Libertad, Saldo de Obra, Contrato N° 072 - 2014-FONDEPES/OGA, que celebraron de una parte el CONSORCIO MORIN y de otra el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES.

Que, el contrato celebrado tuvo por objeto la ejecución de la obra "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morin, Provincia de Viru, región de la libertad, Saldo de Obra. El monto del contrato suscrito es de S/ 11´490 812,68 (Once Millones Cuatrocientos Noventa Mil, Ochocientos Doce y 68/100 SOLES).

El cual cuenta en su cuerpo literal que contiene un convenio arbitral que precisa lo siguiente (SIC):

> *"**Cláusula Décimo Octava: Solución de Controversias***
>
> 1. *Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.*
>
> 2. *Las partes acuerdan que todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos las que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje institucional bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su Reglamento.*
>
> *a.- Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es menor a igual a 30 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de su presentación, el Tribunal Arbitral estará compuesto por árbitro único.*

b.- Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral as mayor a 30 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la de su presentación, el Tribunal Arbitral estará compuesto por tres árbitros.

c.- Si la controversia señalada en la solicitud o demanda arbitral es indeterminable el Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros.

3. *Las partes acuerdan que las actuaciones arbitrales se realizarán en los plazos establecidos, sin que el Tribunal Arbitral tenga facultad alguna para ampliarlos o modificarlos, no siendo posible que el Tribunal Arbitral haga uso de la facultad contenida en el numeral 4 del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1071. El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia.*

4. *Para la interposición de recurso de anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial las partes acuerdan que, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o depósito a favor de la parte vencedora, creado o por crearse.*

Que, habiéndose expedido el acta de recepción de obra, surgieron entre las Partes determinadas controversias sobre la culminación real de las obras conforme a las partidas establecidas en el expediente técnico de obra, en ese sentido, el DEMANDADO, toda vez que a su criterio y juicio, el DEMANDANTE no habría ejecutado la totalidad de la obra, con Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J del 11 de julio de 2016, notificada a el DEMANDANTE con Carta N°208-2016-FONDEPES/SG y Carta N°207-FONDEPES/SG del 12 de julio de 2016, se declaró la nulidad del Acta de Recepción de Obra del 26 y 27 de enero de 2016, incoándose un proceso arbitral ante el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, signándose con el Expediente N° S-211-2016/SN-OSCE (en adelante, el CENTRO DE ARBITRAJE).

Instalación del Tribunal Arbitral

1. Que, mediante procedimiento de selección a cargo del CENTRO DE ARBITRAJE quedó seleccionado el Abog. Dennis Ítalo Roldan Rodríguez para desempeñarse como Presidente del Tribunal Arbitral en el presente proceso arbitral, así como los abogados: José Herrera Robles (Árbitro) y Adela Virginia Arteta Salinas. (Árbitro).

Normativa Aplicable al presente Arbitraje

2. La norma aplicable al presente caso es el Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias, ***(en adelante "la Ley")***, y su Reglamento, aprobada por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias ***(en adelante "el Reglamento")*** y supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma del Arbitraje.

Cuestiones Preliminares

3. En forma previa al análisis de los puntos controvertidos por el DEMANDADO, así como de los argumentos y posiciones expuestas por las partes procesales en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

(i) En materia de contratación pública y dada la existencia de un Convenio Arbitral, las partes puede someter las controversias que se susciten ante cualquier institución arbitral, en el presente caso ante el SNA-OSCE, sometiéndose a las Reglas establecidas en el Reglamento Arbitral del CENTRO DE ARBITRAJE, en la Ley y su Reglamento; y supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma del Arbitraje.

(ii) El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con el procedimiento del CENTRO DE ARBITRAJE. De igual modo, dicha constitución guarda de respetar la regulación contemplada en la Ley, y su Reglamento; y las Directivas aprobadas por el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

(iii) La DEMANDANTE y el DEMANDADO aceptaron la instalación del Tribunal Arbitral que emite el presente Laudo, sin que exista recusación alguna en contra de él. Asimismo, las Partes pudieron ejercer libremente su derecho y potestad de cuestionar las decisiones arbitrales.

(iv) La DEMANDANTE presentó su demanda y el CONTRATISTA fue debidamente emplazado con dicha demanda, contestando y ejerciendo plenamente su derecho de defensa, así, el Tribunal Arbitral ha garantizado en todo momento el libre acceso de las Partes a un juicio justo e igualitario, respetando en toda su integridad el debido proceso.

(v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ejercer su derecho a la defensa, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad para ello, respetando en todo momento este Colegiado el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

(vi) Que la decisión de este Tribunal Arbitral contenida en el presente Laudo Arbitral ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, este Colegiado considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo con lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, el Tribunal Arbitral deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos

individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en la resolución que fija puntos controvertidos. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Finalmente, se deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de estos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

Actuaciones Arbitrales

4. Con fecha 4 de agosto de 2016, el DEMANDANTE presentó ante el CENTRO DE ARBITRAJE su solicitud, formulando sus pretensiones primigenias conforme a sus derechos y prerrogativas.

5. El 4 de noviembre de 2016, el DEMANDANTE formuló su demanda arbitral, donde formalizó sus pretensiones arbitrales de caro al proceso arbitral incoado por éste.

6. Siendo el 12 de enero de 2017, el DEMANDADO contestó la solicitud arbitral, presentando sus argumentos, posición y medios probatorios correspondientes, de acuerdo con su derecho.

7. Con fecha 16 de junio de 2018, se suscribió la Audiencia De Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

8. El 27 de junio de 2018, el DEMANDANTE solicitó una acumulación de pretensiones, siendo que con fecha 20 de diciembre de 2018, las fundamenta conforme lo requerido por el Colegiado.

9. Siendo 10 de setiembre de 2019, a través de la Resolución N° 10, se integraron los puntos controvertidos formulados en la demanda acumulada, teniéndose en cuentas las pretensiones de la DEMANDANTE y los argumentos de descargo del DEMANDADO.

En ese sentido, se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

- **Primer punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no "que se deje sin efecto la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J del 11 de julio de 2016, mediante la cual la Entidad declare la nulidad de oficio de la recepción de la obra contenida en el Acta de Recepción de Obra levantada entre el 26 y 27 de enero de 2016, así como los actos realizados con posterioridad a la misma.

- **Segundo punto controvertido**

Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra solicitada mediante Carta N° 50-2015-CONSORCIO MORIN.

- **Tercer punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no el pago de los costos financieros originados como consecuencia de la expedición y vigencia de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, los que hasta el momento de la presentación de la petición o solicitud arbitral ascendían respectivamente a la suma de S/10,000 nuevos soles, pero que deberán liquidarse en ejecución arbitral.

- **Cuarto punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no "el pago de los gastos legales originados como consecuencia de la asesoría legal para el inicio del presente procedimiento arbitral, los mismos que se liquidaron al momento de la expedición del laudo arbitral correspondiente o en la etapa de ejecución arbitral.

- **Quinto punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no el pago de los gastos arbitrales que genere el procedimiento arbitral, tales como honorarios profesionales de los árbitros, del secretario arbitral, así como los gastos administrativos del centre de arbitraje.

- **Sexto punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no que declare la nulidad y/o ineficacia de la ejecución de la carta fianza N° 0011-0295-9800064271, por el monto de S/ 1'149,089, y de la Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506, por S/23,180.80, que arbitrariamente realizo FONDEPES.

- **Sétimo punto controvertido**
  Determinar si corresponde o no que ordene a FONDEPES devolver el dinero producto de la ejecución al Banco BBVA Continental, a fin de que se emitan nuevas cartas fianzas.

10. Asimismo, se determinó admitir los siguientes medios probatorios:

DE LA CONTRATISTA
Se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista en el acápite "IV. Ofrecimiento de medios probatorios de demanda arbitral" de su escrito de subsanación de demanda de fecha 04 de noviembre de 2016, numerales 1 al 4, así como los demás instrumentales aportadas en los diversos escritos durante el proceso arbitral.

DE LA ENTIDAD
Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad en el acápite denominado "VI. MEDIOS PROBATORIOS", numerales del 1) al 16) del referido escrito de contestación de demanda presentado con fecha 11 de enero de 2017, así como los demás instrumentales aportadas en escritos posteriores durante el proceso arbitral.

11. El 2 de abril de 2024, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales donde las Partes expusieron sus alegatos sobre el presente arbitraje.

12. Con fecha 30 de enero de 2025 se notificó a las partes la Resolución N° 43, con la cual se fijó el plazo para laudar en treinta y cinco (35) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha Resolución, plazo que vence el 20 de marzo de 2025.

En Relación con la Materia Probatoria

13. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Colegiado pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en este Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

14. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, 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 que:

> *"… la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"* [1]

Saneamiento procesal

15. Al respecto es necesario acotar que tanto la DEMANDANTE, como al DEMANDADO se les ha dado todas las facilidades con el objetivo que ejerzan plenamente sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, procediéndose a permitirles formular plenamente sus argumentos y posiciones en torno al debate procesal que se ha establecido al momento de fijar los puntos controvertidos.

16. Finalmente, ninguna de las partes ha formulado excepción ni ha cuestionado el establecimiento del proceso arbitral; por lo que se entiende que el proceso arbitral se ha

[1] TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, Lima. 1994, p. 35.

llevado dentro de los cauces normales de las actuaciones de las Partes y del Tribunal Arbitral, por tanto, se entiende que el presente proceso arbitral se encuentra saneado.

Sobre la aplicación de las normas de derecho público y de derecho privado

17. Cabe señalar en este punto, que todo Laudo Arbitral, salvo los que sustancian temas de nulidad de contratos, deriva de la etapa de ejecución contractual, donde la naturaleza de la relación sustancial entre las partes contractuales no se regula por normas de derecho público entendidas bajo la relación administración – administrado que contiene el TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), sino a la luz de una situación especial, nacida de la propia naturaleza de un contrato administrativo.

18. Para mayor detalle, es necesario considerar la Opinión N° 001-2020/DTN en la que se hace referencia a lo expuesto por la Consulta Jurídica N° 17-2018- JUS/DGDNCR de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, considerando que dicha opinión no constituye norma de obligatoria aplicación ni genera vinculación, sin embargo, rescatamos su alcance lógico jurídico, conforme lo expuesto en ella:

> *"**Opinión N° 001-2020/DTN***
> ***[…]***
> ***Consulta Jurídica N° 17-2018- JUS/DGDNCR***
> ***[…]***
> *55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.*
>
> *56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. **Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado**. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General (…)."*
>
> (Subrayado y énfasis agregado)

19. En base a lo expuesto, podemos afirmar que, en la etapa de ejecución contractual, existe una normativa propia, la Ley y su Reglamento que regulan las actuaciones de las Partes, asimismo, debe considerarse que la LPAG no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado[2] y el procedimiento administrativo común.

20. En ese entendido, durante la ejecución contractual por un lado se observan que pueden confluir instituciones del derecho público, en cuanto a las actuaciones de las entidades y también confluyen instituciones de derecho privado, en tanto al cumplimiento de las prestaciones, siempre que no se encuentran reguladas en la Ley y su Reglamento, es decir de forma supletoria.

21. Por ello, considerando el criterio desarrollado en diversas opiniones[3] de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la LPAG, pues, como se ha dicho, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

22. Sin embargo, como se ha señalado previamente, en la etapa de ejecución contractual, si bien, no existe una relación administración – administrado y existe una normativa propia (Ley y Reglamento) y de aplicación supletoria (Código Civil), ello, no afecta ni excluye -cuando corresponda la aplicación de las disposiciones de la LPAG a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Análisis de los Puntos Controvertidos

23. **Primer punto controvertido. –** Determinar si corresponde o no "que se deje sin efecto la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J del 11 de julio de 2016, mediante la cual la Entidad declare la nulidad de oficio de la recepción de la obra contenida en el Acta de Recepción de Obra levantada entre el 26 y 27 de enero de 2016, así como los actos realizados con posterioridad a la misma.

<u>Posición de la DEMANDANTE</u>
Respecto del presente punto controvertido, el DEMANDANTE ha señalado que, habiéndose suscrito el CONTRATO, se procedió con su ejecución, llegándose a la etapa de recepción de obra, así las cosas, el 17 de diciembre de 2015, durante el acto de entrega de

---

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

[3] Opiniones Nº 107-2012/DTN, Nº 130-2018/DTN y Opinión N° 099-2022/DTN, de las cuales se puede observar que lo expuesto es un aspecto que se ha sostenido en el tiempo e incluso trasciende regímenes normativos.

obra, el Comité Especial formulo observaciones a la obra ejecutada, quedando éstas plasmadas en el documento denominado "Acta de Observaciones en Recepción de Obra".

Posteriormente, con fecha 26 y 27 de enero de 2016, se procedería con la suscripción del Acta de Recepción de Obra, toda vez que conforme lo señalado por el Comité de Recepción de Obra, las observaciones formuladas habían sido absueltas procediéndose a la etapa de liquidación de la obra.

Sin embargo, sostiene el DEMANDANTE, que en dicha etapa y ante la existencia de observaciones en las partidas de ejecución de obra, el DEMANDADO determinó la no ejecución de determinadas partidas de obra, razón por la cual, a través de la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J se procedió a declarar la nulidad de la precitada acta de recepción de obra.

En ese sentido, considerando el acto efectuado por el DEMANDADO, ha sido posición del DEMANDANTE el señalar que ésta no se ajusta a derecho al tratarse de un acto bilateral, el cual, sin embargo, ha sido declarada nula de oficio, como si se tratara de un acto unilateral emitido por el propio DEMANDADO, es decir como si fuese un acto administrativo.

Considerando lo expuesto, señaló que, conforme a lo expuesto, su pretensión debe declararse fundada, toda vez que le asiste el derecho, teniendo en cuenta, que el DEMANDANTE ha declarado la nulidad de un acto que no constituye un acto administrativo y por consiguiente, la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J no es válida.

<u>Posición del DEMANDADO</u>
Por su parte el DEMANDADO sostiene que declaró la nulidad del Acta de Recepción de Obra, toda vez que se corroboró que el DEMANDANTE al momento de ejecutar la obra, no cumplió con ejecutar determinadas partidas de obra, razón por la cual, no podía sostenerse dicha acta.

De esta forma, se tiene que del artículo 1° de la LPAG se deprende que el acto administrative es la declaración de una entidad pública, que se emite en el marco del derecho público, con la finalidad de generar efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de administrados.

Precisa también, que la recepción de una obra tiene la naturaleza de un acto administrativo, toda vez que implica una declaración de una entidad del Estado, representada por el Comité de Recepción, contenida en el Acta de Recepción de Obra, y se encuentra enmarcada en la normativa de contrataciones del Estado que es de derecho público, declaración mediante la cual se otorga la conformidad del cumplimiento de la ejecución de una obra a favor de un contratista.

Así, el DEMANDANTE considera que el Acta de Recepción de Obra constituye un acto administrativo conforme la LPAG y, por tanto, es susceptible de ser declarada nula de oficio de acuerdo con lo establecido en la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J.

Posición definitiva del Tribunal Arbitral

A efectos de dar una respuesta clara e integral a la presente controversia, conviene en realizar un pequeño y moderado preámbulo, donde se tocarán los principales conceptos a tener en cuenta para resolver la controversia, así dicho ello, con la finalidad de establecer bases sólidas que serán el constructo del Laudo Arbitral, procederemos a revisar y considerar algunos conceptos primigenios relacionados con el presente punto controvertido.

a) El contrato administrativo como categoría especial

La administración pública en la actualidad ha sumado a la forma autoritaria y unilateral tradicional de un visión administrativista de relacionarse con los ciudadanos, a diversas figuras de negociación bilateral que se realizan o producen mediante acuerdos, contratos o pactos de diverso contenido, a dichas formas de relacionarse, vale decir otorgar una concesión, permitir el desarrollo de infraestructura pública, son importantes en la medida que sirven para garantizar el desarrollo y cumplimiento de las políticas públicas de los diversos sectores que comprende a la administración pública.

Con ese fin es que las diversas entidades públicas adquieren bienes y servicios, ejecutan obras de infraestructura u otorgan el derecho de explotación a determinada unidad productiva, valiéndose para ello de la colaboración del sector privado, surgiendo una nueva forma de relacionarse entre el ámbito privado y público, un tanto distinta a la usual relación existente de administración – administrado.

Es así que surge o nace el contrato administrativo, como una categoría general que involucra a toda contratación en los que una parte es la administración pública o en términos sencillo, viene a ser el Estado, de distinta naturaleza a lo que vendría ser un contrato de derecho privado, donde las partes son personas naturales y/o jurídicas que no constituyen bajo ningún extremo a la administración pública.

Corrobora lo expuesto, las palabras del profesor Juan Carlos Morón Urbina[4] (SIC):

> *"[…] el término "contrato administrativo" debe considerarse como una subcategoría que alude a aquellos contratos celebrados por la administración pero que tienen – en mayor o menor medida – un régimen jurídico diferenciado del contrato privado. Este régimen diferenciado tiene por objetivo asegurar el adecuado y oportuno alcance de fines públicos sujetos a acuerdos con particulares, preservando la capacidad de dirección contractual a cargo de la administración y evitando el riesgo de que los acuerdos puedan frustrarse por el sistema de garantías concurrentes que el derecho común permite a las partes".*

En ese sentido, se tiene que en un contrato donde participe como parte signataria alguna entidad de la administración pública, este constituye un contrato administrativo,

[4] MORÓN URBINA; JUAN CARLOS y ZITA AGUILERA. Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017. Pág. 21.

contando con su propio marco normativo regulador y determinadas implicancias, como las cláusulas exorbitantes que son potestades, que conserva para si el estado al momento de contratar, no estableciéndose en ninguna relación de horizontalidad como supondría una relación contractual entre privados.

b) <u>El derecho público en el marco del contrato administrativo</u>

Ahora bien, es conveniente resaltar que, dentro de la doctrina nacional, el autor Danós Ordóñez[5] señala que **<u>dentro de un contrato administrativo existe un elemento que le da una naturaleza distinta</u>** a la de un contrato civil y **<u>la denomina prerrogativa</u>;** definiéndola como el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite tener una posición prevalente.

En ese orden de ideas se establece que el hecho de participar en un contrato, no hace que la administración pública abandone o se despoje de su IUS IMPERIUM, para someterse a un esquema de contratación netamente civilista, donde se presume la existencia de igualdad de condiciones de las partes, consecuentemente con ello, no puede establecerse que exista una relación horizontal entre las partes contratantes y en tal sentido los pronunciamiento que ocurran entre éstas sean netamente actos de gestión contractual.

Corrobora nuestra posición lo expuesto por el tratadista Ramón Huapaya Tapia[6], quien expone:

> *… "En dicho contexto, de acuerdo a lo expresado por la doctrina sobre la materia, podemos denotar que la doctrina es pacífica en conceptualizar las potestades y prerrogativas de la administración pública como instrumento garantista del interés público que se circunscribe al objeto del contrato, en los cuales se pone de manifiesto las atribuciones de "privilegios", "poder" y* ***<u>"actuaciones unilaterales" en la relación contractual frente al co – contratante, quien se encuentra en una situación de subordinación jurídica</u>*** *a las "cláusulas exorbitantes" o frente al pliego normativo que les atribuye poder contractual."*

Estando a lo expuesto por el precitado jurista, en un contrato administrativo, tal como lo es el CONTRATO la administración pública conserva para sí, su potestad y poder frente al DEMANDANTE y en virtud de ello, puede ejecutar actuaciones unilaterales, las cuales, de incidir sobre los derechos y obligaciones de este, constituirán indefectiblemente un acto administrativo.

Entonces, habiendo definido que, en el marco de una contratación pública, las actuaciones unilaterales que efectúe el Estado son considerados como actos administrativos y, por ende, sujetos y regulados por la LPAG y la Ley, debiendo cumplir los requisitos exigidos en éstas, resta definir si el Acta de Recepción de Obra constituye un acto unilateral.

---

[5] DANÓS ORDÓÑEZ; Jorge. El Régimen de los Contratos Estatales En El Perú. En Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Palestra, Lima, 2007. Pág. 94.

[6] Huapaya Tapia; Ramón. Potestades y Prerrogativas en los Contratos Públicos en el Derecho Peruano. en: Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra, Lima. 2012. Pág. 542.

c) *<u>No puede haber acto administrativo sin procedimiento administrativo</u>*

El acto administrativo conforme lo señalado en artículo 1° de la LPAG constituye (SIC)*: "las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta";* en ese sentido, se tiene que para la norma peruana, el acto administrativo viene a ser la declaración unilateral, en la cual, una entidad de la administración pública determina sobre la esfera de derechos de un administrado ciertos efectos jurídicos.

En ese sentido, se observa el carácter instrumental del acto administrativo, el cual conforme lo deja por sentado la norma, debe de proceder de una serie de actuaciones ordenadas de la administración pública, por las cuales se regula dicha potestad, en el marco del cumplimiento normativo, así, se tiene que el acto administrativo, no puede existir sin ese conjunto ordenado de actuaciones que se denomina procedimiento administrativo, así lo deja establecido en numeral 5 del artículo 3° de la LPAG que establece los requisitos de validez del acto administrativo (SIC)*: "Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".*

A mayor abundamiento, podemos precisar lo señalado por el artículo 29° de la LPAG, respecto al procedimiento administrativo:

> *"**Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General***
> ***[…]***
> ***Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo***
>
> *Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".*

Dicho ello, resulta evidente que no puede existir un acto administrativo sin que previamente se haya configurado un procedimiento administrativo para emitir la disposición unilateral, considerando ello, la tesis de defensa del DEMANDADO en cuanto a la presente pretensión ha sido sostener que el Acta de Recepción de Obra constituye un acto administrativo, no obstante, dicha posición no ha considerado que no preexiste un procedimiento administrativo como tal, ya que las actuaciones de ésta no se han dado en el marco de una relación administrado – administración, sino en el marco de un contrato administrativo, siendo que la emisión del Acta de Recepción de Obra no responde o no es el fin de un procedimiento administrativo, ya que dicha acta es la conclusión de las obligaciones contractuales conforme al CONTRATO.

De esta forma, al encontrarnos dentro del marco de una ejecución contractual, si bien existen actuaciones unilaterales por parte de las entidades públicas que contratan que se deben ajustar por las disposiciones de la LPAG para su validez, existen actuaciones que por su propia naturaleza no pueden ser definidas como actos administrativos.

d) La naturaleza del Acta de Recepción de Obra

Así las cosas, es necesario recalcar que si bien el acto administrativo puede considerarse como la forma más usual y por antonomasia de expresarse por parte de la administración pública, ésta no es la única, en efecto, no se puede dejar de lado que la administración procede a través de actuaciones propiamente dichas, esto es, actos administrativos, actuaciones materiales y actos bilaterales como lo serían los contratos administrativos que no pueden ser catalogados como actos administrativos.

De ésta forma se tiene que, al concluir la obra el contratista, en este caso el DEMANDANTE solicitó la recepción de la obra, lo cual desencadenó una serie de actuaciones formales en la entidad, el DEMANDADO, para la conformación del Comité de Recepción de Obra quien asumió la tarea y competencia de determinar si efectivamente la obra había sido ejecutada, así, con fecha 17 de diciembre de 2015, luego de la inspección correspondiente, se dejó constancia de la existencia de observaciones, suscribiéndose la siguiente acta:

ACTA DE OBSERVACIONES EN RECEPCIÓN DE OBRA

Siendo las 10:00 horas del día 17 de Diciembre del 2015, se hicieron presente en el lugar de la obra los Miembros del Comité de Recepción de la Obra, designados como tales por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES mediante Resolución Jefatural N° 334-2015-FONDEPES/J, de fecha 04 de Diciembre de 2015; el cual está integrado por:

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

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

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

Se hicieron presentes también:

Por el Contratista

Jorge Antonio Añorga Urteaga : Representante Legal, con DNI 07868897.

Ing° Juan Carlos Ivan Valuis Canchachi : Participante de obra, con DNI N° 32948051- Registro CIP 71625

Ing° Alfredo León Chicoma : Residente con DNI N°18843446 – Registro CIP N° 50356

En ese contexto, como se observa no existe disposición unilateral alguna del DEMANDADO en el marco de sus potestades como autoridad, sino se expresa como una parte contratante en la que hace saber que no se encuentra de acuerdo para proceder con la recepción de la infraestructura encargada a construir, formulando sus observaciones.

Posteriormente, con fecha 26 de enero de 2016, las Partes al inspeccionar nuevamente la infraestructura ejecutada, las Partes decidieron tener por absueltas y levantadas las observaciones efectuadas, suscribiéndose el Acta de Recepción de Obra, a mayor detalle, glosamos la parte inicial de dicha acta:

ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

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

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

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

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

Se hicieron presentes también:

Por el Contratista CONSORCIO MORÍN

Jorge Antonio Añorga Urteaga : Representante Legal, con DNI 07868897

Visto ello, podemos inferir válidamente, que el Acta de Recepción de Obra constituye un documento donde se expresa bilateralmente el haber concluido con la ejecución satisfactoria de la obra y por tanto, la intención de recepcionarla, considerando, en el presente caso, que la totalidad de observaciones formuladas han sido absueltas o levantadas y por consiguiente, la infraestructura ejecutada pasa a manos del DEMANDADO.

Aspecto inherente a dicha acta, que no permite catalogarla como un acto administrativo, ya que como se ha dicho precedentemente: (i) no deriva de un procedimiento administrativo propiamente dicho, (ii) se da en el marco de un contrato administrativo; y, (iii) no constituye una actuación unilateral de la administración pública; sino de un aspecto negocial entre partes de un contrato.

En ese sentido, el DEMANDADO no podía de forma unilateral, como si se tratase de un acto administrativo, declarar la nulidad de oficio a través de la Resolución Jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J, máxime si la propia Ley y Reglamento han establecido la vía arbitral para resolver cualquier controversia en torno a la ejecución contractual, etapa en la que se encontraban las Partes; en consecuencia, ésta deviene en nula, por la contravención de los requisitos de valides del acto administrativo, situación prevista y sancionada en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG y por tanto se debe dejar sin efecto, correspondiendo, se declare fundada la presente pretensión contenida en el Primer Punto Controvertido.

24. **Segundo punto controvertido. –** Determinar si corresponde o no que se apruebe la liquidación de obra solicitada mediante Carta N° 50-2015-CONSORCIO MORIN.

Resumen de la posición del DEMANDANTE

Que mediante Carta N° 50-2016-CONSORCIO MORIN procedió a incoar el procedimiento de liquidación de obra, ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento, presentándola ante el DEMANDADO con fecha 28 de marzo de 2023, dentro del plazo otorgado por la citada disposición del Reglamento.

Argumentó también, el DEMANDANTE que con carta N° Carta N° 51-2016-CONSORCIO MORIN, cumplió con absolver las observaciones trasladadas con Carta N° 170-2016-FONDEPES y Carta N° 170-2016-FONDEPES, las cuales adjuntaron la Resolución de Secretaría General N° 076-2016-FONDEPES/SG por parte del DEMANDADO, por tanto, se debía tener por absuelta la liquidación de obra presentada y con ello proseguir el procedimiento y tenerla por aprobada.

Resumen de la posición del DEMANDADO

Contrariamente, ha sido posición del DEMANDADO el señalar que el DEMANDANTE no ha cumplido con absolver las observaciones a la liquidación de obra, señaladas a través de la Carta N° 170-2016-FONDEPES y Carta N° 170-2016-FONDEPES, las cuales adjuntaron la Resolución de Secretaría General N° 076-2016-FONDEPES/SG, instrumento que adjuntó el Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC y sus anexos, así como en el Informe N° 332-2016-
FONDEPES/OGAJ.

En ese sentido, el DEMANDANTE mediante Cartas Notariales N° 190 -2016-FONDEPES/SG y N° 191-2016-FONDEPES/SG de fecha 23 de junio de 2016, comunicado al DEMANDANTE que la absolución de las observaciones remitidas al DEMANDADO mediante Carta N°051-2015-CONSORCIOMORIN, no fueron levantadas en su totalidad, de conformidad con el Informe N° 012-2016-FONDEPES/DIGENIPAA.

Asimismo, sostiene el DEMANDADO que el DEMANDANTE no puede pretender valorizar trabajos incompletos, ejecutados sin autorización y que además no constaban en el Expediente Técnico, conforme se sostiene en su posición, la cual conforme a lo señalado, según el DEMANDADO tiene sólidos fundamentos por cuanto se puede verificar que las partidas del Título 07-04-09 OBRAS COMPLEMENTARIAS EN PUENTES Y CABEZO, no fueron ejecutadas conforme al Expediente Técnico de obra aprobado por el propio DEMANDADO y que además dicha postura se encuentra respaldada por opinión del Supervisor de la Obra Ing. Miguel Eduardo Carranza Haro, a través de la Carta N° 08-2016-SUPERVISION/SO/MECH de fecha 13 de junio de 2016.

Posición definitiva del Tribunal Arbitral

Que, con la finalidad de resolver el presente punto controvertido, es necesario determinar y acotar primigeniamente, lo que es el acto de liquidación de obra, desde un punto de vista conceptual para luego pasar a su instrumentalización en base al procedimiento estructurado en el artículo 211° del Reglamento, a efectos que lo determinado en el presente análisis sea comprendido en su integridad.

a) La liquidación del contrato y su procedimiento

Debe indicarse que, una vez realizada la recepción de la obra, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de ejecución de obra, el mismo que debe considerar todos aquellos conceptos que hayan incidido en el costo de la obra.

En esa medida, la liquidación del contrato de obra debe contener todos los conceptos que forman parte del costo total de la misma, tales como: las valorizaciones, los reajustes, los

mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos que afectan la prestación, las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales deben estar debidamente sustentados con la documentación y los cálculos detallados que correspondan.

Por tanto, la liquidación del contrato puede definirse[7] como un procedimiento de cálculo técnico, bajo las condiciones legales y contractuales aplicables, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que pueda existir a favor o en contra de la entidad o el contratista.

Comparte nuestra posición lo expuesto por el tratadista Retamozo Linares[8], quien precisa*: "La **liquidación del contrato de ejecución de obra** es el procedimiento por el cual las partes determinan el saldo final de la obra ya recibida, luego de un análisis técnico y financiero conforme a las estipulaciones y cláusulas del contrato. Este procedimiento supone incluir «todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afecten la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normatividad de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes".*

b) <u>El procedimiento de liquidación de obra</u>

Cabe señalar que el procedimiento de liquidación de obra, se encuentra regulado en el artículo 211° del Reglamento, a mayor detalle y abundamiento, lo transcribimos a continuación:

> "***Decreto Supremo N° 184-2008-EF***
> ***[…]***
>
> ***Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra***
>
> *El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*
>
> *Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de*

[7] SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2º edición, pág. 44.

[8] RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control.* Undécima Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 328.

cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

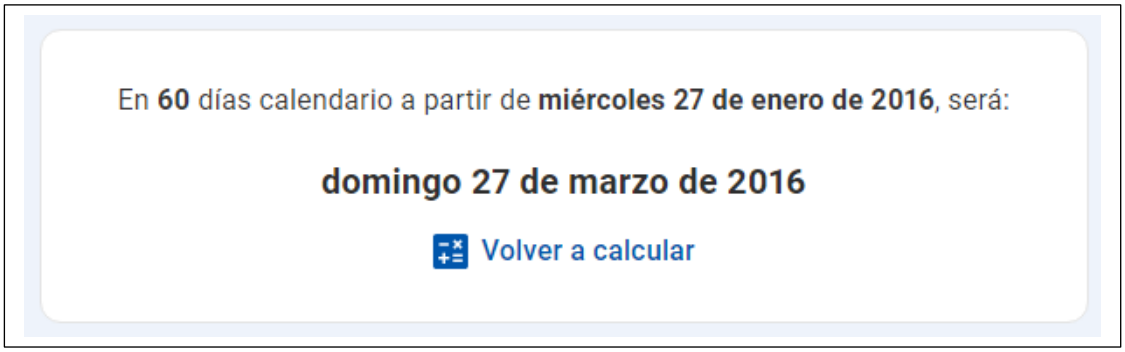
Precisando en su extensión literal, que las partes involucradas en dicho procedimiento tienen determinados plazos perentorios para sus actuaciones, así, la naturaleza de dicho procedimiento conforme lo expuesto en el artículo señalado, no contempla la realización de actuaciones tendientes a absolver o sustentar observaciones efectuadas por la contraparte.

Si no, por el contrario prioriza los rasgos adversariales para otorgar a las partes la potestad de acudir o no en vía de solución de controversias, ello, dado que lo que se busca con el procedimiento de liquidación de obra, no es la conceptualización o desarrollo de un diseño; sino dicho procedimiento tiene por finalidad el cerrar el expediente de contratación determinando los saldos de ejecución presupuestal y de obra.

En este punto del análisis de la controversia, es preciso indicar que conforme a la pretensión formulada por el DEMANDANTE, toda vez que reclama la aprobación de su versión de la liquidación de la obra, es necesario determinar si se cumplió con el procedimiento de liquidación de obra en las diversas actuaciones de las Partes en el marco del citado procedimiento.

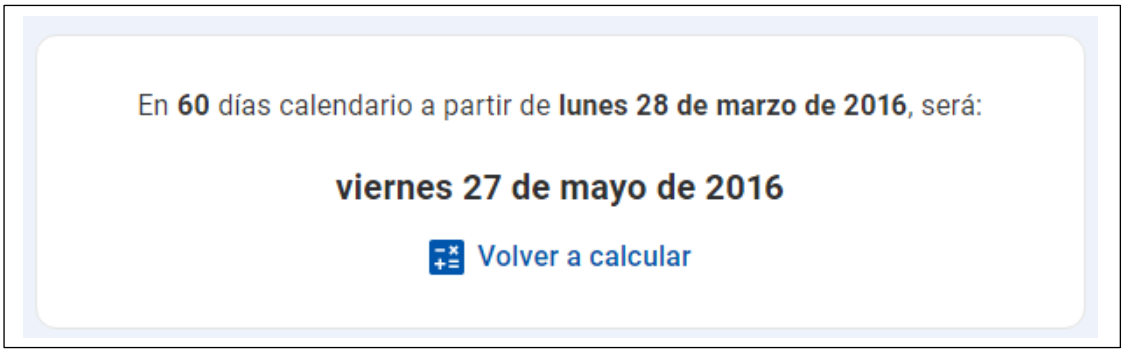
c) <u>Las actuaciones de las Partes en el procedimiento de liquidación de obra</u>

En este punto, es necesario señalar que el 28 de marzo de 2016 con la Carta N° 050-2016-CONSORCIO MORIN, el DEMANDANTE presentó su liquidación de la obra, ello dentro del plazo otorgado conforme el artículo 211° del Reglamento, que le otorgó hasta sesenta (60) días calendario para formular su liquidación de obra, a mayor abundamiento anexamos el cálculo efectuado en la calculadora del portal del Estado Peruano:



Como el último día del plazo caía en día domingo, el día hábil siguiente para proceder con efectuar la actuación correspondiente era el lunes 28 de marzo de 2016, fecha en la que efectivamente con Carta N° 050-2016-CONSORCIO MORIN cumplió con presentar su liquidación de obra.

Ahora bien, el DEMANDADO contaba desde el lunes 28 de marzo de 2016 con sesenta (60) días calendario para presentar sus observaciones o su propia versión de la liquidación de obra, a lo cual, conforme a la calculadora del Estado Peruano, se tiene el siguiente resultado:



Por lo que, el DEMANDANTE con fecha 27 de mayo de 2016, con la Carta N° 170-2016-FONDEPES/SG que trasladó la Resolución de Secretaría General N° 076-2016-FONDEPES/SG y sus anexos entre los que se encontraban el Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC, así como el Informe N° 332-2016-FONDEPES/OGAJ, donde formuló observaciones a la liquidación presentada por el DEMANDANTE, cumpliendo con el plazo exigido por el artículo 211° del Reglamento.

En este punto, es preciso advertir que la Resolución de Secretaría General N° 076-2016-FONDEPES/SG, tiene como fundamentos tanto el Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC y el Informe N° 332-2016-FONDEPES/OGAJ, siendo este

último un informe jurídico, el cual no plasma observaciones, sino se limita a fundamentar la expedición de la citada resolución administrativa.

Cabe señalar, que las observaciones efectuadas a la liquidación de obra por parte del DEMANDADO no fueron en sentido cuantitativo, es decir no cuestionó técnicamente con cálculos detallados, los números o cifras a los cuales ha arribado el DEMANDANTE en su liquidación de obra, dado que éste tanto en el Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC y corroborado en el Informe N° 012-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HQC, no expresaron observaciones con cálculos detallados, limitándose a señalar falta de determinada documentación, conforme se evidencia del Informe N° 005-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HOC:

IV. **CONCLUSIONES**

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

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

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

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

Asimismo, la calidad de dichas observaciones se puede corroborar con el Informe N° 012-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/HQC, en el que el DEMANDADO revisa la absolución de observaciones efectuada por el DEMANDANTE:

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

Sin embargo, en este punto es necesario destacar que conforme se encuentra redactado el mecanismo de aprobación de la liquidación de obra en el artículo 211° del Reglamento, éste precisa que las observaciones efectuadas por la parte que no realiza la liquidación de obra deba pronunciarse con cálculos detallados, puesto que el precitado mecanismo no ha previsto etapa de absolución de observaciones, sino directamente busca generar la existencia de una posición de allanamiento o adversarial, a efectos de definir el sentido de la liquidación de obra; máxime, si la propia entidad tiene la facultad de efectuar su propia versión de la liquidación de obra, aspecto que no se evidencia de las observaciones formuladas por el DEMANDADO.

En ese sentido, se tiene que las observaciones a la liquidación de obra efectuadas por el DEMANDADO, no se ha realizado conforme lo exigido por el artículo 211° del Reglamento, razón por la cual, se tiene que dichas observaciones no han sido efectuadas válidamente dentro del plazo perentorio y por tanto, se las debe considerar como no presentadas, correspondiendo tener como válida la liquidación de obra efectuada por el DEMANDANTE, reconociéndole el saldo a favor de: S/ 54,589.25 (Cincuenta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y Nueve Mil con 25/100 Soles).

Conforme a lo expuesto, se tiene que la pretensión contenida en el Segundo Punto Controvertido debe ser declarado fundado en todos sus extremos, de acuerdo a lo expuesto en los considerandos precedentes.

25. **Tercer, Sexto y Sétimo punto controvertido. –** Determinar si corresponde o no el pago de los costos financieros originados como consecuencia de la expedición y vigencia de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, los que hasta el momento de la presentación de la petición o solicitud arbitral ascendían respectivamente a la suma de S/10,000 nuevos soles, pero que deberán liquidarse en ejecución arbitral.
Determinar si corresponde o no que declare la nulidad y/o ineficacia de la ejecución de la carta fianza N° 0011-0295-9800064271, por el monto de S/ 1'149,089, y de la Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506, por S/23,180.80, que arbitrariamente realizo FONDEPES.

Determinar si corresponde o no que ordene a FONDEPES devolver el dinero producto de la ejecución al Banco BBVA Continental, a fin de que se emitan
nuevas cartas fianzas.

<u>Posición de la DEMANDANTE</u>
Respecto del presente eje controversial, ha sido posición del DEMANDANTE el señalar que producto de las indebidas actuaciones del FONDEPEZ, respecto de la nulidad del Acta de Recepción de Obra y la no aprobación de la liquidación de obra, se ha tenido que ampliar la vigencia de la carta fianza de fiel cumplimiento, generando un daño en el DEMANDANTE, que asciende al monto de S/10,000.00 (Diez Mil y 00/100 Soles) a la fecha de presentación de la solicitud arbitral.

Complementariamente, el DEMANDANTE ha sostenido que para garantizar la ejecución del CONTRATO, contaba con dos (2) cartas fianzas, siendo éstas: (i) Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34 y Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506-33, por montos de

S/1´149,081.27 (Un Millón Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ochenta y Uno con 27/100 Soles) y S/ 23,180.80 (Veintitrés Mil Ciento Ochenta con 80/100 Soles) y con fecha de vencimiento del 12 de mayo de 2017 y 7 de mayo e 2017, respectivamente; sin embargo, precisó el DEMANDANTE, que el 4 de mayo del 2017, es decir antes del vencimiento de las cartas fianza, con la debida anticipación y diligencia, con la Carta N° 0302017/RYS y Carta N° 032-2017/RYS se solicitó la renovación de las dos (2) cartas fianzas.

Sin embargo, FONDEPES solicito prematura y maliciosamente la ejecución de las cartas fianzas mencionadas, alegando falsamente que mi representada no cumplió con renovarlas en la fecha oportuna, no desistiéndose de su intención, a pesar que funcionarios del banco BBVA Continental les precisaron que ya se tenía aprobadas las renovaciones, siendo que el mismo 22 de mayo de 2017, se hizo una nueva consulta por parte de la institución financiera al DEMANDADO, a efectos de saber si finalmente se desistirían de su intención de ejecutar la carta fianza, no encontrando respuesta positiva a ello, procediéndose a la ejecución de las cartas fianzas, correspondiendo por tanto, se devuelva el importe ejecutado al BBVA Banco Continental.

Por lo que, el DEMANDANTE solicitó se tengan en cuenta sus argumentos, que demuestran que le asiste el derecho y se proceda a declarar fundadas todas sus pretensiones aglomeradas en el presente eje controversial.

Posición del DEMANDADO

En posición contraria, el DEMANDADO ha señalado enfáticamente que de acuerdo a lo establecido en el artículo 158° del reglamento le correspondía al DEMANDANTE tener la vigencia de las cartas fianzas durante todo el periodo que dure la vigencia del CONTRATO, el cual se ha extendido por responsabilidad del DEMANDANTE, al haber ocasionado producto de su incumplimiento contractual, la nulidad del Acta de Recepción de Obra y la controversia a raíz de la liquidación de obra, por tanto, corresponde al propio DEMANDANTE asumir los daños que su propio accionar ha causado.

Asimismo, respecto a la ejecución de las catas fianzas de fiel cumplimiento, que garantizaban el CONTRATO y el adicional de obra aprobado, el DEMANDADO ha sido enfático en señalar que las razones que llevaron a solicitar la ejecución de las cartas fianzas fue el hecho que el DEMANDANTE no cumplió con renovarlas dentro de su periodo de vigencia, razón por la que en cautela de los intereses y derechos del DEMANDADO se optó por ejecutar dichas fianzas.

Posición definitiva del Árbitro Único

Que, con la finalidad de obtener un laudo arbitral integral y adecuado que facilite su comprensión, por aspectos inherentes a la temática y conceptualización de las instituciones jurídicas contenidos en éstos y dada la proximidad conceptual, se ha tenido a bien en agrupar a los precitados puntos controvertidos, a fin de emitir un Laudo Arbitral sin pleonasmos que dificulten su comprensión, a mayor detalle, procederemos a abordar en primer término el Tercer Punto Controvertido, para luego efectuar de manera conjunta el análisis del Sexto y Sétimo Puntos Controvertidos.

a) <u>Sobre las garantías en materia de contrataciones del Estado</u>

Es preciso iniciar, señalando que en materia de contratación pública que es el nexo que vincula a las partes en litis, titulares de la relación contractual, se requieren garantías de fiel cumplimiento para resguardar el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones a que se ha comprometido el proveedor, en el presente caso, el DEMANDANTE, una de las formas de garantizar ello, es a través de la emisión de cartas fianzas efectuadas por una entidad regulada por el sistema financiero peruano, en este caso, conforme se aprecia de autos, el emisor de la carta fianza que se requiere su restitución vendría a ser el BBVA Banco Continental, entonces sea como fiel cumplimiento, la carta fianza queda en custodia de la entidad contratante (DEMANDADO) hasta que el riesgo que resguardaban queden sin efecto.

En ese sentido, es correcto señalar que las cartas fianzas como garantías tienen por objeto resguardar el riesgo, ya sea de incumplimiento de obligaciones o la devolución de los adelantos, lo que equivale a decir que una vez disuelto el riesgo debe procederse a su devolución y esa misma lógica es señalada en la Ley y en su Reglamento, al precisar:

> *"**Decreto Legislativo N° 1017***
> ***Artículo 39. Garantías***
> *Las garantías que deben otorgar los postores y/ o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.*
>
> *Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.*
>
> *En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses en favor de la Entidad (…)*
>
> ***D.S. N° 350-2008-EF***
> ***Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento***
> *Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo**. <u>Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original</u>** y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el*

consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.
(Subrayado y resaltado nuestro).

Al amparo de lo expuesto, se tiene que conforme lo ha expuesto, el DEMANDADO, el DEMANDANTE contaba con la obligación de mantener su vigencia hasta la fecha en que se tuviera por consentida la liquidación de obra; sin embargo, lo reclamado por el DEMANDANTE en la pretensión contenida en el Tercer Punto Controvertido, es el mayor plazo que ha tenido que mantener vigente las garantías de fiel cumplimiento: Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34 y Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506-33, reclamando en esencia un daño que se le ha producido por mantener indebidamente la vigencia de dichas cartas fianzas, dicho ello, corresponde efectuar un repaso conceptual de lo que implica el daño y sus categorías.

b) <u>La tratativa y conceptualización del daño</u>

Ahora bien, dado que gran parte de las pretensiones giran sobre solicitudes de reconocimiento de mayores costos por supuestas omisiones del DEMANDADO, es necesario acotar el daño como elemento constitutivo clave en el análisis de las pretensiones, supone siempre el acaecimiento de un hecho que lesiona un interés jurídicamente protegido, provocando siempre un perjuicio y generando consecuencias negativas en la esfera jurídica de un sujeto de derecho, ya sean estas de contenido patrimonial o no.

Por lo tanto, cada vez que nos encontremos frente a un daño resarcible, que cumpla con los requisitos de certeza, subsistencia, especialidad e injusticia, y concurran a su vez los otros elementos configuradores de responsabilidad civil (hecho generador, relación de causalidad y criterio de imputación), se activará la tutela resarcitoria, como mecanismo de defensa frente al sufrimiento de un daño injusto, la que siempre debe expresarse en términos económicos[9] o patrimoniales (indemnización), sea cual fuere la naturaleza del daño.

En este punto del análisis, resulta útil traer a colación lo expuesto por el profesor Felipe Osterling Parodi[10], quien precisa respecto del daño emergente y lucro cesante lo siguiente:

---

[9] Fernández Cruz, Gastón. *La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial*. En: V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. Lima: IUS ET VERITAS, 2014, p. 237.

[10] OSTERLING PARODI; FELIPE. La Indemnización de Daños y Perjuicios. Artículo publicado en el portal electrónico (web): http//:www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf.

> *"[…] Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil) […]"*

Concretamente, se tiene que existe una relación intrínseca entre el daño emergente y lucro cesante. Teniendo en cuenta lo expresado, para que exista un lucro cesante debe de existir un daño emergente, es decir la persona que sufre el evento dañoso se ha debido de ver empobrecido o haber perdido un determinado bien y es a raíz de dicha situación que se debe de reparar lo dejado de percibir, que se define como lucro cesante, que no es más que las utilidades dejadas de percibir de no haber sucedido el daño producido.

Por lo tanto, cada vez que nos encontremos frente a un daño resarcible, que cumpla con los requisitos de certeza, subsistencia, especialidad e injusticia, y concurran a su vez los otros elementos configuradores de responsabilidad civil (hecho generador, relación de causalidad y criterio de imputación), se activará la tutela resarcitoria, como mecanismo de defensa frente al sufrimiento de un daño injusto, la que siempre debe expresarse en términos económicos[11] o patrimoniales (indemnización), sea cual fuere la naturaleza del daño.

c) <u>Los elementos de la responsabilidad civil y la necesidad de su corroboración</u>

A fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, es importante considerar los siguientes presupuestos:

- **DAÑO:** Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura, definido este concepto como «todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio[12]» no obstante, el daño «no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido […], pues él incide más bien en las consecuencias, en aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido»[13]; de este modo, se debe distinguir el evento dañoso del daño, el cual –desde el punto de vista de sus consecuencias– pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales.

- **ANTIJURIDICIDAD:** Se entiende a una conducta antijurídica como aquélla que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.

---

[11] Fernández Cruz, Gastón. *La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial*. En: V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. Lima: IUS ET VERITAS, 2014, p. 237.

[12] LARENZ, Karl. «Derecho de obligaciones», traducción española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958. Pág. 193.

[13] ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 8va. Edición. Instituto Pacífico, septiembre 2016. pág. 299.

- **NEXO CAUSAL:** Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales, debe diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño –causalidad jurídica.

- **FACTOR DE ATRIBUCIÓN:** Propiamente, se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el dolo.

Así, es de observarse que al margen de realizar cualquier imputación para el resarcimiento de un eventual perjuicio que se le haya causado, el requirente tiene el deber procesal de demostrarlo, es decir, no solamente postular su petitorio, sino corroborarlo a través de medios probatorios los presupuestos que constituyen el daño y su real impacto, vale decir que puedan demostrar con especial énfasis el daño o perjuicio que sufre y el nexo causal que vincula la acción u omisión de quien produce el daño o perjuicio con el afectado.

Considerando lo expuesto y conforme lo visto en los medios probatorios aportados por la DEMANDANTE, no resulta evidente que existe un impacto perjudicial en la persona de la DEMANDANTE, toda vez que no aporta medio probatorio suficiente para determinar la existencia de la cuantía que reclamada, debiendo desestimarse la pretensión contenida en el Tercer Punto Controvertido, declarándola infundada.

d) *<u>Respecto a la ejecución de las cartas fianzas y su restitución pretendida</u>*

Yendo al caso en concreto, se tiene que el presente punto controvertido, versa sobre la solicitud de restitución que efectúa el DEMANDANTE, dado que mediante comunicaciones del 17 de mayo de 2017: Carta N° 246-2017-FONDEPES/OGA y Carta N° 247-2017-FONDEPES/OGA solicitó la ejecución de la carta fianza, cabe señalar que en dichas comunicaciones se precisó las causales o razones que determinaron la ejecución de dicha garantía, señalando el DEMANDADO que se debió a la falta de renovación de ésta, versión que ha sido negada por el DEMANDANTE.

Sin embargo, las propias Carta N° 246-2017-FONDEPES/OGA y Carta N° 247-2017-FONDEPES/OGA desmienten la posición del DEMANDANTE, a mayores abundamientos glosamos la parte correspondiente de éstas:

Lima, 14 de Mayo de 2017

NOTARIA CARPIO VELEZ
17 MAYO 2017
RECIBIDO
Carta Notarial N° 147826

CARTA N°246 – 2017-FONDEPES/OGA

Señores:
BANCO CONTINENTAL
Av. República de Panamá Nº 3055
San Isidro.-

Asunto : Ejecución de Carta Fianza Nº 0011-0295-9800064506-33

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39º del Decreto Legislativo Nº 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de solicitarles tengan a bien cumplir dentro del plazo máximo de tres días, con honrar el pago de **la Carta Fianza Nº 0011-0295-9800064506-33** otorgada por la suma de **Veintitres Mil Ciento Ochenta y 80/100 Soles (S/ 23,180.80)**, que garantiza el **Fiel Cumplimiento** del Contrato de la obra **"Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad – Saldo de Obra"**, a cargo del **CONSORCIO MORIN.**

La presente solicitud se debe a que el **CONSORCIO MORIN** no ha cumplido con renovar dicha Carta Fianza.

TESORERO

CARTA N° 247-2017-FONDEPES/OGA

Av. República de Chile 295 Of. 205 Santa Beatriz Lima 1 - Lima
Central [illegible] 332-5649
17 MAYO 2017
RECIBIDO
Carta Notarial N° [illegible]

Señores:
BANCO CONTINENTAL
Av. República de Panamá N° 3055
San Isidro.-

Asunto : Ejecución de Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de solicitarles tengan a bien cumplir dentro del plazo máximo de tres días, con honrar el pago de la **Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34** otorgada por la suma de **Un Millón Ciento Cuarentinueve Mil Ochentiuno y 27/100 Soles (S/ 1,149,081.27)**, que garantiza el **Fiel Cumplimiento** del Contrato de la obra **"Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad – Saldo de Obra"**, a cargo del **CONSORCIO MORIN.**

La presente solicitud se debe a que el **CONSORCIO MORIN** no ha cumplido con renovar dicha Carta Fianza.

De dicha forma, es evidente que la ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento fue requerida después de vencidas éstas, ante el incumplimiento del DEMANDANTE para su renovación, por tanto, fueron ejecutadas de acuerdo con la potestad y atribución con la que contaba el DEMANDANDO en el marco del CONTRATO y la normativa, razón por la cual corresponde desestimar la pretensión contenida en el Sexto Punto Controvertido, declarándola infundada.

Ahora bien, es necesario señalar que la finalidad de una carta fianza es el de resguardar el cumplimiento de una obligación a la que, en el caso en concreto, el DEMANDANTE se ha comprometido, existiendo una obligación de devolución de dicha garantía, siempre que se cumplan con las obligaciones o que la parte que entregó la garantía no quede como deudora de prestaciones a su cargo para con su contraparte.

Así, el DEMANDADO, al ejecutar las garantía de fiel cumplimiento (Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34 y Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506-33) por falta de renovación, no lo hizo en mérito de una sanción jurídica que determina la conservación del monto que respalda dicha carta fianza, como lo sería una situación de resolución contractual imputable al DEMANDANTE, sino, a efectos de resguardar los intereses del DEMANDADO, dado que toda contratación debe tener un resguardo de fiel cumplimiento.

En ese sentido, ante el peligro de falta de renovación de la carta fianza, se optó por ejecutarla, pero no para conservar el dinero que la ampara como sanción jurídica ante un incumplimiento, sino para conservar dicho monto que constituye el fiel cumplimiento, ello de conformidad a lo señalado en el numeral 2 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que precisa: "*2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.* ***El monto de las garantías***

corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. ***" (Subrayado y resaltado nuestro).***

Por tanto, considerando lo resuelto respecto del Primer y Segundo Punto Controvertido donde se ha considerado en dejar sin efecto la Resolución jefatural N° 254-2016-FONDEPES/J que declaró la nulidad del Acta de Recepción de Obra y se tiene por consentida la liquidación de obra efectuada con saldo favorable al DEMANDADANTE, corresponde amparar el presente punto controvertido en todos sus extremos y ordenar al DEMANDADO restituya en favor del Banco BBVA Continental los montos ejecutados de las Carta Fianza N° 0011-0295-9800064271-34 y Carta Fianza N° 0011-0295-9800064506-33, considerando únicamente los montos signados en dichas cartas fianzas, dado que su ejecución se efectuó acorde a derecho, siendo ello así, corresponde declarar fundada en parte la pretensión contenida en el Sétimo Punto Controvertido.

26. **Cuarto y Quinto punto controvertido. –** Determinar si corresponde o no "el pago de los gastos legales originados como consecuencia de la asesoría legal para el inicio del presente procedimiento arbitral, los mismos que se liquidaron al momento de la expedición del laudo arbitral correspondiente o en la etapa de ejecución arbitral.

Determinar si corresponde o no el pago de los gastos arbitrales que genere el procedimiento arbitral, tales como honorarios profesionales de los árbitros, del secretario arbitral, así como los gastos administrativos del centre de arbitraje.

Resumen de la posición del DEMANDANTE
Concerniente a este punto controvertido, el DEMANDANTE ha señalado que conforme se ha podido evidenciar durante el proceso arbitral, las actuaciones del DEMANDADO han dado origen a un proceso arbitral, en el cual no le asiste la razón, habiendo debido de actuar en cautela de sus derechos, razón por la cual corresponde se le sancione con la condena de costas y costos del presente proceso arbitral.

Resumen de la posición del DEMANDADO
Por su parte el DEMANDADO ha negado enfáticamente la pretensión del DEMANDANTE, señalando que le corresponde a dicha parte asumir las costas y costos del presente proceso arbitral, toda vez que le asiste el derecho y sustento contractual para haber determinado las penalidades y resolución contractual efectuada.

Posición definitiva del Tribunal Arbitral
En lo que respecta a la condena de costas y costos, es necesario señalar que la regla general dicta que la asunción de costos y gastos arbitrales lo efectúa la parte vencida, debido que por su accionar indebido o irregular se tiene por consecuencia el proceso arbitral, ello es de conformidad al numeral 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, para mayor énfasis transcribimos la citada disposición:

> ***"Decreto legislativo N° 1071***
> ***[…]***
> ***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".*

Atendiendo a lo expuesto, se debe tener en cuenta que la normativa citada ha otorgado la potestad del Tribunal Arbitral el determinar en el Laudo Arbitral el sentido de la condena respecto de los costos y gastos arbitrales, así como los conceptos que se deben considerar como tales.

El principio de *"costs follow the event"* tiene una atractiva simplicidad. Asume que un arbitraje concluirá con un ganador y un perdedor, y los costos se adjudicarán al ganador; sin embargo, en los casos que implican demandas y muchos tipos de daños, el éxito a menudo se divide en muchos frentes.

En estas circunstancias, las Partes pueden señalar diferentes medidas de éxito relativo, incluyendo medidas aritméticas (tales como el porcentaje de daños recuperados respecto de los daños originalmente reclamados, numéricas (mediante listas comparativas de éxitos), o evaluaciones más sustanciales del resultado.

En el presente caso, el DEMANDANTE ha justificado la decisión de iniciar este arbitraje, habiéndosele declarado fundada su pretensión formulada ante el Colegiado. A nivel global, el DEMANDANTE es la parte vencedora en el arbitraje y tiene derecho a una condena en costas.

Un tribunal puede condenar en costas a una cantidad fija o a un porcentaje de los costes razonables reclamados. El éxito relativo de las Partes (como quiera que se mida) no es un criterio exclusivo. La conducta de las Partes en el arbitraje, que ya ha sido discutida, es siempre un factor.

Siendo ello así, el presente proceso arbitral se ha generado debido a que ambas Partes actuaron conforme a la convicción que creían que les asistía, habiéndose generado un contradictorio donde finalmente se discernió la razón en una de ellas, sin embargo, ningún accionar de éstas estuvo ligado a la temeridad o abuso del derecho, limitándose a defender lo que entendía cada una de ellas por justicia, siendo así las cosas, corresponde no condenar a ninguna de las Partes sufragar la totalidad de las costas y costos del presente arbitraje, estableciendo que ambas Partes deberán concurrir en partes iguales, cincuenta por ciento (50%) de las costas y costos del presente arbitraje.

Por otra parte, es necesario precisar que el DEMANDANTE con los medios probatorios aportados, no son suficientes y no ha logrado acreditar mayores costos incurridos en el presente arbitraje, distintos a los honorarios arbitrales y a los gastos administrativos del CENTRO DE ARBITRAJE, razón por la cual el concepto de costas y costos sólo podrá abarcar a lo señalado previamente, debiéndose declarar infundada la pretensión contenida en el Cuarto Punto Controvertido y fundada en parte la pretensión habida en la Quinta Punto Controvertido.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:
Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único, en Derecho, LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el Primer Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADO el Segundo Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el Tercer Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADO el Cuarto Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

QUINTO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el Quinto Punto Controvertido; por tanto, no condenar a ninguna de las Partes sufragar la totalidad de las costas y costos del presente arbitraje, estableciendo que ambas Partes deberán concurrir en partes iguales, cincuenta por ciento (50%) de las costas y costos del presente arbitraje.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADO el Sexto Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

SÉTIMO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el Sétimo Punto Controvertido por las razones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

Notifíquese. –

ITALO ROLDAN RODRÍGUEZ
Presidente del Tribunal Arbitral

ADELA VIRGINIA ARTETA SALINAS
Arbitro

JOSÉ HERRERA ROBLES
Arbitro