

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE CÁMARA DE BÉLGICA Y
LUXEMBURGO EN EL PERÚ**

Caso Arbitral N°007-2025-CIACBLP

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
vs.
CONSORCIO ACAPULCO

LAUDO

Tribunal Arbitral Unipersonal

Luis Puglianini Guerra
(Arbitro Único)

Secretaría Arbitral

Martha Estefanía Arbañil García

Lima, 22 de julio de 2026

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA	4
II. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES	4
3. Demandante:	4
4. Demandado:.....	5
III. CONVENIO ARBITRAL Y EXISTENTE DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL	5
IV. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	5
V. DERECHO APLICABLE	6
VI. SEDE Y TIPO DE ARBITRAJE	6
VII. ACTUACIONES PROCESALES	6
VIII. MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LAS PARTES	8
IX. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y VALORACIÓN PROBATORIA	10
IX.1. Primera Pretensión Principal.....	10
IX.2. Segunda Pretensión Principal.....	37
IX.3. Tercera Pretensión Principal	53
IX.4. Reconvención.....	57
X DECISIONES.....	68

TÉRMINOS Y SIGLAS EMPLEADOS EN EL PRESENTE LAUDO	
CONSORCIO ACAPULCO	Demandante, Contratista Consortio
FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO	Demandado o Entidad
Son conjuntamente CONSORCIO ACAPULCO y FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO	Las partes
Luis Puglianini Guerra (Árbitro Único)	Tribunal Arbitral Unipersonal
Contrato N° 012-2023-FONDEPES, Contratación de la Ejecución de Obra: "Techado con cobertura liviana y estructura metálica del cabezo de muelle en el Desembarcadero Pesquero Artesanal San José, distrito de San José, provincia de Lambayeque, región Lambayeque"	Contrato
Centro Internacional de Arbitraje Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú	Centro de Arbitraje o Centro
Decreto Supremo N°082-2019-EF- Texto Único Ordenado de la Ley N°30225-Ley de Contrataciones del Estado	LCE
Decreto Supremo N°344-2018-EF-Reglamento de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado.	RLCE
Decreto Legislativo N°1071	Ley de Arbitraje

I. INTRODUCCIÓN Y NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA

1. Este laudo resuelve las controversias ventiladas a propósito de la suscripción del Contrato N°012-2023-FONDEPES, Contratación de la Ejecución de Obra: "Techado con cobertura liviana y estructura metálica del cabezo de muelle en el Desembarcadero Pesquero Artesanal San José, distrito de San José, provincia de Lambayeque, región Lambayeque" por un monto de S/. 2'519,240.01 (Dos Millones Quinientos Diecinueve Mil Doscientos Cuarenta con 01/100 soles) incluidos impuestos de Ley, con plazo de ejecución para la prestación principal de noventa (90) días calendarios, el mismo que se computa desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el artículo 176 del Reglamento.
2. En ese contexto, se produjeron discrepancias entre las partes contractuales, lo que los llevó a que, CONSORCIO ACAPULCO postule pretensiones relacionadas a la declaración de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de los apartados contenidos en la Carta N° 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA referidos a la aplicación de la penalidad por mora y otras penalidades, inaplicación de las penalidades por mora y otras penalidades puestas en conocimiento del Consorcio y que se ordene a la Entidad que asuma los costos y costas del proceso arbitral.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

3. Demandante:

DENOMINACIÓN	:	CONSORCIO ACAPULCO
RUC	:	20610727001
DIRECCIÓN FÍSICA	:	Av. La Encalada No 1388 oficina 802. Urb. Polo Hunt I, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima // Jirón Buenaventura Aguirre No 101, oficina 213, Edificio G15, distrito de Barranco, provincia y departamento de Lima
REPRESENTANTE	:	José Zenón Santivañez Lucchini
CORREO ELECTRÓNICO	:	auguriscontratistasgenerales@gmail.com ; paorodriguezs1103@gmail.com; raujaen@hotmail.com;

ziguratsac@gmail.com;
mrojas@rodelabogados.com;
lmaldonado@rodelabogados.com;
lgjimenez@rodelabogados.com;
mtorres@rodelabogados.com;
pzapata@rodelabogados.com

4. Demandado:

DENOMINACIÓN	:	FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO
RUC	:	20137921601
DIRECCIÓN FÍSICA	:	Avenida Petit Thouars N° 115-119, distrito de Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima.
REPRESENTANTE	:	Blanca Estela Zumaeta Oropeza
CORREO ELECTRÓNICO	:	bzumaeta@fondepes.gob.pe; usuario_pcd05@fondepes.gob.pe; fondepesprocuraduria@gmail.com , knovoa@fondepes.gob.pe

III. CONVENIO ARBITRAL Y EXISTENTE DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL

5. La Clausula Vigésima del Contrato, sobre solución de controversias, estipula que las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución contractual se resuelven mediante conciliación o arbitraje. Asimismo, estipula que las partes tienen derecho a solicitar arbitraje dentro del plazo de caducidad, sin perjuicio de recurrir a conciliación, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial.
6. Ninguna de las partes ha expresado objeción ni a la solicitud de arbitraje ni a la conformación del Tribunal Arbitral Unipersonal.

IV. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7. El Tribunal Arbitral ha sido constituido de la siguiente manera:
 - a. Luis Puglianini Guerra identificado con D.N.I. N°**42704977**, en calidad de Árbitro Único.

8. La Secretaria Arbitral ("la Secretaria") está a cargo de la abogada, Martha Estefanía Arbañil García.

V. DERECHO APLICABLE

9. La Ley aplicable es la peruana, en especial la regulación sobre contrataciones del Estado. Aplica tanto el Decreto Supremo N°082-2019-EF-Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N°30225.

VI. SEDE Y TIPO DE ARBITRAJE

10. De acuerdo con las reglas procesales, la sede del arbitraje es la ciudad de Lima y la sede institucional del arbitraje el local del Centro, ubicado en Calle Alcanfores N.º 142, en el distrito de Miraflores.

VII. ACTUACIONES PROCESALES

11. Mediante la Notificación Nro.001-2025/Exp.007-2025-CIACBLP de fecha 04 de junio de 2025 se corre traslado de la solicitud de arbitraje a la Entidad y se le otorga un plazo de diez (10) días hábiles para que presente su contestación.
12. Que, mediante la Carta N°023-2025-SG/GRL de fecha 22 de agosto de 2025 se cumple con notificar a las partes que el Centro de Arbitraje es plena y válidamente competente para conocer el arbitraje y que dado que en el convenio arbitral incluido en la cláusula vigésima del contrato N°012-2023-FONDEPES no se determina el número de árbitros corresponde la designación de un árbitro único. En ese sentido, se les otorga un plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles para que puedan presentar propuestas conjuntas de candidatos a árbitro único o acuerden un candidato en común.
13. Mediante la Resolución Nro. 1 de fecha 22 de octubre de 2025 se comunica a las partes la propuesta de reglas aplicables al proceso arbitral y se les otorga a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus comentarios u observaciones. Asimismo, se le otorga a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para acreditar el registro de los datos del Tribunal Arbitral y la Secretaria Arbitral ante el SEACE. Finalmente, dispuso que la Entidad remita la solicitud pertinente a la Contraloría General de la República a fin de que se habilite a los árbitros para formular su Declaración Jurada de Intereses y para ello, le otorga un plazo de diez (10) días hábiles.

14. La Resolución Nro. 2 de fecha 14 de noviembre de 2025 resuelve aprobar las reglas definitivas del proceso arbitral, declarar fundadas las observaciones formuladas por las partes y modificar el proyecto de reglas de los numerales 1.1 y 9.3, 10.2, 12.2 y 12.3, declarar infundadas las demás observaciones, dar por cumplido lo ordenado a la demandada y señalar un plazo de treinta (30) días hábiles para la presentación de la demanda.
15. Que, mediante Resolución Nro. 3 de fecha 17 de febrero de 2026 se resuelve tener por presentada la demanda interpuesta por el Contratista y ofrecidos los medios probatorios correspondientes. De igual manera, se tiene por contestada la demanda por la Entidad y por ofrecidos sus medios probatorios. Finalmente, se reitera que el Contratista cuenta con el plazo de treinta (30) días hábiles para que proceda con la absolución de la Reconvención presentada por la Entidad.
16. La Resolución Nro. 4 de fecha 7 de abril de 2026 resuelve tener por absuelta la reconvención, admitir la precisión de la primera pretensión subordinada formulada por el Contratista, otorgar a la Entidad el plazo de 3 días hábiles para que manifieste lo que considere pertinente a su derecho respecto a la precisión admitida y notificar a las partes que, vencido el plazo, el Tribunal procederá a la fijación de los puntos controvertidos y a la programación de la Audiencia Única.
17. Que, mediante la Resolución Nro. 5 de fecha 16 de abril de 2026 resuelve admitir el escrito presentado por la Entidad, determinar las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, admitir los medios probatorios presentados, recordar a las partes la fecha y hora de la Audiencia Única, establecer que las partes deben llenar el Formulario de Participación en Audiencia y remitirlo a secretaría arbitral y otorgar al demandado el plazo de cinco (5) días hábiles para que acredite ante la Secretaría Arbitral, el registro de datos del presente arbitraje en el SEACE. Finalmente, le otorgó al demandado el plazo de cinco (5) días hábiles para acreditar la habilitación efectuada para que el Árbitro Único pueda formular su Declaración Jurada de Intereses.
18. Con fecha 13 de mayo de 2026 se desarrolló la Audiencia Única programada mediante Resolución Nro. 5, se deja constancia de la participación de la parte demandante y demandada, se declaró la instalación de la audiencia y las partes presentaron sus alegatos de apertura conforme a los puntos controvertidos y concluida la etapa de debate se dispuso que las partes presenten sus alegatos finales escritos en un plazo de diez (10) días hábiles.

VIII. MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LAS PARTES

Medios probatorios de la parte demandante

19. Los medios probatorios presentados por el demandante son los siguientes:

- 1-A Contrato N° 012-2023-FONDEPES de fecha 23 de mayo de 2023, suscrito entre el Consorcio Acapulco y FONDEPES, toda vez que el Contratista obtuvo la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 047-2022-FONDEPES-PRIMERA CONVOCATORIA.**
- 1-B Bases Administrativas Integradas de la Adjudicación Simplificada N° 047-2022-FONDEPES-PRIMERA CONVOCATORIA, mediante el cual prevé el procedimiento para imposición de otras penalidades.**
- 1-C Carta N° 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 27 de febrero de 2024.**
- 1-D Carta N° 030-2023-CA y sus anexos, mediante la cual se solicitó la aprobación de retraso justificado.**
- 1-E Carta N° 000768-2023-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 29 de septiembre del 2023.**
- 1-F Resolución N° 061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA**
- 1-G Carta N° 000789-2023-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 28 de octubre de 2023**
- 1-H Resolución N° 067-2023-FONDEPES/DIGENIPAA**
- 1-I Informe N°0013-2023//J.S.L.E.R.C del Supervisor de Obra, mediante el cual recomienda la aprobación de la solicitud de retraso justificado y no aplicación de penalidad por mora.**

Medios probatorios de la parte demandada

AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01

- 1-A Resolución N° 0061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA**
- 1-B Memorando N° 003896-2023-FONDEPES/DIGENIPAA**
- 1-C Informe N° 272-2023/EAVA**
- 1-D Informe N° 000217-2023-FONDEPES/OGAJ**

1-E Carta N° 24-2023-CA

1-F Carta N° 12-2023-LERC/SO/FONDEPES

1-G Carta N° 000789-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

AMPLIACION DE PLAZO N° 02

1-H Resolución N° 0067-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-I Informe N° 00230-2023-FONDEPES*OGAJ

1-J Informe N° 001371-2023-FONDEPES/DIGENIPAA-UF1

1-K Informe N° 294-2023-EAVA

1-L CARTA N° 26-2023-CA

1-M MEMORANDO N° 004252-2023-FONDPES/DIGENIPAA

1-N NOTIFICACIÓN DE CARTA N° 000789-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

INAPLICACIÓN DE PENALIDAD

1-Ñ INFORME N° 007-2024-FONDEPES/DIGENIPAA-fdc

1-O CARTA N° 030-2023-CA

1-P INFORME N° 007-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/fdc

DOCUMENTOS CONTRACTUALES

1-Q CONTRATO N° 012-2023-FONDEPES

1-R BASES INTEGRADAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN A.S. N° 047-2022-FONDEPES

1-S FECHA DE PROCESO DE SELECCIÓN

INICIO DE OBRA

1-T ACTA DE ENTREGA DE TERRENO

CRONOGRAMA ACTUALIZADO AL INICIO DE OBRA

1-U CARTA N° 009-2023-CA

1-V CARTA N° 000567-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-W CARTA N° 000568-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-X INFORME N° 059-2023/FONDEPES/DIGENIPAA/UF1/JANM

1-Y NOTIFICACION CARTA N° 568-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

RECEPCIÓN DE OBRA

1-Z ASIENTO N° 72 – CULMINACION DE OBRA

1-AA CARTA N° 15-2023-LERC/SO/FONDEPES

1-AB RESOLUCIÓN N° 000065-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-AC ACTA DE PLIEGO DE OBSERVACIONES Y DEFECTOS DE OBRA

1-AD CARTA N° 17-2023-LERC/SP/FONDEPES

1-AE CARTA N° 000826-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-AF CARTA N° 000827-2023-FONDEPES/DIGENIPAA

1-AG ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

LIQUIDACIÓN DE OBRA

1-AH CARTA N° 01-2024-CA de fecha 09.01.2024

**1-AI CARTA N° 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha
27.02.2024**

IX. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y VALORACIÓN PROBATORIA

20. Ahora bien, este Tribunal Arbitral Unipersonal ahondara lo expuesto por el demandante y desarrollara su postura respecto a cada pretensión planteada por el Contratista.

IX.1. Primera Pretensión Principal

Que, el ÁRBITRO ÚNICO deje sin efecto o declare la nulidad, invalidez y/o ineficiencia de los apartados contenidos en la Carta N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 27 de febrero de 2024 referidos a la aplicación indebida de la penalidad por mora al Consorcio; en razón de que, la Carta mencionada carece de motivación y contraviene el numeral 5 del artículo 162 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Posición del Demandante

21. Es necesario comenzar señalando que, en el marco de una relación contractual, las partes asumen derechos y obligaciones que derivan tanto del propio contrato como de las normas de carácter imperativo que integran el ordenamiento jurídico aplicable. En el ámbito de la contratación pública, dichas obligaciones se rigen, entre otras, por la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.
22. En ese contexto, el retraso injustificado en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede dar lugar a la aplicación de penalidades por mora e, incluso; a la resolución del contrato. No obstante, tales consecuencias jurídicas sólo son válidas cuando el Contratista no pueda sustentar ni acreditar que el retraso incurrido no le resulte imputable al mismo.
23. Es así que, en el presente caso sostenemos que la penalidad por mora impuesta por FONDEPES a mi representada resulta inválida e ineficaz, toda vez que la decisión de la Entidad carece de motivación al no haber valorado ni fundamentado por qué las solicitudes de ampliación de plazo

y la Carta N°030-2023-CA no resultan sustento suficiente para justificar o acreditar que el retraso incurrido no le es imputable al contratista.

24. Así, la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, de fecha 27 de febrero de 2024 **(ANEXO A-3)**, constituye un acto administrativo mediante el cual la Entidad impuso, entre otras, penalidad por mora al Consorcio, alegando la existencia de un supuesto retraso injustificado en la ejecución de la obra. Sin embargo, dicha decisión carece de todo fundamento, en tanto FONDEPES no ha valorado la documentación que sustenta el retraso ni ha demostrado que el mayor plazo de ejecución sea atribuible al contratista.
25. Según lo señalado por la Entidad, el Consorcio habría incurrido en un retraso injustificado al culminar la obra el 2 de octubre de 2023, después del plazo contractual previsto para el 5 de setiembre de 2023, motivo por el cual se le impuso una penalidad por mora ascendente a S/ 254,744.73. No obstante, dicha conclusión resulta errónea e inválida, toda vez que la Entidad no ha acreditado las circunstancias que justificaron su decisión, omitiendo evaluar la documentación técnica y el Cuaderno de Obra, lo que evidencia la ausencia de una motivación suficiente que sustente la imputación del retraso al Consorcio.
26. Asimismo, la Entidad omitió pronunciarse de manera expresa y razonada sobre los múltiples asientos del Cuaderno de Obra en los que se dejó constancia de la falta de absolución oportuna de consultas técnicas esenciales para la ejecución de partidas críticas, lo cual evidencia una inobservancia del deber de motivación, al prescindir de valorar una prueba determinante.
27. De igual modo, la Entidad no explica ni fundamenta por qué razones las dos solicitudes de ampliación de plazo ni la Carta N°030-2023-CA **(ANEXO A- 4)** en la cual se solicitó la aprobación de retraso justificado, presentadas por el Contratista, debidamente sustentadas, no resultaban procedentes, limitándose a desestimarlas sin un sustento técnico y jurídico, lo cual muestra la ausencia de motivación suficiente.
28. Ahora bien, la conducta de la Entidad denota un evidente incumplimiento y trasgresión al deber de motivación de los actos administrativos contemplado en el TUO de la LPAG, lo que, a su vez evidencia que el acto administrativo realizado por la Entidad también transgrede directamente con el derecho al debido procedimiento y a la defensa del administrado reconocidos en los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; toda vez que, al carecer de motivación la decisión de la Entidad en el acto administrativo, el Consorcio no se encuentra en la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa como corresponde, evidenciando una clara vulneración a los derechos del Consorcio por parte de la Entidad.
29. Asimismo, el actuar de la Entidad constituye una clara vulneración del Principio de Legalidad previsto en el referido cuerpo normativo, toda vez

que, pese a haberse acreditado el retraso mediante los fundamentos expuestos en las dos solicitudes de ampliación de plazo, la Carta N°030-2023-CA, los múltiples asientos consignados en el Cuaderno de obra y el Informe N°0013-2023/J.S.L.E.R.C. emitido por el Supervisor de obra, la Entidad decidió aplicar la penalidad por mora.

30. Dicha actuación contraviene abiertamente lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 162 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece que: *"El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo"*.
31. En tal sentido, al haberse acreditado objetivamente que el mayor plazo no resulta imputable al contratista, deviene en nula toda disposición administrativa que contravenga lo expresamente establecido por la ley.
32. Aunado a ello, la conducta de la Entidad afecta en todas las aristas de la debida motivación, ya que no solo debe ser una garantía al administrado para evitar arbitrariedad de la administración, sino que debe exponer las razones de hecho y el sustento jurídico de la decisión tomada, **LO CUAL NO HA SUCEDIDO EN EL PRESENTE CASO.**
33. En concordancia con lo expuesto, el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General dispone que *"el acto administrativo debe encontrarse debidamente motivado, en proporción a su contenido y conforme al ordenamiento jurídico"*, constituyendo la motivación un requisito esencial de validez del acto.
34. Es así que, el numeral 4 del artículo 3° del TUO de la LPAG establece que uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es la motivación, conforme se aprecia a continuación:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación. - *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."*

35. Sumado a ello, el artículo 10° del TUO de la LPAG señala como causales de nulidad los siguientes:

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14."

36. De ahí que, respecto a la motivación, se debe precisar que el acto administrativo debe encontrarse "debidamente motivado", lo que en buena cuenta significa que el texto de esta norma consagra, a favor del administrado – en el presente caso, del Consorcio-, la vigencia del derecho constitucional a la motivación, de modo que se evite la arbitrariedad de la Administración –en este caso, FONDEPES-, al establecer como requisito de validez de los actos administrativos la expresión de una adecuada justificación en relación a aquello que deciden, caso contrario deviene en sanción de nulidad. Para el caso en concreto, esta expresión de justificación ante la aplicación automática de la penalidad por mora, viene a ser el retraso injustificado por parte del Contratista–lo cual no se materializa en el caso que nos aqueja-.
37. En consecuencia, la penalidad por mora aplicada por la Entidad, no cumple con los requisitos para su aplicación automática por parte de la entidad, establecidos en la normativa aplicable; en la medida que, la penalidad por mora solo puede ser aplicada ante el retraso injustificado del contratista, **lo cual no ha ocurrido en el presente caso, ya que el retraso incurrido se encuentra TOTALMENTE JUSTIFICADO POR LA DEMORA EN LA RESPUESTA POR PARTE DE LA ENTIDAD.**
38. Aunado a ello, tenemos que de la revisión de la Carta N°000768-2023-FONDEPES/DIGENIPAA (ANEXO A-5) de fecha 29 de septiembre del 2023, a través de la cual, la Entidad notifica la Resolución N°061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA (ANEXO A-6) que deniega la solicitud de ampliación de plazo n°1 y la documentación que la sustenta, podemos advertir que, la propia Entidad ha reconocido la demora en la absolución de las consultas formuladas por el Consorcio; sin embargo, sin ningún fundamento técnico o lógico señala que no hubo afectación alguna a la ruta crítica, conforme se evidencia a continuación:

3.19. Sin embargo, de lo expuesto por la DIGENIPAA, si bien ha existido una demora en la absolución de la consulta presentada por el Contratista, la misma a la fecha de la solicitud de ampliación de plazo no ha afectado la ruta crítica del programa de obra vigente.

39. De la imagen adjunta podemos concluir que la Entidad tiene conocimiento explícito de la demora en la absolución de las consultas formuladas por el Consorcio, **demora clave para la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio**; toda vez que, la falta de pronunciamiento de la Entidad no permitía la correcta ejecución de la obra; así como, la Entidad en ningún momento desacreditó técnicamente que la ruta crítica no fue

afectada, **cuando esta si fue afectada como será detallado en los siguientes puntos.**

40. Otro punto que resulta de suma relevancia, es que la Resolución N°061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA solo se limita a señalar que los fundamentos de la documentación sustentatoria adjunta a esta misma son suficientes para declarar la denegatoria de la ampliación de plazo N°1, por supuestamente **NO CUMPLIR CON LAS CONDICIONES LEGALES REQUERIDAS**; no obstante a ello, **EN NINGÚN APARTADO DE LA RESOLUCIÓN Y LA DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA SE PUEDE EVIDENCIAR LAS RAZONES POR LAS CUALES LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N°1 NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES, CUANDO ESTOS FUERON CORRECTA Y DEBIDAMENTE ACREDITADOS.**
41. Por otro lado, en cuanto a la ampliación de plazo N°2 denegada de igual forma por la Entidad a través de la notificación de la Carta N°000789-2023-FONDEPES/DIGENIPAA (**ANEXO A-7**) de fecha 28 de octubre de 2023 que contenía la Resolución N°067-2023-FONDEPES/DIGENIPAA (**ANEXO A-8**) y su documentación sustentatoria, podemos advertir que, la entidad también se ha limitado a señalar que la fundamentación contenida en la documentación sustentatoria basta para denegar la ampliación de plazo n°2; sin embargo, **TANTO COMO DE LA RESOLUCIÓN EN CUESTIÓN Y DE LA DOCUMENTACIÓN QUE LA SUSTENTA, NO SE PUEDE ADVERTIR LA RAZÓN POR LA CUAL, LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N°2 NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA SU APROBACIÓN.**
42. No podemos dejar de mencionar que, la Supervisión de la Obra remitió a la Entidad el Informe N°0013-2023//J.S.-L.E.R.C (**ANEXO A-9**) como respuesta a la Carta N°030-2023-CA del Consorcio a través de la cual **remite su opinión favorable en cuanto al retraso justificado incurrido por parte del Consorcio, opinión QUE NUNCA TUVO RESPUESTA POR PARTE DE LA ENTIDAD, DEJANDO EN UNA POSICIÓN DE INDEFENSIÓN AL CONTRATISTA.**
43. Finalmente, podemos llegar a concluir que, las acciones de la Entidad para la imposición de la penalidad por mora **no han seguido a la normativa aplicable**; toda vez que, la documentación que deniega las solicitudes de ampliación de plazo formuladas por el Consorcio **no contienen la motivación requerida a todos los actos administrativos para su validez, limitándose a señalar que no cumple con los requisitos para su aprobación sin detallar las razones por las cuales, evidenciando una clara falta de motivación por parte de la Entidad.** De igual forma, no podemos dejar de lado que, ante la opinión favorable de la Supervisión de la Obra respecto de evidente retraso justificado incurrido por el Consorcio, la Entidad ha hecho caso omiso a este mismo, evidenciando una vez más, que la Entidad no cuenta con intención alguna de considerar justificado el

retraso incurrido por el Consorcio, pese a que, reconoce su propia demora.

44. Por tanto, **al haberse acreditado y justificado que el retraso incurrido no es imputable al Consorcio, y considerando que la Entidad emitió su decisión sin la debida motivación ni valoración de la documentación técnica relevante, aplicando aun así la penalidad por mora en contravención de lo establecido en la normativa vigente, dicha penalidad deviene en nula, al haberse impuesto prescindiendo de los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico.**

45. Es así que, por los motivos expuestos, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA la Primera Pretensión Principal formulada por el Consorcio, toda vez que se ha acreditado que la Entidad no ha cumplido con los presupuestos establecidos por la normativa para que opere la aplicación de la penalidad por mora, al haber aplicado esta penalidad frente a un retraso debidamente justificado por parte del Consorcio, lo cual se traduce en una vulneración a los derechos de defensa, debido proceso y contradicción del Consorcio, **CORRESPONDIENDO DEJAR SIN EFECTO LA CARTA N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA**, mediante los cuales se obtuvo conocimiento de la aplicación arbitraria de las penalidades por parte de la Entidad.

Postura del Demandado

46. Considerando el INFORME N°002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv, que motiva la CARTA N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, en el punto 4.17 analiza la aplicación de la PENALIDAD POR MORA, por la cual se sustenta en lo siguiente:

"(...) 4.18 En ese sentido, al haberse cumplido las condiciones indicadas en el Artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, el inicio de obra se dio el 08.06.2023 y, siendo el plazo de ejecución de 90 días calendario, el término de obra contractual fue el 05.09.2023 y, al no haberse aprobado ninguna ampliación de plazo, dicho terminó de obra no sufrió ninguna modificación, es decir, el término del plazo de ejecución de obra vigente ha quedado establecida en fecha 05.09.2023.

4.19 Por otra parte, al haberse determinado que la fecha real de término de obra se dio el 02.10.2023, ello de acuerdo al Asiento del Cuaderno de Obra N°72 y Asiento del Cuaderno de Obra N°73 del Residente y Supervisor de Obra respectivamente, se puede evidenciar una demora de veintisiete (27) días calendarios (del 06.09.2023 al 02.10.2023) por parte del CONSORCIO ACAPULCO en la ejecución de la obra.

4.20 En consecuencia, correspondería realizar el cálculo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, teniendo en cuenta el plazo total de la obra y el monto del contrato vigente, siendo que, el contrato

actualizado o vigente tiene la siguiente definición (según la definición establecida en RLCE):

ANEXO ÚNICO	
ANEXO DE DEFINICIONES	
(-)	Contrato actualizado o vigente: El contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.

4.21 Para lo cual se determinó como monto del contrato vigente, al monto del contrato original afectado con los montos de los reajustes reconocidos; obteniéndose la suma de S/. 2'547,447.34 (Dos Millones Quinientos Cuarenta y Siete Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete con 34/100 Soles) incluido IGV, el cual se detalla en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 05: CALCULO DEL MONTO DEL CONTRATO VIGENTE

CONCEPTO		MONTO SIN IGV	IGV	MONTO INC. IGV
Monto del Contrato Original	(+)	2,134,949.16	384,290.85	2,519,240.01
Monto de los Reajustes Recalculados	(+)	23,904.52	4,302.81	28,207.33
Monto del Contrato Vigente	S/.	2,158,853.68	388,593.66	2,547,447.34

4.22 De lo expuesto y, teniendo en cuenta el monto del contrato vigente y el plazo vigente de la obra, el suscrito procedió a realizar el cálculo de la penalidad por mora, aplicable al CONSORCIO ACAPULCO, el cual se detalla en el siguiente cuadro:

4.23 Como se puede apreciar en el cuadro anterior, del cálculo realizado de la penalidad por mora se obtuvo el monto de S/. 509,489.47, el cual supera el monto máximo del 10% del monto de contrato vigente (S/. 254,744.73); por lo que, en concordancia con lo estipulado en el Artículo 161. Penalidades del RLCE, el monto a cobrar al CONSORCIO ACAPULCO sería sólo el 10% del monto de contrato vigente, es decir la suma de S/. 254,744.73 (Doscientos Cincuenta y Cuatro Mil Setecientos Cuarenta y Cuatro con 73/100 Soles) incluido IGV.

4.24 Es preciso indicar que, con respecto a la penalidad por mora, el CONSORCIO ACAPULCO el 19.10.2023 mediante Carta N°030-2023-CA, presentó al Supervisor de Obra su solicitud de inaplicación de penalidad por retraso justificado, es por ello que, el 02.11.2023 el Supervisor de Obra remitió dicha solicitud a la Entidad para su evaluación y pronunciamiento, sin embargo, de la revisión de la documentación que obra en el archivo de la DIGENIPAA y la información digitalizada que se encuentra en el SGD, se pudo evidenciar que, a la fecha de la emisión del presente informe no existe pronunciamiento por parte de la Entidad respecto a la solicitud inaplicación de penalidad por retraso justificado, por lo que, en el cálculo realizado líneas arriba de la penalidad por mora, no se tenido en cuenta dicho trámite, toda vez que, no existe pronunciamiento de

la Entidad al respecto.

CUADRO N° 06: CALCULO DE LA PENALIDAD POR MORA

Multa por retraso en la entrega de la obra			
(Esta multa no pasa de aplicación en los casos de rescisión del contrato)			
A Determinación del retraso en la terminación de la obra			
1	Fecha de inicio de plazo	:	8/06/2023
2	Plazo contractual, en días calendario	:	30 días calendario
3	Fecha de término de plazo contractual original	:	8/07/2023
4	Ampliación de Plazo aprobada por la Entidad	:	0 días calendario
5	Plazo Vigente (plazo original + ampliaciones) : PV	:	30 días calendario
6	Fecha de vencimiento del plazo vigente	:	8/08/2023
7	Fecha de término de la obra	:	2/10/2023
8	Días de Retraso	:	27 días calendario
9	Total Días de Retraso en la culminación de la Obra	:	27 días calendario
B Determinación del retraso en la subsanación de observaciones			
1	Fecha del acta de observaciones	:	3/11/2023
2		:	
3	1/10 del plazo vigente	:	9 días calendario
4	Fecha Máxima para subsanar observaciones	:	12/11/2023
5	Fecha de Término de subsanación observaciones	:	12/11/2023
6	Días de retraso en subsanar observaciones	:	0 días calendario
C	Años Total (A10 + B6)	:	27 días calendario
D Multa por retraso en la entrega de la obra			
Tipo Multa = 10% del Contrato Vigente			
Penalidad diaria = $\frac{0.10 \times \text{Monto Vigente}}{F \times \text{Plazo vigente en días}}$ = 16,886.90			
Donde:			
F = 0.18			
Monto del Contrato Vigente = 2,947,447.34 Inc. 52V			
Plazo Vigente en días = 30			
Penalidad Máxima		Si:	254,744.73
Penalidad por los días de Retraso en Entrega de Obra		Si:	529,489.47
Días en que se alcanza la Penalidad Máxima			14
Total Penalidad a Aplicar al Contratista por Entrega en Retraso de Obras			Si: 254,744.73

47. Como puede observarse, la aplicación de la penalidad por mora aplicada mediante CARTA N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, ha sido aplicada de manera sustentada y en base a lo existente para realizar la liquidación. Adicionalmente, el Consorcio incurre en una confusión conceptual entre acto administrativo y ejecución contractual. La aplicación de penalidad por mora no constituye un acto administrativo sancionador que requiera procedimiento previo con descargos, sino la cuantificación económica de una consecuencia contractual automática derivada del incumplimiento objetivo del plazo. Esta distinción, reconocida por la Opinión N°094-2021/DTN del OSCE, resulta fundamental: mientras las sanciones administrativas requieren motivación individualizada y debido proceso, las penalidades contractuales operan por el solo mérito del incumplimiento verificado, siendo la motivación suficiente la constatación objetiva del retraso injustificado conforme a los registros documentales del contrato.
48. Preliminarmente, debe advertirse que la argumentación del Consorcio adolece de una falacia lógica denominada 'petición de principio' (petitio principii), al asumir como premisa demostrada aquello que precisamente constituye el objeto de prueba: que el retraso está justificado. El demandante construye toda su narrativa partiendo de la conclusión que

pretende alcanzar, sin aportar evidencia objetiva e incontrovertible de que adoptó las medidas razonables de mitigación del riesgo que la normativa y la diligencia profesional exigían. Dicho esto, procede analizar que, asimismo, en cualquier caso, el contratista en su demanda no presenta ningún descargo para la aplicación de la penalidad por retraso en la aplicación de penalidad sobre el retraso en la subsanación de observaciones, los cuales son (09) nueve días de (14) catorce máximos aplicables, los cuales no se encuentran con ningún cuestionamiento.

49. En cuanto a lo normativo, el contratista contaba con (30) treinta días hábiles posteriores a la fecha en que la entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada, conforme se establece en el Art. 198.81 del RLCE y Art. 45.52 de LCE.
50. Por lo que las ampliaciones de plazo que el contratista refiere han quedado totalmente consentidas, conforme se establece en el RLCE.

Postura del Tribunal Arbitral Unipersonal

51. Este Tribunal Arbitral Unipersonal considera necesario delimitar, como cuestión inicial, el objeto exacto de la primera pretensión principal. El Consorcio solicita que se deje sin efecto o se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de los apartados de la Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA referidos a la penalidad por mora. Por tanto, para emitir un pronunciamiento completo y congruente, corresponde examinar no solo la naturaleza y motivación de la Carta, sino también si, a partir de los medios probatorios actuados, la penalidad debió o no ser impuesta y en qué extensión.
- i) En cuanto a la naturaleza jurídica de la Carta, se verifica que fue emitida después de la recepción de la obra y dentro del procedimiento de liquidación del Contrato N.º012-2023-FONDEPES, con la finalidad de comunicar las observaciones formuladas por FONDEPES a la liquidación presentada por el Consorcio mediante Carta N.º01-2024-CA. Se trata, por ello, de una declaración adoptada por la Entidad en su condición de parte contractual y no de una manifestación emitida en ejercicio de potestad sancionadora administrativa.
 - ii) Esta precisión es relevante porque, durante la ejecución de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad y el contratista actúan como partes de una relación contractual regida por la LCE, el RLCE, las Bases Integradas y el propio Contrato. En consecuencia, no corresponde trasladar automáticamente a cada comunicación contractual el régimen de nulidad de los actos administrativos previsto en el TUO de la LPAG.
 - iii) Lo anterior no significa que la Entidad pueda actuar de manera arbitraria ni que sus decisiones contractuales se encuentren exentas de control. Significa que dicho control debe efectuarse,

primordialmente, a partir de las reglas contractuales, los principios de la contratación pública y las disposiciones especiales de la LCE y del RLCE. Por ello, la Carta puede ser examinada en términos de eficacia contractual, pero no sobre la premisa de que constituye necesariamente un acto administrativo susceptible de nulidad bajo los artículos 3 y 10 del TUO de la LPAG.

- iv) Respecto de la motivación, este Tribunal Arbitral Unipersonal advierte que la Carta cuestionada remite expresamente a los Informes N.os 000283-2024-FONDEPES/DIGENIPAA-UFÍ y 002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFÍ/jafv, que fueron comunicados como sustento. En dichos documentos se identifican el monto vigente del contrato, el plazo contractual, la fecha prevista de culminación, la fecha real de término y la fórmula utilizada para calcular la penalidad.

- 52. La motivación de una decisión contractual puede encontrarse en el propio documento o integrarse mediante remisión a informes técnicos comunicados conjuntamente, siempre que estos permitan conocer las razones de la determinación adoptada. En ese sentido, no se configura una ausencia absoluta de motivación: el Consorcio pudo conocer que FONDEPES consideró vigente un plazo de noventa días, tuvo por firmes las denegatorias de las ampliaciones de plazo y computó veintisiete días de atraso entre el 6 de setiembre y el 2 de octubre de 2023.
- 53. Sin embargo, que exista una explicación aritmética del cálculo no significa que la evaluación jurídica y técnica que lo precedió haya sido completa. El numeral 162.5 del RLCE establece dos mecanismos distintos para justificar el retraso: el primero, mediante una ampliación de plazo debidamente aprobada; y el segundo, cuando el contratista acredita, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.
- 54. La autonomía de ambos mecanismos se desprende del término “adicionalmente” empleado por la norma y de los efectos distintos que atribuye a cada supuesto. La ampliación de plazo modifica el plazo contractual y puede producir consecuencias económicas; en cambio, la acreditación objetiva del retraso justificado no modifica el calendario contractual ni genera gastos generales o costos directos, sino que únicamente excluye la penalidad por mora respecto del periodo no imputable.
- 55. Por ello, la firmeza de las Resoluciones N.º061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA y 067-2023-FONDEPES/DIGENIPAA, que denegaron las ampliaciones de plazo N.º01 y 02, impedía reabrir dichas ampliaciones o modificar el plazo contractual, pero no eliminaba el deber de evaluar la Carta N.º030-2023-CA, formulada de manera autónoma al amparo del numeral 162.5 del RLCE.
- 56. Se encuentra acreditado que la Carta N.º030-2023-CA fue presentada

antes de la recepción de la obra y antes de la observación de la liquidación; asimismo, fue acompañada de documentación técnica y de la opinión favorable del Supervisor contenida en el Informe N.º0013-2023/J.S.L.E.R.C. No se trataba, por tanto, de una alegación introducida recién en el arbitraje, sino de una solicitud que formaba parte de la ejecución contractual y que debía ser examinada antes de calificar todo el retraso como injustificado.

57. El propio Informe N.º002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv reconoce expresamente que, al calcular la penalidad, no se tomó en cuenta la Carta N.º 030-2023-CA porque la Entidad no había emitido pronunciamiento. Tal afirmación demuestra que FONDEPES conocía la solicitud y, pese a ello, incorporó la penalidad máxima en la liquidación sin resolver previamente si el mayor tiempo alegado era o no imputable al Consorcio.
58. La aplicación automática de la penalidad prevista en el artículo 162.1 del RLCE no autoriza una conclusión distinta. El automatismo significa que, una vez configurado un retraso injustificado, la penalidad se genera por cada día de atraso sin requerimiento previo y sin necesidad de acreditar un daño concreto. No significa que pueda omitirse el juicio previo de imputabilidad cuando el contratista ha presentado una solicitud sustentada de retraso justificado.
59. En consecuencia, este Tribunal Arbitral Unipersonal debe ingresar al fondo de la controversia y determinar, con base en toda la prueba actuada, si el Consorcio acreditó objetivamente que el periodo transcurrido después del 5 de setiembre de 2023 no le era imputable. Ello no implica aprobar extemporáneamente las ampliaciones de plazo denegadas ni modificar el plazo contractual, sino ejercer el control arbitral sobre la exigibilidad de la penalidad incorporada en la liquidación.
60. De los asientos del Cuaderno de Obra se verifica que la consulta sobre la ubicación exacta de los pescantes fue formulada el 15 de junio de 2023 y que, durante los meses siguientes, el Residente y la Supervisión dejaron constancia de la falta de una definición técnica suficiente. Asimismo, la Supervisión reconoció la necesidad de obtener un pronunciamiento de la Entidad y la absolución definitiva fue comunicada recién entre el 8 y el 9 de setiembre de 2023.
61. El Asiento N.º49 evidencia, además, que los usuarios solicitaron ubicaciones distintas, lo que confirma que la definición concreta no se encontraba completamente cerrada en los documentos contractuales. Si bien existían planos que identificaban zonas generales, para ejecutar las bases y anclajes de equipos de una y dos toneladas era necesaria una ubicación específica compatible con las condiciones estructurales y operativas del muelle.

62. Este Tribunal Arbitral Unipersonal no considera que la posibilidad del contratista de formular una propuesta técnica sustituyera el pronunciamiento de la Entidad. Una propuesta del ejecutor no equivalía a la aprobación de la ubicación definitiva de elementos incorporados al expediente técnico, vinculados a la estructura del muelle y destinados al uso de terceros.
63. Ahora bien, la demora en absolver una consulta no acredita por sí sola la afectación del plazo total de la obra. El Consorcio debía demostrar el nexo causal entre dicha demora y la ruta crítica. Sobre este extremo, la Carta N.º030-2023-CA incorpora un análisis de programación según el cual la partida 5.1 contaba inicialmente con catorce días de holgura, la cual se agotó el 17 de agosto de 2023, pasando desde entonces a afectar la fecha final de culminación.
64. Este análisis coincide con el Informe N.º0013-2023/J.S.L.E.R.C., mediante el cual el Supervisor recomendó reconocer veinticuatro días calendario como retraso justificado. FONDEPES cuestionó la programación y señaló que existían otros frentes de trabajo; sin embargo, no aportó una programación alternativa, un análisis de ruta crítica o un informe técnico que desvirtuara específicamente el agotamiento de la holgura y el impacto señalado por el Supervisor.
65. En aplicación del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, corresponde valorar conjuntamente los documentos contemporáneos a la ejecución, los asientos del Cuaderno de Obra, la programación acompañada y la opinión del Supervisor. Tales medios generan convicción suficiente respecto de que veinticuatro de los veintisiete días transcurridos después del vencimiento contractual obedecieron a una causa no imputable al Consorcio.
66. Respecto de los tres días restantes, el Consorcio no ha individualizado ni acreditado una causa concreta que justifique su transcurso. Por ello, sí corresponde aplicar penalidad por mora por dichos tres días. Considerando el monto contractual vigente de S/ 2,547,447.34, el plazo de noventa días y el factor 0.15 aplicable, la penalidad diaria asciende a S/ 18,869.98 y la penalidad por tres días asciende a S/ 56,609.94.
67. Por tanto, la penalidad máxima de S/ 254,744.73 incorporada en la Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA no resulta exigible. Solo subsiste la suma de S/ 56,609.94 correspondiente a tres días de retraso injustificado, debiendo dejarse sin efecto el exceso y excluirse la penalidad respecto de los veinticuatro días objetivamente acreditados como no imputables.
68. La omisión de FONDEPES no determina la nulidad integral de la Carta ni de la liquidación, pues aquella contiene diversos componentes económicos y fue sustentada por informes que explican el cálculo general. El defecto y la ineficacia se circunscriben al extremo que calificó

como injustificados los veintisiete días y aplicó la penalidad máxima sin valorar la solicitud de retraso justificado.

69. Por las razones expuestas, la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: fundada en cuanto solicita dejar sin efecto el extremo de la Carta N.º 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA que aplicó la penalidad por mora por S/ 254,744.73, disponiéndose que únicamente subsista una penalidad de S/ 56,609.94 por tres días de retraso injustificado; e infundada en cuanto pretende la nulidad de dicha Carta como acto administrativo o la invalidez integral de la observación de la liquidación.

IX.1.2. Primera Pretensión Subordinada A La Primera Pretensión Principal:

Que, el ÁRBITRO ÚNICO declare la inaplicación de la penalidad por mora impuesta al Consorcio mediante los apartados pertinentes de la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 27 de febrero de 2024, toda vez que el retraso incurrido ha sido debidamente justificado y, por ende, no resulta imputable al contratista.

Posición del Demandante

SOBRE LA APLICACIÓN INDEBIDA DE PENALIDAD POR MORA – EXISTENCIA DE RETRASO JUSTIFICADO NO IMPUTABLE AL CONTRATISTA

70. Como punto de partida, debemos señalar que la penalidad por mora se aplica al retraso injustificado, es decir, cuando el contratista no hubiese cumplido con ejecutar las prestaciones a su cargo dentro del plazo establecido en el Contrato en forma injustificada, pues esta penalidad no es -en sentido estricto- una sanción, sino una obligación de carácter accesorio, la cual se “activa” cuando el contratista hubiera incurrido en un retraso injustificado. De esta manera permite resarcir el perjuicio ocasionado a la Entidad por retrasar la ejecución de la obra.
71. No obstante, en observancia del numeral 5 del artículo 162 del RLCE, la penalidad por mora no se aplicará cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.
72. Aunado a ello, para el presente caso, corresponde hacer hincapié en la penalidad por mora, en la medida de que es materia del presente arbitraje y es definido en el numeral 1 del artículo 162º del RLCE como “En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (...)”.

73. De igual forma, la Dirección Técnico Normativa del OSCE -ahora OECE- ha establecido en el numeral 2.1.1. de la Opinión N° 198-2019/DTN de fecha 14 de noviembre de 2019, **la penalidad por mora se aplica al retraso injustificado**; es decir, cuando el contratista no hubiese cumplido con ejecutar las prestaciones a su cargo dentro del plazo establecido en el Contrato, pues esta penalidad no es -en sentido estricto- una sanción, sino una obligación de carácter accesorio, la cual se "activa" cuando el contratista hubiera incurrido en un retraso injustificado.
74. En otras palabras, la aplicación de la penalidad por mora no solo tiene como finalidad desincentivar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que, a través de este, permite a la Entidad resarcir el perjuicio que genera el **retraso injustificado en la ejecución del contrato, atribuible al Contratista**.
75. Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, la aplicación de la penalidad por mora por parte de la Entidad resulta improcedente e inaplicable; debido a que, ha sido la propia Entidad quien incurrió en demora en la absolución de la consulta formulada por el Residente de Obra mediante asiento N.º 7 del Cuaderno de Obra, de fecha 15 de junio de 2023, referida a la falta de definición de la ubicación exacta de los pescantes de una (1) y dos (2) toneladas, correspondientes a las partidas 5.1 y 5.2 del expediente técnico. **Dicha información resultaba indispensable para determinar el lugar preciso de instalación de estos equipos dentro del muelle**.
76. Cabe precisar que esta consulta fue formulada casi dos meses antes del inicio programado de la partida correspondiente al pescante de 2 toneladas cuyo inicio estaba previsto para el 3 de agosto de 2023. Ante ello, el Supervisor de Obra, al considerar que la consulta requería pronunciamiento de la Entidad, la elevó conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 193 del RLCE, iniciándose así el cómputo del plazo para su absolución, el cual vencía el 5 de julio de 2023.

Artículo 193 del RLCE

193.5. En caso que el inspector o supervisor considere que las consultas requieren de la opinión del proyectista, las remite a la Entidad, con copia al contratista, dentro del plazo máximo de cuatro (4) días, contados a partir del día siguiente de anotadas en el cuaderno de obra." "193.6. En el supuesto previsto en el numeral anterior y siempre que las consultas puedan implicar una modificación del expediente técnico de obra, el inspector o supervisor emite el informe técnico correspondiente, pronunciándose respecto (NOTA SP/LI) de las consultas formuladas por el residente de obra."(*)
"193.7. La Entidad remite al proyectista las consultas del residente de obra y el informe técnico del inspector o supervisor, en un plazo máximo de dos (2) días, contados desde el día siguiente de recibidos. El proyectista se pronuncia en un plazo máximo de diez (10) días, contados a partir del día siguiente de recibida la comunicación de la Entidad."(*)
"193.8. La Entidad absuelve las consultas y, en los casos que corresponda, comunica al contratista las medidas que debe adoptar, con copia al inspector o supervisor. La citada comunicación se realiza dentro del plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de recibida la opinión del proyectista sobre las consultas, o de vencido el plazo para que el proyectista remita su opinión."(*)

77. Sin embargo, habiendo transcurrido cincuenta y cinco (55) días desde la formulación de la consulta y encontrándose vencidos todos los plazos normativos para su absolución, mediante asiento N.º 44 del Cuaderno de Obra, el Residente dejó constancia de que el proyectista, a través de la Carta N.º 001-2023-DFTT/FONDEPES, de fecha 30 de junio de 2023, se limitó a brindar alcances genéricos, señalando que la grúa pescante de 2 toneladas iría en el cabezo y la de 1 tonelada en la plataforma baja, indicando además que la Entidad sería quien definiría la ubicación exacta. En consecuencia, dicha comunicación no constituyó una absolución válida de la consulta.

CARTA N° 001-2023-DFTT/FONDEPES

* Respecto a la Consulta 02, la ubicación de la grúa pescante de 2 t. es en el cabezo y la grúa pescante de 1 t. se ubica en la plataforma baja, el mismo que se ubicó a solicitud y responsabilidad de la Entidad (FONDEPES). Es la entidad quien especificará de forma detallada la ubicación de los mismos.

78. Posteriormente, mediante Informe N° 0008849-2023-FONDEPES/DIGENIPAA-UFÍ, de fecha 26 de julio de 2023, el director de la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola, el señor Jefferson Diaz Ferreyra, lejos de absolver la Consulta, se limita a reiterar su contenido y a solicitar que esta sea nuevamente formulada, adjuntando un Informe técnico, por lo que el Consorcio, sin perjuicio de que la consulta ya había sido válidamente presentada, el Consorcio procedió a reformularla, adjuntando un Informe técnico que no correspondía ni era pertinente, toda vez a que la consulta planteada no implicaba, ni podía implicar, una modificación del expediente técnico de la obra.
79. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 193.2 del RLCE, la exigencia de adjuntar un informe técnico resulta procedente únicamente cuando la consulta formulada pueda generar una modificación del expediente técnico, supuesto que no se configura en el presente caso, dado que la consulta se limitaba exclusivamente a solicitar la precisión de la ubicación exacta de los pescantes, información indispensable para el desarrollo del diseño estructural, pero sin alterar el contenido técnico aprobado.

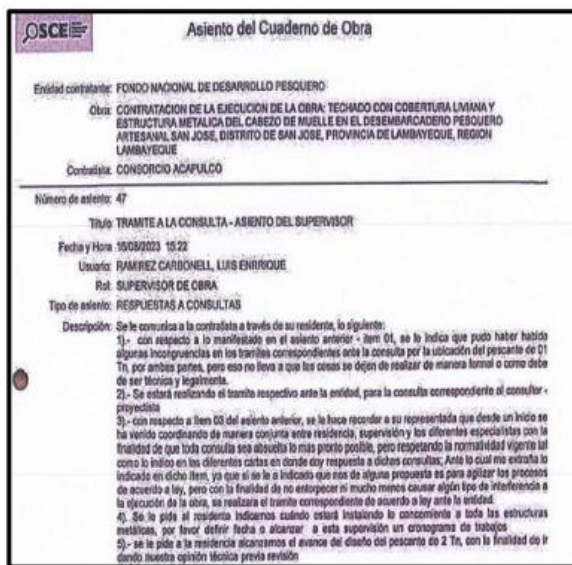
Artículo 193° del RLCE

193.2. En caso que las consultas puedan implicar una modificación del expediente técnico de obra, el residente de obra las sustenta con el informe técnico correspondiente. De no presentarse el informe técnico, las consultas se tienen como no presentadas, lo cual es anotado por el inspector o supervisor en el cuaderno de obra. El residente de obra puede presentar nuevamente las consultas cuando cuente con el informe técnico necesario.

80. Sobre ello, prueba de que la consulta seguía sin ser absuelta **es el asiento N.º 45 del Cuaderno de Obra, de fecha 14 de agosto de 2023**, mediante el cual el Supervisor señaló que, pese a no haberse recibido respuesta, se procedería a interpretar los alcances genéricos previamente señalados. Tal actuación resulta indebida, pues la absolución debía ser exacta, técnica y completa, más aún cuando el propio Supervisor había reconocido previamente, mediante asiento N.º 9 del 20 de junio de 2023, que carecía de conocimiento para absolver la consulta y que esta debía ser resuelta por la Entidad.
81. Asimismo, en el mismo asiento número 45 se pretendió invertir los roles, toda vez que se intentó trasladar indebidamente al contratista la responsabilidad de absolver la consulta, solicitándole que presente una propuesta técnica para su revisión, lo cual resulta contrario a la normativa vigente. No existe disposición legal alguna que obligue al contratista a absolver sus propias consultas técnicas; por el contrario, corresponde a la Entidad, en coordinación con el proyectista, emitir el pronunciamiento respectivo dentro de los plazos establecidos, recordando que la demora en la absolución es causal de ampliación de plazo, tal como regula el artículo 197 del RLCE.

		Asiento del Cuaderno de Obra	
Entidad contratante: FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO			
Obra: CONTRATACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA: TECHADO CON COBERTURA LIVIANA Y ESTRUCTURA METALICA DEL CABEZO DE MUELLE EN EL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL SAN JOSE, DISTRITO DE SAN JOSE, PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, REGION LAMBAYEQUE			
Contratista: CONSORCIO ACAPULCO			
Número de asiento: 45			
Título: ABSOLUCION DE CONSULTA - SUPERVISOR DE OBRA			
Fecha y Hora: 14/08/2023 23:28			
Usuario: RAMIREZ CARDONELL, LUIS ENRIQUE			
Rol: SUPERVISOR DE OBRA			
Tipo de asiento: RESPUESTAS A CONSULTAS			
Descripción: Con respecto a la consulta planteada por el contratista a través de su residente de obra, se le comunica que si bien es cierto se ha solicitado la ubicación de los pescantes de 2 Tn y de 1 Tn, ante lo cual se le informa que ya se ha coordinado con su representante para que el PESCANTE DE 2 Tn se ubique en el cabezo del muelle en la misma lugar que el PESCANTE ANTIGUO el cual fue destruido y puesto a buen recaudo. Es por lo cual que no habrán problemas de ubicación con respecto a esta estructura metálica. Con respecto al pescante de 1 Tn, ya se le ha manifestado que deberá de ser instalado en la parte baja del muelle, ante lo cual se necesita y se requiere su propuesta por parte de su especialista estructural para la evaluación correspondiente por parte de mi representación, lo más pronto posible. Así mismo se le hace recordar que los trabajos que se vienen realizando son: 1) habilitación de las estructuras metálicas en el taller de la ciudad de LIMA, 2) Proceso del granallado, colocación de pintura base y del acabado, Transporte de los diferentes insumos desde la ciudad de LIMA hasta SAN JOSE - CHICLAYO.			
Asiento de Referencia: NINGUNO			
Archivos anexos: 00			

82. Aunado a ello, con el asiento número 47 en el cuaderno de obra, de fecha 16 de agosto de 2023 se deja constancia una vez más que sigue sin absolverse la consulta realizada por el contratista el 15 de junio de 2023. Asimismo, el supervisor señala que se estará realizando el trámite respectivo ante la Entidad para la consulta correspondiente al consultor-proyectista.



OSCE Asiento del Cuaderno de Obra

Entidad contratante: FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Objeto: CONTRATACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA: TECHADO CON COBERTURA LAMINA Y ESTRUCTURA METALICA DEL CABEZO DE MUELLE EN EL DESMARCADERO PESQUERO ARTESANAL SAN JOSE, DISTRITO DE SAN JOSE, PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, REGION LAMBAYEQUE

Contratista: CONSORCIO ACAPULCO

Número de asiento: 47

Título: TRAMITE A LA CONSULTA - ASIENTO DEL SUPERVISOR

Fecha y Hora: 16/08/2023 15:22

Usuario: RAMIREZ CARBONELL, LUIS ENRIQUE

Rol: SUPERVISOR DE OBRA

Tipo de asiento: RESPUESTAS A CONSULTAS

Descripción: Se le consulta a la contratista a través de su residente, lo siguiente:

1)- con respecto a lo manifestado en el asiento anterior - ítem 01, se le indica que pudo haber habido algunas incongruencias en los trazos correspondientes ante la consulta por la ubicación del pescante de 01 Tn, por ambos pases, pero eso no lleva a que las cosas se dejen de realizar de manera formal o como debe de ser técnica y legalmente.

2)- Se estará realizando el trámite respectivo ante la entidad, para la consulta correspondiente al consultor-proyectista.

3)- con respecto al ítem 02 del asiento anterior, se le hace recordar a su representada que desde un inicio se ha venido coordinando de manera conjunta entre residente, supervisión y los diferentes especialistas con la finalidad de que toda consulta sea atendida lo más pronto posible, pero respetando la normalidad vigente tal como lo indica en las diferentes cartas en donde doy respuesta a dichas consultas; Ante lo cual me extraña lo indicado en dicho ítem, ya que si se le a indicado que nos de alguna propuesta es para agilizar los procesos de acuerdo a ley, pero con la finalidad de no entorpecer ni mucho menos causar algún tipo de interferencia a la ejecución de la obra, ya realicé el trámite correspondiente de acuerdo a ley ante la entidad.

4)- Se le pide al residente indicarnos cuándo estará instalando lo concerniente a toda las estructuras metálicas, por favor definir fecha o alcanzar a esta supervisión un cronograma de trabajos.

5)- se le pide a la residente alcancarnos el avance del diseño del pescante de 2 Tn, con la finalidad de le dando nuestra opinión técnica previa revisión.

83. En esa misma línea, en el asiento número 49 de fecha 17 de agosto de 2023, el Supervisor de Obra reconoce que aún no ha elevado a la Entidad la consulta nuevamente realizada y cita en el asiento número 44, pero que a pesar de que la Entidad se pronunció de manera no exacta, se debe aceptar lo dispuesto en los planos, que no dicen nada al respecto ya que no está la ubicación de los pescantes en el expediente técnico. Y además nos informa que los pescadores han solicitado la ubicación de los pescantes en lugares totalmente distintos a los indicados por el supervisor, en su asiento anterior, con lo que se demuestra que seguimos sin la absolución a la consulta, lo que deja en evidencia que **continúa transcurriendo el RETRASO JUSTIFICADO NO IMPUTABLE AL CONTRATISTA.**

OSCE		Asiento del Cuaderno de Obra	
Entidad contratante:	FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO		
Obras:	CONTRATACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA: TECHIDO CON COBERTURA LIVIANA Y ESTRUCTURA METALICA DEL CAJEZO DE MUELLE EN EL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL SAN JOSE, DISTRITO DE SAN JOSE, PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, REGION LAMBAYEQUE		
Contratista:	CONSORCIO ACAPULCO		
Número de asiento:	49		
Título:	VERIFICACION DE IZAJE DE LAS ESTRUCTURAS METALICAS		
Fecha y Hora:	17/08/2023 22:25		
Usuario:	RAMIREZ CARBONELL, LUIS ENRIQUE		
Rol:	SUPERVISOR DE OBRA		
Tipo de Asiento:	OTRAS OCURRENCIAS		
Descripción:	El día de hoy se continúa con la habilitación de las estructuras metálicas en la ciudad de Lima, así mismo se viene verificando el izaje de las columnas en el cobizo del muelle, de acuerdo a lo indicado por los planos contractuales. Se le comunica al residente que se estará elevando la consulta realizada por el tema de la ubicación del pescante de 1 Tn en la parte baja del muelle, no sin antes indicar que para esta supervisión se debe de respetar lo indicado en los planos contractuales Lámina PL - A - 02 (DFTT), pese a que la entidad se a pronunciado en la ubicación de menoría no exacta, tal como: Pescante de 2 Tn en la parte alta del cobizo del muelle y el de 1 Tn en la parte baja del muelle. Así mismo levaro indicar que el día de hoy se agenciará al área de trabajo, el comité de pescadores y presentaran su incomodidad ante la ubicación planteada por la entidad, recomendando que los pescante deberían ir en la parte superior de la plataforma para un mejor provecho por parte de los pescadores, ante lo cual se estará tomando en cuenta dicha opinión para el análisis correspondiente y llegar a una definición final con respecto a la ubicación de dichos pescantes.		

84. Por otro lado, en los asientos número 56 y 57 del cuaderno de obra de fecha 29 de agosto de 2023, se aprecia la insistencia y los esfuerzos del Consorcio en solicitar y requerir que se absuelva la consulta. **Por lo que, como vemos, hasta esa fecha no ha sido absuelta y sigue configurándose el RETRASO JUSTIFICADO.**

85. Posteriormente, el 31 de agosto de 2023, el Consorcio mediante asiento N° 60 del Cuaderno de obra, dejó constancia de que, hasta dicha fecha, no se habían absuelto las consultas referidas a la falta de definición de la ubicación exacta de los pescantes. En ese contexto, y en aplicación del numeral 6 del artículo 198 del RLCE, que regula el procedimiento de ampliación de plazo en los casos que se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión y sin que se haya suspendido el plazo de ejecución contractual —supuesto que se configura en el presente caso—, el Residente de obra fijó el cese parcial de la causal, realizando el correspondiente corte administrativo en el cómputo de los días de retraso, aun cuando la consulta continuaba sin ser absuelta, con la finalidad de solicitar la Ampliación de Plazo N.º 01, ante la inexistencia de una fecha cierta para la absolución por parte de la Entidad.

Artículo 198º del RLCE

198.6. Cuando se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que es debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, el contratista puede solicitar y la Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.

86. De esta manera, al no haberse obtenido absolución a la consulta formulada, mediante el asiento N.º 60 se cerró parcialmente el primer periodo de retraso justificado y se solicitó la Ampliación de Plazo N.º 01,

la cual fue denegada por la Entidad -sin sustento alguno-, pese a encontrarse debidamente sustentada.

SOBRE LA AFECTACIÓN DE LA RUTA CRÍTICA Y ACREDITACIÓN OBJETIVA DEL RETRASO JUSTIFICADO

87. Respecto de la afectación de la Ruta Crítica del programa de obra vigente, debe señalarse que, así como venció el plazo que tenía la Entidad para absolver la consulta, también se vio afectada la estructura de programación de la partida 5.1 correspondiente a la grúa pescante de 2 toneladas, la cual, si bien inicialmente no era crítica, pasó a serlo como consecuencia del agotamiento de su holgura, generándose la AFECTACIÓN DE LA RUTA CRÍTICA del proyecto.
88. En observancia de la Opinión N° D000014-2025-OSCE-DTN, resulta relevante precisar que la Ruta crítica se entiende como *"una cadena cuyos eslabones son aquellas actividades que al retrasarse generan una tardanza en la finalización de toda la obra"*.
89. En el mismo sentido, la doctrina especializada define la ruta crítica como el recorrido de ejecución de actividades que no admite retrasos sin afectar el plazo total del proyecto. Así, MONTOYA VALLECILLA señala que la ruta crítica es *"el recorrido en la ejecución de las actividades que agrupa el conjunto de tareas que no se pueden retrasar, porque afecta el proyecto completo (...) es una secuencia de ejecución de actividades de cuya duración depende la totalidad de la obra. Esto es, el retraso en una o algunas implica una tardanza en la finalización del proyecto completo"*.
90. En cuanto a la holgura, corresponde precisar que esta se refiere al tiempo máximo que se puede retrasar una actividad sin afectar el plazo total del proyecto. Cuando la holgura total se reduce a cero (0), la actividad se convierte en crítica y pasa a formar parte de la Ruta Crítica. En el presente caso, la partida 5.1 no era inicialmente crítica y no formaba parte de la Ruta Crítica, dado que contaba con una holgura de catorce (14) días, la cual comenzó a consumirse a partir del 3 de agosto de 2023, fecha programada para su inicio, según el cronograma de obra.
91. Esta interpretación es concordante con lo desarrollado en la Opinión N° D000014-2025-OSCE-DTN, la cual, citando a MATTOS Y VALDERRAMA definen la holgura como el *"Plazo que la actividad se puede retrasar, afectando o no a sus sucesoras, pero sin afectar el final del proyecto"*.

92. Así, la holgura se fue consumiendo progresivamente hasta el 17 de agosto de 2023, fecha en la que se agotó y llegó a cero (0) días convirtiéndose la partida 5.1 en una PARTIDA CRÍTICA, sin que hasta ese momento la Entidad haya absuelto la consulta referida a la omisión de indicar la ubicación exacta de los pescantes. En consecuencia, desde el 17 de agosto de 2023, fecha de inicio de la afectación de la Ruta Crítica, hasta el 31 de agosto de 2023, fecha en la que se fijó el cese parcial del periodo de retraso justificado y se solicitó la Ampliación de Plazo N.º 01, se contabilizaron quince (15) días calendario de RETRASO JUSTIFICADO.
93. El referido cálculo fue realizado utilizando la herramienta MS Project, determinándose que la partida correspondiente al pescante de 2 toneladas pasó a ser partida crítica a partir del 17 de agosto de 2023, conforme se aprecia en el gráfico contenido en la Carta N.º 030-2023-CA presentada por el Contratista.

EXTRACTO DE LA CARTA 030-2023-CA

Nombre de tarea	Comienzo	Fin	Límite de comienzo	Límite de finalización	Demora permisible	Margen de demora total
EQUIPAMIENTO	sáb 29/07/23	mar 05/09/23	jue 17/08/23	mar 05/09/23	0 días	0 días
SUMINISTRO, FABRICACIÓN E INSTALACIÓN DE GRÚA PESCANTE ELECTROMECÁNICA DE 2 TONELADAS	jue 03/08/23	mar 22/08/23	jue 17/08/23	mar 05/09/23	0 días	14 días
SUMINISTRO, FABRICACIÓN E INSTALACIÓN DE GRÚA PESCANTE ELECTROMECÁNICA DE 1 TONELADA	jue 03/08/23	jue 17/08/23	mar 22/08/23	mar 05/09/23	19 días	19 días
FLETE PARA GRÚA PESCANTE DE LIMA-CHICLAYO-SAN JOSÉ	sáb 29/07/23	mié 02/08/23	vie 01/09/23	mar 05/09/23	34 días	34 días

94. En consecuencia, la partida se tornó crítica desde el 17 de agosto de 2023, afectándose la programación de obra vigente desde dicha fecha en adelante, hasta que finalmente cesó la causal, esto es, hasta que la Entidad absolvió la consulta relativa a la ubicación exacta de los pescantes.

95. Posteriormente, pese al cese parcial del primer periodo de retraso justificado con la presentación de la solicitud de Ampliación de Plazo N.º 01, continuó produciéndose retraso en la ejecución de la obra, toda vez que la consulta sobre la omisión de la ubicación exacta de los pescantes de 2 y 1 tonelada seguía sin ser absuelta. En tal sentido, los días transcurridos desde el 31 de agosto de 2023 en adelante fueron considerados como un segundo periodo de retraso justificado, a efectos de determinar el total de días atribuibles a la falta de absolución por parte de la Entidad.
96. Finalmente, el 08 de setiembre de 2023, a las 23:08 horas, mediante asiento N° 64 del Supervisor de Obra, titulado "Respuesta a la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01", se comunicó al Consorcio que, a través de la CARTA N° 12-2023-ING S.O/LERC/FONDEPES, la Entidad había absuelto la consulta.
97. No obstante, al haberse realizado dicha comunicación fuera del horario laboral, el Residente de Obra tomó conocimiento efectivo de la misma recién el día 9 de setiembre de 2023. Por lo que, mediante asiento número 65 de dicha fecha, se declaró formalmente cesada la causal, esto es, la finalización del evento que impedía el normal avance de la obra —la falta de definición de la ubicación exacta de los pescantes de 2 y 1 tonelada—, solicitándose la Ampliación de Plazo N.º 02, la cual también fue denegada por la Entidad -sin sustento legal-, pese a encontrarse debidamente fundamentada.
98. De esta manera, se cerró el segundo periodo de retraso justificado, contabilizándose nueve (9) días calendario adicionales desde el 31 de agosto de 2023, lo que arroja un total de veinticuatro (24) días calendario de RETRASO JUSTIFICADO NO IMPUTABLE AL CONTRATISTA.
99. Asimismo, la CARTA N° 012-2023-INGS/LECRC/FONDEPES, mediante la cual la Entidad absolvió la consulta fuera de plazo, constituye prueba irrefutable y objetiva de que, hasta el 09 de setiembre de 2023, dicha consulta no había sido absuelta.
100. De igual modo, el Informe N.º 0013-2023/J.S.L.E.R.C, de fecha 31 de octubre de 2023 (**ANEXO A-6**), emitido por el Supervisor de Obra, concluye expresamente recomendando la aprobación de la solicitud de retraso justificado y la no aplicación de penalidades por mora por un periodo de veinticuatro (24) días calendario. Dicho informe constituye prueba objetiva, técnica y fehaciente de que el retraso verificado en la ejecución de la obra se originó por causas no imputables al Contratista,

razón por la cual no resulta jurídicamente procedente la aplicación de penalidad alguna por mora.

101. A mayor abundamiento, el OSCE, mediante Opinión N° 094-2021/DTN, ha precisado que *"las circunstancias no imputables al contratista que pueden generar una calificación del retraso como justificado pueden ser de distinta índole; pueden consistir en hechos de la naturaleza, sociales o normas de carácter obligatorio que puedan ocasionar determinados efectos en el contrato que impidan objetivamente al contratista cumplir con sus obligaciones y con el plazo contractual pactado". En este extremo es importante aclarar que –a fin de que se califique como justificado un retraso- no basta con dar cuenta de la existencia de determinado hecho natural, social o de la vigencia de determinada norma obligatoria, sino que el contratista deberá acreditar y justificar de modo objetivo que estos hechos - en concordancia con las disposiciones contractuales y a la luz de las demás normas que resulten aplicables- tuvieron como efecto necesario la imposibilidad de cumplir con la ejecución de las prestaciones a su cargo dentro del plazo".*
102. En ese sentido, **se evidencia la afectación directa y la imposibilidad material del contratista para ejecutar las partidas afectadas, debido a que no contaba con la definición de la ubicación exacta en la que debían ser instaladas las grúas pescantes de dos (2) y una (1) tonelada.** Este tipo de equipamiento requiere una ubicación precisa y específica, la cual debe encontrarse debidamente definida en el expediente técnico, toda vez que no puede ser instalado en cualquier punto del muelle.
103. Lo señalado en el punto precedente se sustenta en que, de acuerdo con el expediente técnico, las grúas pescantes resultan elementos sustanciales para la ejecución y funcionalidad de la obra; motivo por el cual, la ubicación de estas mismas debería ser detallada explícitamente por la Entidad, ya que de proceder con la instalación en una ubicación no exacta, podría poner en riesgo la totalidad de la funcionalidad de la obra, evidenciando que la falta de respuesta de la Entidad no permitía al Consorcio cumplir con las obligaciones de manera pulcra.
104. Las grúas pescantes requieren un área de instalación con una base estructural sólida y adecuada que soporte su peso, así como el espacio necesario para el giro del brazo, debiendo además ubicarse estratégicamente en función de las necesidades operativas del cliente, FONDEPES. Tal fue la falta de información sobre la ubicación de los pescantes que, a la fecha del asiento N° 49 del Cuaderno de Obra, los pescadores solicitaron su instalación en lugares distintos a los

inicialmente sugeridos por el Supervisor de Obra, lo que evidencia la ausencia de una definición técnica clara.

105. En ese contexto, la Entidad continuaba sin absolver la consulta formulada, pese a encontrarse largamente vencido el plazo correspondiente, afectando de manera directa el normal desarrollo de la ejecución de la obra. Asimismo, dicha demora ocasionó que, aun cuando la partida contaba con una holgura de catorce (14) días, esta se consumiera en su totalidad, generándose adicionalmente un retraso de veinticuatro (24) días calendario, hasta que finalmente la Entidad absolvió la consulta de manera extemporánea el 9 de setiembre de 2023.
106. Por tanto, **HA QUEDADO ACREDITADO DE MANERA CRONOLÓGICA Y OBJETIVA QUE EL RETRASO INCURRIDO ES CONSECUENCIA DIRECTA DE LA CONDUCTA OMISIVA DE LA ENTIDAD**, la cual absolvió recién el 9 de setiembre de 2023 una consulta formulada el 15 de junio del mismo año, pretendiendo, no obstante, aplicar una penalidad por mora pese a tener pleno conocimiento de que el retraso se encontraba debidamente justificado como se fundamentó en ambas solicitudes de ampliación de plazo y en la Carta N° 030-2023-CA. Por lo que estamos ante un hecho externo no imputable al contratista.
107. Finalmente, conforme al análisis desarrollado, ha quedado plenamente demostrado y acreditado, de manera objetiva y fehaciente, que el retraso obedeció a causas no imputables al Contratista y, por el contrario, fue consecuencia directa de la conducta omisiva de la propia Entidad, ocasionando un RETRASO JUSTIFICADO de veinticuatro (24) días calendario, por lo que resulta improcedente la aplicación de penalidad por mora al Consorcio.

Postura del Demandado

108. En cuanto a lo indicado sobre que el retraso incurrido ha sido debidamente justificado, se puede indicar que la etapa de justificación de la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo fue un a los (30) treinta días de haberse denegado, es decir, si la Resolución N° 000061-2023-FONDEPES/DIGENIPAA tiene de fecha 29 de Septiembre del 2023, la fecha máxima para someterla a controversia fue el 14 de Noviembre del 2023, por cuanto el contratista no puede requerir la inaplicabilidad de penalidades cuando el tiempo para someterlas a arbitraje ya culminó y quedó consentido.
109. Adicionalmente, el análisis cronológico de los asientos del Cuaderno de Obra revela que el Consorcio incumplió el procedimiento establecido en

el artículo 193.2 del RLCE para la formulación válida de consultas. Dicha norma dispone que cuando la consulta pueda implicar modificación del expediente técnico, debe acompañarse del informe técnico correspondiente desde su presentación inicial. Sin embargo, la consulta formulada el 15 de junio de 2023 careció de dicho sustento técnico, siendo reformulada recién el 26 de julio de 2023 a requerimiento de FONDEPES mediante Informe N° 0008849-2023-FONDEPES/DIGENIPAA-UFÍ. Esta reformulación extemporánea reinició el cómputo de plazos de absolución, circunstancia imputable al propio contratista por presentación defectuosa de su consulta original. No puede pretenderse que los efectos de una consulta inadecuadamente formulada se trasladen como responsabilidad de la Entidad, cuando fue el mismo Consorcio quien no cumplió los requisitos procedimentales para activar válidamente la obligación de absolución en los términos del artículo 193.6 del RLCE.

110. En cuanto al fondo de lo que el contratista, este fue atendido mediante INFORME N° 007-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/fdc del 25 de marzo del 2024, mediante el cual se demuestra que en los planos se encontraba ubicada los pescantes y en las especificaciones técnicas se encontraban descrito lo siguiente:

"(...) Sin embargo, no es impedimento para que el proveedor proponga otra manera de realizar la instalación de los pescantes, cumpliendo con todas las normas correspondientes (...)". Ver Imagen N° 01:



111. Adicionalmente, debe precisarse que la opinión técnica del Supervisor contenida en el Informe N° 0013-2023, si bien es relevante, no resulta vinculante para la Entidad en la decisión administrativa sobre ampliaciones de plazo. El artículo 198.8 del RLCE establece inequívocamente que la competencia para aprobar o denegar ampliaciones de plazo corresponde exclusivamente a la Entidad, constituyendo una potestad administrativa indelegable que debe ejercerse conforme a criterios de legalidad, no de mera conveniencia técnica. La recomendación del Supervisor constituye un elemento de juicio, mas no determina per se el sentido de la resolución administrativa. FONDEPES evaluó integralmente los antecedentes técnicos, jurídicos y documentales, concluyendo fundadamente

mediante las Resoluciones N° 061-2023 y N° 067-2023 que no se configuraron los supuestos legales para aprobar las ampliaciones solicitadas. Pretender que la opinión del Supervisor prevalezca sobre la decisión administrativa de la Entidad constituye una inversión de la jerarquía normativa y competencial que rige las contrataciones públicas.

112. En cuanto a la ubicación de los pescantes, de la revisión diligente de los planos del proyecto se pudo verificar el siguiente plano:

113.

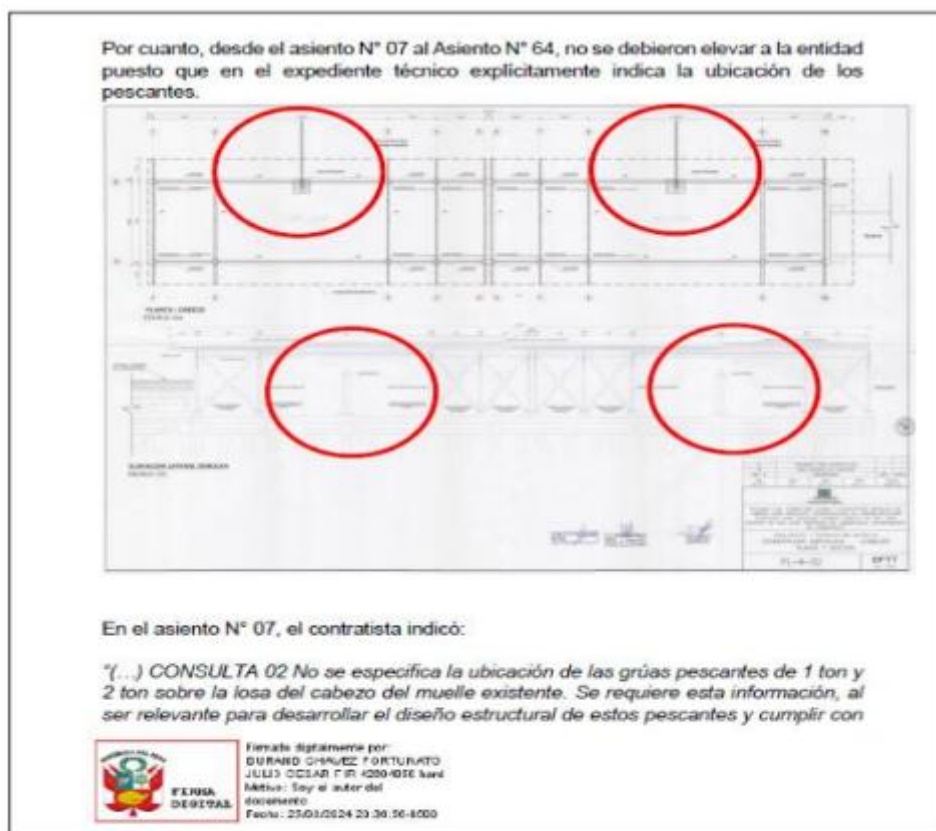


Imagen N° 02, plano PL-A-02, la cual muestra con detalle la ubicación de los pescantes, los cuales forman parte del expediente de obra.

114. Resulta técnicamente inconsistente que el Consorcio alegue desconocimiento de la ubicación de los pescantes cuando los planos de arquitectura PL-A-01 'Planta General de Arquitectura' y PL-A-02 'Planta de Distribución de Equipamiento', que forman parte del expediente técnico contractual, representan gráficamente las áreas destinadas al equipamiento pesquero en el cabezo del muelle y en la plataforma baja. Estos documentos, que el Consorcio recibió en la entrega del terreno y que figuran expresamente en el Acta de Entrega de Expediente Técnico, proporcionaban información suficiente para el diseño estructural

preliminar y la programación de actividades. La supuesta 'omisión' invocada es, en realidad, una demanda de mayor precisión milimétrica que excede el nivel de detalle contractualmente exigible en un expediente técnico de esta naturaleza, conforme a los estándares de la Directiva N° 001-2019-EF/63.01.

115. Entre otros elementos que fueron evaluados en el INFORME N° 007-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/fdc, se puede tomar conocimiento de que el retraso sí es atribuible al contratista y de que las consultas realizadas, incluidos los tiempos que el contratista no actuó diligentemente al dejar pasar 14 días entre consultas, son atribuibles al contratista, por cuanto solicitamos al presente arbitro único proceda condenar la responsabilidad del contratista en estos actos. Existe, además, una contradicción lógica insalvable en la argumentación sobre la ruta crítica.
116. El Consorcio presenta un análisis unilateral elaborado en MS Project que pretende demostrar la afectación de la ruta crítica a partir del 17 de agosto de 2023, pero simultáneamente reconoce que la partida 5.1 (pescante de 2 toneladas) contaba inicialmente con una holgura de 14 días. Si verdaderamente la consulta era indispensable para ejecutar dicha partida, ¿por qué el Consorcio programó su inicio para el 3 de agosto de 2023 cuando la consulta fue formulada el 15 de junio de 2023 y el plazo de absolución vencía el 5 de julio de 2023? Esta programación revela que el contratista asumió deliberadamente el riesgo de iniciar una partida sin contar con la absolución, decisión que no puede trasladarse como responsabilidad a FONDEPES. Por tanto, el retraso es plenamente imputable al Consorcio por deficiente gestión de riesgos contractuales.
117. El argumento del Consorcio sobre la demora en absolver consultas como causa única y suficiente del retraso constituye una falacia de falsa causa (non causa pro causa). Las Valorizaciones N° 03 y N° 04, correspondientes a los periodos agosto-septiembre 2023, demuestran que el contratista ejecutó simultáneamente otras partidas del cronograma que no estaban vinculadas ni dependían de la ubicación de los pescantes. El avance físico registrado en dichas valorizaciones evidencia que existían frentes de trabajo alternativos disponibles que el Consorcio pudo y debió priorizar mientras gestionaba la obtención de información complementaria. La parálisis total alegada es, por tanto, inexistente y artificiosa. Un contratista diligente reorganiza recursos hacia partidas ejecutables, solicita formalmente la suspensión del plazo conforme al artículo 179 del RLCE, o en su defecto, asume las consecuencias de su decisión de mantener la ejecución sin contar con todos los elementos. El Consorcio no adoptó ninguna de estas medidas,

revelando negligencia en la gestión contractual, circunstancia plenamente imputable al contratista.

Postura del Tribunal Arbitral Unipersonal

118. Este Tribunal Arbitral Unipersonal advierte que la primera pretensión subordinada fue planteada para el supuesto de que no se amparara la primera pretensión principal. Sin embargo, al resolver esta última se ha ingresado al fondo de la exigibilidad de la penalidad, determinándose los días justificados, los días injustificados y el monto que corresponde mantener.
119. En consecuencia, el objeto material de la pretensión subordinada ha quedado íntegramente atendido dentro del pronunciamiento sobre la pretensión principal.
120. Por estas razones, la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, por haberse satisfecho su objeto al resolver la pretensión principal.

IX.2. Segunda Pretensión Principal

Que, el ÁRBITRO ÚNICO deje sin efecto o declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de los apartados contenidos en la Carta N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 27 de febrero de 2024 referidos a la aplicación de "otras penalidades" al Consorcio; en razón de que, no se ha cumplido con el procedimiento establecido en el Contrato para su aplicación.

Posición del Demandante:

121. Como punto de partida, tenemos que, mediante la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, de fecha 27 de febrero de 2024, la Entidad comunicó la aplicación de los supuestos N° 14, 18 Y 23 de las denominadas "otras penalidades", previstas en el numeral 3.13.2 del capítulo III –Requerimiento de las Bases Integradas.
122. No obstante, dicha comunicación constituye una imposición unilateral y directa, toda vez que la Entidad omitió el procedimiento estipulado para su aplicación, el cual es previo y obligatorio para la imposición de las "otras penalidades".
123. Precisamente, el punto 3.13.2 del capítulo III – Requerimiento de las bases integradas reguló expresamente el procedimiento previo y obligatorio que debía seguir la Entidad para la aplicación de las denominadas "otras penalidades", conforme se detalla a continuación:

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
14	PRESENTACIÓN DE INFORME FINAL DE OBRA. Cuando el Contratista no cumpla o demore en entregar el Informe Final de Obra en el plazo señalado, o demora en el levantamiento de observaciones señaladas al mismo de ser el caso por parte de la Entidad.	0.50 UIT por cada día de demora en la presentación del Informe Final o en el plazo para el levantamiento de observaciones.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
18	CONTRATACIÓN, VIGENCIA Y ACREDITACIÓN DE PAGO DE PÓLIZA CONTRA TODO RIESGO Y MONTAJE Cuando el Contratista no acredite la contratación de la Póliza Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje con el respectivo comprobante de pago, conforme a los requisitos requerido por la Entidad.	2.00 UIT por no Contratar o no acreditar el pago de la Póliza CAR.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
23	PLANOS POST CONSTRUCCIÓN Y MEMORIA DESCRIPTIVA VALORIZADA. En caso de que el Contratista no presente junto a la Liquidación, los Planos Post Construcción y Memoria Descriptiva Valorizada debidamente suscrita por el Residente y Supervisor en forma física y digital.	1.00 UIT por la no entrega de cada documento requerido.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.

124. Asimismo, el Contrato N° 012-2023-FONDEPES, suscrito el 23 de mayo de 2023 entre la Entidad y el Consorcio Acapulco, establece en su Cláusula Décimo Quinta el procedimiento aplicable para la imposición de dichas penalidades, como se observa a continuación:

Contrato N° 012-2023-FONDEPES

Los supuestos de penalidad citados se aplicarán según la forma de cálculo y **procedimiento señalado**; no obstante, cabe señalar que las mismas de corresponder podrán ser identificadas aplicadas y/o recalculadas en la liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, con previo informe de la supervisión y notificación al contratista. El monto de dichas penalidades será deducido de los pagos a cuenta de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final según corresponda; o si fuera necesario, del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

125. Es así que, esta omisión del iter procedimental no es un defecto meramente formal, sino un vicio de nulidad sustancial. La Entidad ha prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido -por esta misma-, vulnerando el Principio de Debido Procedimiento y el Derecho de Defensa del Contratista, ya que no pudo presentar descargos. Al no haberse cumplido con los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de sanciones, los apartados de la referida Carta devienen en inválidos y no corresponde imponer al Contratista tales penalidades.
126. En efecto, el artículo 163.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

“Artículo 163. Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162º, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

163.2 Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.”
(Énfasis es nuestro)

127. Adicionalmente, el Artículo 10, numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que: “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: **2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez**, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14”.
128. Por lo que, al no existir una determinación válida de la falta mediante el procedimiento previo, el cual consiste en la presentación del Informe Técnico emitido por el Supervisor de Obra, y que otorga la oportunidad de presentar descargos, y la falta de notificación del incumplimiento por parte de la Entidad, la penalidad no ha adquirido la calidad de exigible, convirtiendo la pretensión de cobro en un acto arbitrario que vulnera derechos del Contratista y por ende debe ser declarada inválida.
129. En consecuencia, se evidencia que tanto las Bases integradas como el Contrato establecieron un procedimiento específico para la aplicación de las “otras penalidades”, el cual forma parte de las obligaciones contractuales asumidas por la Entidad y cuya observancia resulta indispensable para la validez del acto administrativo.
130. En el presente caso, la Entidad impuso las “otras penalidades” mediante la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA sin que exista un informe técnico previo del Supervisor que haya sido debidamente notificado al Contratista, que sustente la verificación del supuesto incumplimiento.
131. La ausencia de dicho Informe técnico priva a la penalidad de sustento esencial, toda vez que carece de la validación del órgano encargado del control directo de la ejecución de la obra, viciando de nulidad el acto de aplicación.
132. Por lo tanto, al haber prescindido la Entidad del procedimiento regular establecido en las Bases Integradas y el Contrato, corresponde al Tribunal Arbitral declarar FUNDADA la segunda pretensión principal, y; como consecuencia de ello, declarar nula de pleno derecho la aplicación

de "otras penalidades" al haberse emitido el acto administrativo vulnerando un requisito esencial de validez.

Postura del Demandado

133. Laminarmente, debe advertirse la falta de determinación y ambigüedad técnica de la pretensión del Consorcio respecto a las 'otras penalidades'. El demandante se limita a invocar genéricamente que 'no se cumplió con el procedimiento establecido', sin especificar qué actos concretos del procedimiento fueron omitidos, en qué momento procesal debieron realizarse, ni por qué cada uno de los tres supuestos aplicados (N° 14, 18 y 23) requería idéntico tratamiento procedimental pese a su diferente naturaleza jurídica. Esta indeterminación del objeto de la controversia viola el principio de congruencia procesal y traslada indebidamente al Tribunal y a FONDEPES la carga de adivinar los fundamentos específicos de la impugnación. Como se demostrará, cada supuesto de penalidad tiene naturaleza y mecanismo de verificación distintos.

134. En cuanto a la aplicación de "Otras Penalidades", en el INFORME N° 002-2024- FONDEPES/DIGENIPAA/UFJ/jafv de liquidación, se precisa lo siguiente:

"(...)

4.25 Según el artículo 163. Otras Penalidades, del RLCE, se establece lo siguiente:

Artículo 163.- Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

4.26 En virtud a ello y, de la revisión de las Bases Integradas correspondiente al proceso de selección que originó el Contrato N° 012-2023-FONDEPES y en el mismo contrato, se evidenció que se establecieron 23 supuestos de aplicación de penalidad distintas a la penalidad por mora - "OTRAS PENALIDADES", las cuales se detallan a continuación:

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
1	PERSONAL ACREDITADO AL INICIO DE LA PRESTACIÓN Cuando el personal acreditado permanezca menos de sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o del íntegro del plazo de ejecución si existen memorandos sesenta (60) días, de conformidad con las disposiciones establecidas en el numeral 193.2 del artículo 120 del Reglamento.	2.60 UIT por cada día de ausencia de personal en obra en el plazo previsto.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
2	AUSENCIA DEL PERSONAL ACREDITADO O SUSTITUIDO En caso el Contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	0.50 UIT por cada día de ausencia del personal en obra.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
3	ACTO DE ENTREGA DEL TERRENO Cuando el Contratista de Obra no asiste al Acto de Entrega de Terreno programado y formalizado por la Entidad.	1.00 UIT cuando el contratista no asiste a la Entrega de Terreno.	Según informe del Coordinador de Obra de la Entidad.
4	REGISTRO INADECUADO DEL CUADERNO DE OBRA DIGITAL Si el residente de obra, no realiza adecuadamente los registros en el cuaderno de obra digital, según la clasificación señalada en el numeral 7.4.5 de la DIRECTIVA N° 009-2020-OSCE/CO.	0.25 UIT por cada registro inadecuado en el Cuaderno de Obra Digital.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
5	SEGURIDAD DENTRO DE LA CONSTRUCCIÓN Cuando el Contratista incumpla o conculque de forma total o parcial las normas de seguridad durante la construcción y/o no implemente las medidas de prevención de control o Protocolos Sanitarios vigentes para el Covid-19.	0.25 UIT por cada incumplimiento en Seguridad e Higiene en Obra.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
6	OBSERVACIONES A LOS REQUISITOS DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Cuando el Contratista no cumple o efectúa fuera del plazo, en levantar las observaciones del Supervisor a los requisitos a), c), y d) previstos en el numeral 175.1 del RLCE, conforme al plazo establecido en el numeral 179.4 del RLCE.	1.00 UIT por evento.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
7	DOCUMENTACIÓN PARA REGISTRO DE ACCESO AL CUADERNO DE OBRA DIGITAL Cuando el Contratista no presente ante la Entidad la documentación solicitada del Residente en el plazo previsto para su registro de usuario y acceso al cuaderno de obra digital.	0.50 UIT por cada día de incumplimiento.	Según informe del Coordinador de Obra de la Entidad.

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
8	REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA. Cuando el Contratista no cumple en presentar o efectuar fuera del plazo o revisión del Expediente Técnico de Obra ante el Supervisor conforme a lo establecido en el numeral 177 del RLCE.	1.00 UIT por evento.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
9	ACTUALIZACIÓN DE LOS CALENDARIOS Y CRONOGRAMAS APROBADOS A LA FECHA DE INICIO DE OBRA (FECHADOS). Cuando el Contratista no presenta dentro del tercer día natural siguiente a la fecha de comunicación de aprobación de la Entidad a los documentos previstos en el numeral 178.4 del RLCE, la actualización de los mismos a la fecha de inicio de obra.	0.50 UIT por cada día de demora en el plazo de entrega completa de la documentación actualizada.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
10	PRESENTACIÓN DE INFORMES DE VALORIZACIONES MENSUAL DE OBRA. Cuando el Contratista en el último día de cada periodo de ejecución de obra, no presenta ante el Supervisor la valoración mensual de obra del contrato principal y/o de prestación adicional y/o demora en levantar las observaciones que se señale a los informes.	1.00 UIT por cada día de demora en la presentación o subsanación de observaciones de Valorización por cada documento.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
11	DEMORA EN EL CUMPLIMIENTO DE OTRAS OBLIGACIONES A LAS SEÑALADAS. Cuando el Contratista excede el plazo indicado de otros cumplimiento distintos a los conceptos ya señalados en las Otras Penalidades, que estén previstos en el RLCE y/o Bases Integradas.	0.50 UIT por cada día de demora de presentación o subsanación de observaciones por cada documento.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
12	PRESENTACIÓN DE EXPEDIENTE TÉCNICO DE PRESTACIÓN ADICIONAL. Cuando el Contratista de existe la necesidad de elaboración de Expediente Técnico de Prestación Adicional de Obra, escape injustificadamente un mayor plazo no autorizado previamente por la Entidad conforme a lo regulado en el numeral 205.4 del RLCE.	0.50 UIT por cada día de demora injustificada en la presentación del Expediente Técnico de Prestación Adicional ante el Supervisor.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
13	ACTUALIZACIÓN DEL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA Y CALENDARIO ACELERADO Cuando el Contratista ante la solicitud del Supervisor, no cumple o demora en la presentación de la actualización del programa de ejecución de obra según lo previsto en el artículo 202 del RLCE, o en la entrega o demora en la presentación del calendario acelerado según lo previsto en el artículo 203 del RLCE.	0.50 UIT por cada día de demora en los plazos normativos de presentación de la actualización del programa de ejecución de obra y/o calendario acelerado requerido por el Supervisor según corresponda.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
14	PRESENTACIÓN DE INFORME FINAL DE OBRA. Cuando el Contratista no cumpla o demore en entregar el Informe Final de Obra en el plazo señalado, o demore en el levantamiento de observaciones señaladas al mismo de ser el caso por parte de la Entidad.	1.50 UIT por cada día de demora en la presentación del Informe Final o en el plazo para el levantamiento de observaciones.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
15	CALIDAD DE LOS MATERIALES Cuando el Contratista utilice materiales no autorizados por el Supervisor para la ejecución de la obra y/o que no cumplan manifestamente con lo especificado en el Expediente Técnico para cada caso en particular.	0.50 UIT por cada material no autorizado y/o que no cumple con lo especificado.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
16	PRUEBAS, PROTOCOLOS Y ENSAYOS DE CALIDAD Cuando el Contratista no realiza las pruebas y/o ensayos o realiza los mismos en forma ad hoc, al procedimiento técnico según la actividad constructiva prevista en el Expediente Técnico de Obra y/o reglados por la Supervisión.	0.50 UIT por cada evento de incumplimiento en la realización de los protocolos de pruebas o ensayos.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
17	CARTEL DE OBRA Cuando el Contratista no coloque o no mantenga adecuadamente y en forma visible el cartel de obra desde la fecha de inicio de ejecución hasta la recepción de obra, conforme al modelo proporcionado por la Entidad.	0.25 UIT por cada día de no colocarlo, o por cada día en no reposar el cartel de obra.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
18	CONTRATACIÓN, VIGENCIA Y ACREDITACIÓN DE PAGO DE POLIZA CONTRA TODO RIESGO Y MONTAJE Cuando el Contratista no acredite la contratación de la Póliza Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje con el respectivo comprobante de pago, conforme a los requisitos requeridos por la Entidad.	2.00 UIT por no contratar o no acreditar el pago de la Póliza CAR.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
19	CERTIFICADO DE HABILIDAD PROFESIONAL VIGENTE DE PERSONAL CLAVE Cuando el Contratista no acredite la vigencia de habilidad profesional del personal y/o especialistas en la presentación del informe mensual de valorización, o la Entidad detecte que no están habilitados durante el periodo de ejecución de la obra.	1.50 UIT cuando el Contratista no acredite o se verifique que el personal clave o especialista no se encontraba habilitado en el periodo de ejecución.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
20	PLANOS DE REPLANTEO Y COPIA DEL CUADERNO DE OBRA DIGITAL EN EL ACTO DE RECEPCIÓN DE OBRA En caso de que el Residente de obra para el inicio del acto de recepción de obra no haga entrega al comité de recepción del conglomerado conformado de las copias de los planos de cuaderno de obra digital y/o de los planos de replanteo debidamente suscritos (Residente y Supervisor).	0.50 UIT por cada incumplimiento de la solicitud.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
21	COMUNICACIÓN DE ACCIDENTES O NOTIFICACIONES Cuando el Contratista no cumple en comunicar a las autoridades competentes de la ocurrencia de un accidente, o no envía a la Entidad un informe escrito de tal evento por medio del Supervisor, o no cumple con remitir inmediatamente copias de cualquier documento comprendiendo, citación, notificación y otro documento oficial recibido por el Contratista en relación con cualquier causa y con cualquier acto, que fuera consecuencia de la ejecución de la obra contratada para conocimiento.	0.50 UIT por cada evento	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
22	SEGURO SCTR Y SEGURO VIDA LEY Y PLANILLAS DE PAGO. Cuando el Contratista no cumple en acreditar la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) y/o Seguro Vida Ley y/o su acreditación de pago y/o su vigencia actualizada de los trabajadores que laboran en obra y que sean concordante con la nómina de la planilla de pago presentada.	1.00 UIT por omisión en cada período de valorización.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
23	PLANOS POST CONSTRUCCIÓN Y MEMORIA DESCRIPTIVA VALORIZADA En caso de que el Contratista no presente junto a la Liquidación, los Planos Post Construcción y Memoria Descriptiva Valorizada debidamente suscrita por el Residente y Supervisor en forma física y digital.	1.00 UIT por la no entrega de cada documento requerido.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.

4.27 Es así que, en atención de los supuestos de aplicación de penalidad establecidos en el Contrato N° 012-2023-FONDEPES, se procedió a la revisión de la documentación que obran en archivos de la DIGENIPAA y la información digitalizada que se encuentra en el Sistema de Gestión Documental – SGD de la Entidad, evidenciándose que el CONSORCIO ACAPULCO incurrió en el siguiente supuesto de aplicación de penalidades:

- **14. PRESENTACION DEL INFORME FINAL:** De acuerdo a lo estipulado en el ítem 3.14.2 del Capítulo III REQUERIMIENTO de las Bases Integradas que dieron origen al Contrato N° 012-2023-FONDEPES, el CONSORCIO ACAPULCO contaba con veinte (20) días calendarios para presentar el Informe Final de Obra, plazo que se contabiliza desde el día siguiente de la Recepción de Obra, tal y como se puede apreciar a continuación:

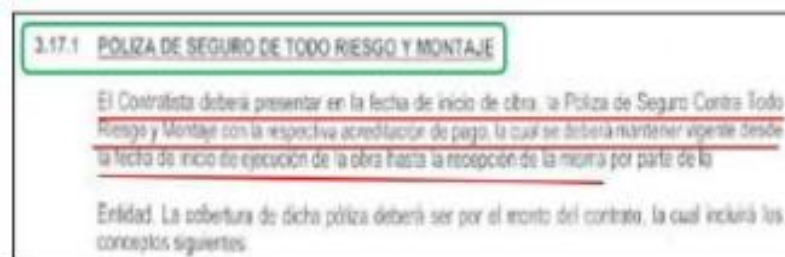
3.14.2 INFORME FINAL DE OBRA Dentro del plazo no mayor a los veinte (20) días calendarios siguientes a la recepción de la obra, el Contratista presentará un Informe Final de Obra detallado que contenga el resumen y compendio general acumulado, respecto de cada uno de los aspectos e indicadores que fueron consignados en los distintos informes de Valorización de Obra, desarrollados en los periodos mensuales durante

Ahora bien, al haberse recepcionado la obra el 21.11.2023, el plazo máximo que tenía el CONSORCIO ACAPULCO para presentar el Informe Final de Obra era el 11.12.2023, sin embargo, al haber presentado dicho informe final el 14.12.2023 mediante Carta N° 034-2023-CA, el CONSORCIO ACAPULCO es pasible de la aplicación del supuesto 14 de Otras Penalidades, cuantificándose tres (03) días (del 12.12.2023 al 14.12.2023) de demora en la presentación del Informe Final de Obra.



The image shows a formal letter from the Consorcio Acapulco to FONDEPES. The letter is dated San José, 08 de diciembre del 2023. It is addressed to the SEÑOR FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO. The subject is 'PRESENTO INFORME FINAL DE OBRA'. The reference is 'OBRA 'TECHADO CON COBERTURA LMANA Y ESTRUCTURA METALICA DEL CABEZO DE MUELLE EN EL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL SAN JOSE, DISTRITO DE SAN JOSE, PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, REGION LAMBAYEQUE'. There is a stamp from FONDEPES RECEPCION dated 14 DEC 2023.

18. CONTRATACION, VIGENCIA Y ACREDITACION DE PAGO DE LA POLIZA CONTRA TODO RIESGO Y MONTAJE: De acuerdo a lo estipulado en el ítem 3.17.1 del Capítulo III REQUERIMIENTO de las Bases Integradas que dieron origen al Contrato N° 012-2023-FONDEPES, la Póliza de Seguro Contra Todo Riesgo y Montaje con la respectiva acreditación de pago debe mantenerse vigente desde la fecha de inicio de ejecución de obra hasta la recepción de la misma, es decir desde el 08.06.2023 (fecha de inicio de obra) hasta 21.11.2023 (fecha de recepción de obra)



The image shows an excerpt from the Bases Integradas, specifically item 3.17.1 titled 'POLIZA DE SEGURO DE TODO RIESGO Y MONTAJE'. It states that the contractor must present the insurance policy at the start of the work, which must remain valid until the reception of the work. The coverage must be for the amount of the contract, including the following concepts.

En ese sentido, de la revisión de la documentación que obra en el archivo de la DIGENIPAA y Sistema de Gestión Documental – SGD, se pudo evidenciar que el contratista sólo acredita la vigencia de la

Póliza CAR, desde el 06.06.2023 al 05.10.2023, por lo que, el CONSORCIO ACAPULCO es pasible de la aplicación del supuesto 18 de Otras Penalidades, a continuación, se muestra cuadro de la vigencia de la Póliza CAR.

ITEM	DESCRIPCION	PERIODO		PÓLIZA CAR		PENALIDAD A APLICAR
				NÚMERO	SE ACREDITA PAGO	
1.0	VALORIZACION N° 01	9-Jun-23	30-Jun-23	A700023001971	SI	NO CORRESPONDE
2.0	VALORIZACION N° 02	1-Jul-23	31-Jul-23	A700023001971	SI	NO CORRESPONDE
3.0	VALORIZACION N° 03	1-Ago-23	31-Ago-23	A700023001971	SI	NO CORRESPONDE
4.0	VALORIZACION N° 04	1-Sep-23	30-Sep-23	A700023001971	SI	NO CORRESPONDE
5.0	VALORIZACION N° 05	1-Oct-23	31-Oct-23	A700023001971	SI	NO CORRESPONDE
6.0	ETAPA DE RECEPCIÓN DE OBRA	3-Oct-23	21-Nov-23	A700023001971	SÓLO HASTA EL 05.10.2023	2UIT = 2 x 4,960.00 = 9,920.00

23. PLANOS POST CONSTRUCCIÓN Y MEMORIA DESCRIPTIVA VALORIZADA: El CONSORCIO ACAPULCO en su Liquidación del Contrato N° 012-2023-FONDEPES presentada a la Entidad no presentó los Planos Post Construcción y Memoria Descriptiva Valorizada, por lo que, es pasible de la aplicación del supuesto 23 de Otras Penalidades.

- 4.28 De lo expuesto y, teniendo en cuenta el monto del contrato, el suscrito procedió a realizar el cálculo de Otras Penalidades, aplicable al CONSORCIO ACAPULCO, el cual se detalla en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 07: CALCULO DE OTRAS PENALIDADES

MONTO DEL CONTRATO VIGENTE		2,647,447.34 Ina. IGV					
N°	SUPUESTO DE APLICACION DE PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	AÑO				
			UIT		Factor	dias y/o evento	Monto (\$/I)
			AÑO	VALOR			
14	PRESENTACIÓN DEL INFORME FINAL Cuando el Contratista no cumple o demora en entregar el Informe Final de Obra en el plazo señalado, o demora en el levantamiento de observaciones señaladas al mismo de ser el caso por parte de la Entidad.	0.50 UIT por cada día de demora en la presentación del Informe Final o en el plazo para el levantamiento de observaciones	2023	4,960.00	0.50	8	7,426.66
	Fecha máxima para presentar el informe Final					11/12/2023	
	Fecha real de presentación del informe Final					14/12/2023	
18	CONTRATACION, VIGENCIA Y ACREDITACIÓN DE PAGO DE POLIZA CONTRA TODO RIESGO Y MONTAJE Cuando el Contratista no acredite la contratación de la Póliza Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje con el respectivo comprobante de pago, conforme a los requisitos requeridos por la Entidad	2.00 UIT por no Contratar o no acreditar el pago de la Póliza CAR	2023	4,960.00	2.00	1	9,920.00
23	PLANOS POST CONSTRUCCION Y MEMORIA DESCRIPTIVA VALORIZADA. En caso de que el Contratista no presente junto a la Liquidación, los Planos Post Construcción y Memoria Descriptiva Valorizada debidamente suscrita por el Residente y Supervisor en forma física y digital.	1.00 UIT por la no entrega de cada documento requerido.	2024	5,160.00	1.00	2	10,320.00
	Planos Post Construcción					1	
	Memoria Descriptiva Valorizada					1	
TOTAL INCLUIDO IGV							27,625.00
Tope Multa (10% del Contrato Vigente) =							254,744.73
Total de Otra Penalidades							27,625.00
* I/UT 2023= 4,960.00 aprobado mediante D.S N° 309-2022-EF							
* I/UT 2024= 5,160.00 aprobado mediante D.S N° 309-2023-EF							

4.29 Como se puede apreciar en el cuadro anterior, del cálculo realizado de Otras Penalidades se obtuvo el monto de S/. 27,625.00, el cual NO supera el monto máximo del 0% del monto de contrato vigente (S/. 254,744.73); por lo que, en concordancia con lo estipulado en el Artículo 161. Penalidades del RLCE, el monto a cobrar al CONSORCIO ACAPULCO sería el total de dicho monto calculado, es decir la suma de S/. 27,625.00 (Veintisiete Mil Seiscientos Veinticinco con 00/100 Soles) incluido IGV. (...)"

135. Como puede observarse, la entidad ha identificado cada una de los supuestos para aplicar penalidad de manera que puede contrastarse y evidenciarse de manera clara y oportuna, no siendo así la demanda del contratista, que se irroga procedimientos que no han sido establecidos en las bases ni en el reglamento de contrataciones, en caso el contratista no estuviese de acuerdo con las "otras penalidades aplicadas", puede presentar los documentos que sustentan su posición más que una enumeración de elementos no pactados ni reglamentos en el contrato, como por ejemplo, pago de la póliza de todo riesgo dentro de la fecha que le corresponde, como en el resto de casos.

Postura del Tribunal Arbitral Unipersonal

136. Al analizar la segunda pretensión principal, este Tribunal Arbitral Unipersonal reitera que la Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA fue emitida en el marco de la liquidación contractual y no constituye, en sentido estricto, un acto administrativo sujeto al régimen general de nulidad de la LPAG. El examen debe determinar si las "otras penalidades" incorporadas en dicha Carta fueron válidamente configuradas y resultan exigibles conforme a las Bases, el Contrato y el artículo 163 del RLCE.
137. El artículo 163.1 del RLCE permite que los documentos del procedimiento establezcan penalidades distintas a la mora, siempre que sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para garantizar dichas exigencias, la norma obliga a identificar el supuesto de aplicación, la forma de cálculo y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.
138. El procedimiento de verificación no constituye un elemento accesorio. Su función es determinar quién constata el incumplimiento, mediante qué actuación, en qué oportunidad y sobre qué base documental. De ese modo se evita que una afectación patrimonial sea impuesta a partir de afirmaciones genéricas o reconstrucciones posteriores que no permitan comprobar con certeza el hecho, su duración y la responsabilidad del contratista.
139. En el presente caso, las Bases Integradas y la Cláusula Décimo Quinta del Contrato establecieron que la verificación de los supuestos

penalizables se efectuaría “según informe del Inspector o Supervisor”, según correspondiera. Tal previsión integra las reglas contractuales y vincula tanto al Consorcio como a FONDEPES.

140. Las penalidades comunicadas corresponden a los supuestos N.º 14, 18 y 23: demora en la presentación del informe final; incumplimientos relacionados con la póliza CAR; y falta o demora en la presentación de los planos post construcción y la memoria descriptiva valorizada. Cada supuesto requería una constatación diferenciada de la obligación exigible, la fecha de cumplimiento, las observaciones, la eventual subsanación y el número de días o incidencias penalizables.
141. En ese contexto, FONDEPES sostiene que el Informe N.º002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv contiene el sustento y que la información fue obtenida del Sistema de Gestión Documental. Dicho informe identifica documentos y fechas y permite conocer el razonamiento posterior de la Entidad; sin embargo, fue elaborado durante la liquidación por un profesional de la Unidad Funcional de Infraestructura y no por el Inspector o Supervisor previsto en las Bases.
142. No obra en el expediente un informe contemporáneo del Inspector o Supervisor que verifique específicamente la ocurrencia de los supuestos N.º 14, 18 y 23, determine su duración y recomiende la aplicación de cada penalidad. Tampoco se ha acreditado una actuación equivalente expresamente autorizada por el Contrato.
143. La exigencia del informe no puede ser reemplazada por cualquier documento que, posteriormente, reconstruya fechas de ingreso. Admitir tal sustitución vaciaría de contenido el procedimiento incorporado en las Bases y permitiría que la Entidad modificara unilateralmente la forma de verificación después de ejecutadas las prestaciones, en perjuicio de la seguridad jurídica y de la fuerza vinculante de los documentos contractuales.
144. La necesidad de cumplir el procedimiento adquiere especial relevancia respecto de la póliza CAR. Para imponer una penalidad relacionada con su vigencia o acreditación de pago debía precisarse qué obligación fue incumplida, desde qué fecha, durante cuántos días y si la cobertura permaneció materialmente vigente. Del mismo modo, respecto del informe final y de los planos post construcción era necesario distinguir entre falta de presentación, presentación incompleta, observación y subsanación.
145. La consulta del Sistema de Gestión Documental puede servir para localizar cartas y establecer fechas de ingreso, pero no sustituye la evaluación técnica atribuida al Inspector o Supervisor. Tampoco permite conocer, por sí sola, si la documentación presentada era suficiente, si fue observada, si se subsanó oportunamente ni si el incumplimiento era atribuible al Consorcio durante todo el periodo calculado.

146. Las penalidades contractuales producen una afectación patrimonial directa y pueden ser deducidas de valorizaciones, del pago final, de la liquidación o cobradas con cargo a la garantía de fiel cumplimiento. Por ello, sus presupuestos y el procedimiento de verificación deben interpretarse de manera estricta, sin ampliación analógica y sin admitir que la omisión sea completada durante el arbitraje.
147. Este Tribunal Arbitral Unipersonal no puede reconstruir por primera vez cada penalidad ni determinar qué monto habría resultado procedente si se hubiera seguido un procedimiento distinto. La competencia arbitral permite revisar la exigibilidad de la decisión adoptada por FONDEPES, pero no sustituir el procedimiento contractual omitido ni crear ex post una nueva determinación sobre una base diferente.
148. Debe precisarse que esta conclusión no equivale a declarar que las obligaciones fueron cumplidas oportunamente o que las incidencias nunca ocurrieron. La existencia material de un posible incumplimiento y la exigibilidad de una penalidad no son cuestiones idénticas: la segunda requiere que concurren todos los elementos previstos en el artículo 163.1 del RLCE y en las Bases.
149. Al no haberse verificado los supuestos conforme al procedimiento pactado, las "otras penalidades" no adquirieron exigibilidad y no pueden ser deducidas del saldo de liquidación. La consecuencia alcanza la totalidad de S/ 27,625.00, sin perjuicio de que el presente pronunciamiento no constituya una declaración de cumplimiento material de cada una de las obligaciones involucradas.
150. Por estas consideraciones, la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: fundada en cuanto solicita dejar sin efecto e inaplicar íntegramente los extremos de la Carta N.º 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA que aplicaron "otras penalidades" por S/ 27,625.00 sin observar el procedimiento de verificación pactado; e infundada en cuanto pretende que la Carta sea declarada nula como acto administrativo o inválida en su integridad.

I.X.2.1. Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:

Que, el ÁRBITRO ÚNICO declare la inaplicación de las "otras penalidades" puestas en conocimiento del Consorcio a través de los apartados pertinentes de Carta N°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA de fecha 27 de febrero de 2024 en la medida de que la Entidad no ha seguido con el procedimiento establecido en el Contrato para la aplicación de estas mismas.

Posición del Demandante

151. Para dar inicio al presente apartado, es importante recordar que a través de la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, de fecha 27 de febrero de 2024, la entidad comunicó al Contratista la imposición de los supuestos N° 14, 18 y 23 de las denominadas “otras penalidades”, previstas en el punto 3.13.2 del capítulo III – Requerimiento de las Bases Integradas.
152. Al respecto, sostenemos que dichas penalidades no resultan aplicables al Contratista, en tanto la Entidad inobservó el procedimiento respectivo para su aplicación, lo que impidió la determinación objetiva y válida de un supuesto incumplimiento.
153. Precisamente, el punto 3.13.2 del capítulo III – Requerimiento de las bases integradas reguló expresamente un procedimiento previo y obligatorio que debía ser observado por la Entidad para la aplicación de las denominadas “otras penalidades”, conforme se detalla a continuación:

OTRAS PENALIDADES			
N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
14	PRESENTACIÓN DE INFORME FINAL DE OBRA. Cuando el Contratista no cumpla o demore en entregar el informe Final de Obra en el plazo señalado, o demora en el levantamiento de observaciones señaladas al mismo de ser el caso por parte de la Entidad.	0.50 UIT por cada día de demora en la presentación del informe Final o en el plazo para el levantamiento de observaciones.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
18	CONTRATACIÓN, VIGENCIA Y ACREDITACIÓN DE PAGO DE PÓLIZA CONTRA TODO RIESGO Y MONTAJE Cuando el Contratista no acredite la contratación de la Póliza Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje con el respectivo comprobante de pago, conforme a los requisitos requerido por la Entidad.	2.00 UIT por no Contratar o no acreditar el pago de la Póliza CAR.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.
23	PLANOS POST CONSTRUCCIÓN Y MEMORIA DESCRIPTIVA VALORIZADA En caso de que el Contratista no presente junto a la Liquidación, los Planos Post Construcción y Memoria Descriptiva Valorizada debidamente suscrita por el Residente y Supervisor en forma física y digital.	1.00 UIT por la no entrega de cada documento requerido.	Según informe del Inspector o Supervisor según corresponda.

154. De igual modo, el Contrato N° 012-2023-FONDEPES, suscrito el 23 de mayo de 2023 entre la Entidad y el Consorcio Acapulco, establece en su Cláusula Décimo Quinta el procedimiento aplicable para la imposición de dichas penalidades, el cual debía ser observado de manera estricta por la Entidad:

Extracto del Contrato N° 012-2023-FONDEPES

Los supuestos de penalidad citados se aplicarán según la forma de cálculo y **procedimiento señalado**; no obstante, cabe señalar que las mismas de corresponder podrán ser identificadas aplicadas y/o recalculadas en la liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, con previo informe de la supervisión y notificación al contratista. El monto de dichas penalidades será deducido de los pagos a cuenta de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final según corresponda; o si fuera necesario, del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

155. En el presente caso, las denominadas "otras penalidades" resultan inaplicables al Contratista, debido a que no han adquirido la condición de exigibles. En efecto, para que la penalidad sea exigible, debe existir una determinación objetiva, válida y debidamente sustentada del supuesto incumplimiento, lo cual no ha ocurrido en este caso.
156. Ello se debe a que no obra en autos ningún **Informe Técnico** emitido por el Supervisor de Obra —**documento que constituye el presupuesto procedimental esencial para la verificación del incumplimiento**— ni tampoco se acredita su notificación al Contratista, lo que impidió ejercer el derecho de contradicción y defensa. En consecuencia, la Entidad ha vulnerado los principios de buena fe contractual, debido procedimiento y predictibilidad.
157. En efecto, el artículo 163.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

"Artículo 163. Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162°, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y **el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.**

163.2 Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora."
(Énfasis es nuestro)

158. En concordancia con ello, la Opinión del OSCE No 003-2022/DTN, ha precisado que: *"para aplicar las 'otras penalidades', la Entidad necesariamente tendrá que observar tanto el procedimiento de verificación específico contemplado en los documentos del procedimiento de selección, como la forma de cálculo también contemplada en estos"*.
159. En tal sentido, la aplicación de las denominadas "Otras Penalidades" no es discrecional ni automática, sino que exige que el Supervisor o Inspector de Obra, en su calidad de responsable de la supervisión directa y permanentemente de la correcta ejecución de la obra (Art. 187 del

RLCE), verifique el incumplimiento, lo cuantifique y lo sustente mediante un Informe Técnico.

160. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare **FUNDADA** la presente pretensión, disponiendo que no corresponde la aplicación de “otras penalidades”, toda vez que la Entidad inobservó el procedimiento para su aplicación —Informe Técnico del Supervisor —, el cual es requisito de exigibilidad y, por ende, no se pudo determinar objetivamente la supuesta falta del Contratista.

Postura del Demandado

161. El contratista soslaya el incumplimiento identificado por la entidad y en vez de sustentar con que documento, oportunidad, forma y fecha presentó lo que se requiere para desvirtuar referente a la aplicación de otras penalidades, en vez de eso, exige procedimiento que no fueron pactado, sin desvirtuar el supuesto de penalidad, lo cual no le genera derecho ni capacidad de requerir que se inaplique únicamente por sospechar que existe un procedimiento no establecido y no revierte el incumplimiento contractual del contratista.
162. El sustento del contratista no desvirtúa el incumplimiento del contrato sobre los supuestos identificados, los cuales fueron identificados en la etapa de liquidación y únicamente es identificar el supuesto para proceder con la aplicación de la penalidad.

Postura del Tribunal Arbitral Unipersonal

163. Este Tribunal Arbitral Unipersonal advierte que la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal perseguía la inaplicación de las “otras penalidades” en caso no se amparara la pretensión principal.
164. Sin embargo, al resolver la segunda pretensión principal se ha determinado expresamente que las penalidades por S/ 27,625.00 carecen de exigibilidad y deben ser íntegramente inaplicadas. El objeto de la pretensión subordinada ha sido, por tanto, satisfecho en el análisis y decisión de la pretensión principal.
165. En consecuencia, la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, por haberse atendido su objeto al resolver la segunda pretensión principal.

IX.3. Tercera Pretensión Principal

Que, el ÁRBITRO ÚNICO ordene que FONDEPES asuma los costos y costas del proceso arbitral.

Posición del Demandante:

166. Sobre los costos arbitrales, el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje establece lo siguiente:

"Artículo 69.- Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título."

167. Asimismo, y de forma complementaria, el artículo 73° del mismo cuerpo normativo establece lo siguiente:

"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 (...)"

168. De los artículos citados, se colige que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de imputar los costos y costas del presente arbitraje a la parte vencida; en ese sentido, en virtud de los fundamentos expuestos en la presente demanda, existe la certeza que este proceso arbitral ha sido generado por causas imputables a la Entidad, al no haberse cumplido con el procedimiento, requisitos y formalidades establecidas en las normas de contratación pública y el Contrato, materia de controversia.

169. Sumado a ello, en lo que respecta los gastos arbitrales, y de conformidad con el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, De Trazegnies Thorne Carolina sostiene lo siguiente:

"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje "propriadamente dichos". Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral".

170. Por tal motivo, el Contratista se vio en la necesidad de acudir al presente

arbitraje para solucionar las controversias generadas -entre otros- por la Incorrecta aplicación de penalidad por mora en razón de que la entidad no acreditó un retraso injustificado por parte del contratista; así como, la ilegal aplicación de "otras penalidades" por parte de FONDEPES, tras no seguir el procedimiento regular y establecido contractualmente para aplicar las otras penalidades.

171. En consecuencia, habiéndose probado que el CONSORCIO ACAPULCO ha sido perjudicado a consecuencia del ilegal e infundado actuar de la Entidad, corresponderá que el **TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE QUE SEA FONDEPES QUIEN ASUMA EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS GASTOS QUE SE INCURRAN EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.**

Postura del Demandado

172. Respecto de tales costos ante la falta de acuerdo se deberá decidir que sean asumidos por la parte vencida con arreglo al artículo 73 de la misma Ley:

"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.

2. Cuando el Tribunal Arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El Tribunal Arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable".

173. Que, en el presente caso no dudamos de la solidez de nuestra posición y, por ello solicitamos al Árbitro Único, sobre la base de los fundamentos anteriormente expuestos, ordene que la totalidad de gastos arbitrales del presente proceso arbitral sean asumidos por el CONSORCIO ACAPULCO.

Postura del Tribunal Arbitral

174. Este Tribunal Arbitral estima pertinente precisar que la tercera pretensión principal consiste en determinar si corresponde ordenar a FONDEPES asumir los costos y pagos generados por el presente procedimiento arbitral, así como los gastos incurridos por el Consorcio para su defensa técnica a cargo de letrado. La decisión exige diferenciar los costos comunes del arbitraje de los gastos propios de defensa de

cada parte.

175. El artículo 70 de la Ley de Arbitraje establece que los costos del arbitraje comprenden los honorarios y gastos del tribunal arbitral; los honorarios y gastos del secretario; los gastos administrativos de la institución arbitral; los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal; los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa; y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
176. A su vez, los artículos 56, 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen que el tribunal debe pronunciarse en el laudo sobre los costos, teniendo en cuenta el acuerdo de las partes. A falta de pacto, corresponde decidir su condena, exoneración o distribución atendiendo al resultado del proceso y a las circunstancias del caso. Cuando no existe condena específica, cada parte cubre sus propios gastos y los comunes se asumen en proporciones iguales.
177. El Tribunal ha revisado la Cláusula Vigésima del Contrato, referida a la solución de controversias, y no advierte un acuerdo que determine anticipadamente cuál de las partes debe asumir los costos de un eventual arbitraje, tal como se aprecia de la siguiente imagen:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

178. En consecuencia, resulta aplicable el criterio supletorio previsto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje. Dicha norma establece que, a falta de acuerdo, los costos son de cargo de la parte vencida, salvo que el tribunal estime razonable distribuirlos o prorratarlos atendiendo a las circunstancias. Por tanto, la regla del vencimiento no opera de manera mecánica, sino que debe ser apreciada conjuntamente con el grado de éxito de las pretensiones, la complejidad de las cuestiones debatidas y la conducta procesal de las partes.
179. En el presente caso, el Consorcio obtuvo un pronunciamiento sustancialmente favorable respecto de las cuestiones que originaron su demanda. Se dejó sin efecto la penalidad por mora en la mayor parte

del periodo discutido y se declaró la inaplicación íntegra de las “otras penalidades”. Tales decisiones reducen de manera significativa el saldo que FONDEPES incorporó en la liquidación y evidencian que el Contratista tuvo razones objetivas para acudir al arbitraje.

180. La demanda no fue estimada en su totalidad. Se mantiene una penalidad por mora correspondiente a tres días de retraso injustificado, no se declara la nulidad administrativa de la Carta y la reconvenición de FONDEPES es amparada parcialmente respecto del saldo no penal y de la penalidad subsistente. Existe, por tanto, un vencimiento parcial y recíproco.
181. No obstante, el Tribunal advierte que la necesidad del arbitraje se vinculó principalmente con actuaciones atribuibles a FONDEPES: la Entidad incorporó en la liquidación la penalidad máxima sin resolver la Carta N.º030-2023-CA y aplicó “otras penalidades” sin acreditar el procedimiento de verificación previsto en las Bases. Estas circunstancias obligaron al Consorcio a promover el proceso para obtener la revisión de cargos que representaban la parte sustancial del saldo reclamado.
182. También se ha verificado que el Consorcio asumió pagos vinculados a la tramitación del arbitraje, incluyendo aquellos realizados en vía de subrogación ante la falta de pago oportuno de la contraparte. Tales desembolsos forman parte de los costos comunes necesarios para que el proceso pudiera continuar y deben ser considerados al momento de efectuar la distribución.
183. Atendiendo al resultado global del arbitraje, a la causa principal de la controversia y al criterio de razonabilidad, el Tribunal considera que FONDEPES debe reembolsar al Consorcio los montos que este hubiera asumido por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje, honorarios del Árbitro Único y honorarios de la Secretaría Arbitral, incluidos los pagos efectuados en vía de subrogación. El reembolso procederá respecto de los importes efectivamente pagados y acreditados en el expediente.
184. Esta distribución de los costos comunes no implica trasladar a FONDEPES todos los gastos incurridos por el Consorcio. Los honorarios de abogados, asesores y demás gastos propios de defensa responden a decisiones particulares de cada parte y, considerando que existió vencimiento parcial y que ambas formularon posiciones atendibles, resulta razonable que cada una asuma los gastos correspondientes a su propia defensa legal.
185. Por consiguiente, la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**. FONDEPES deberá reembolsar al Consorcio los montos que este hubiera asumido por gastos administrativos del Centro de Arbitraje, honorarios del Árbitro Único y honorarios de la Secretaría Arbitral, incluidos los pagos efectuados en

vía de subrogación; mientras que cada parte asumirá los honorarios y gastos correspondientes a su propia defensa legal.

IX.4. Reconvención

"Que el Árbitro Único declare el consentimiento de la Liquidación del Contrato con las observaciones de FONDEPES y, por lo tanto, es válida las aplicaciones de penalidades, de mora y otras penalidades, por tanto, ordene pagar a favor de FONDEPES un saldo económico de S/. 285,917.90 (Doscientos Ochenta y Cinco Mil Novecientos Diecisiete con 90/100 Soles) incluido IGV".

Postura del Demandado

CUESTIÓN PREVIA: ESTRATEGIA PROCESAL PARA REVIVIR ETAPAS PRECLUIDAS

186. Antes de desarrollar los fundamentos de hecho y derecho de la reconvención, resulta indispensable evidenciar la estrategia procesal del Consorcio, que pretende atomizar la controversia para evitar el efecto preclusivo de su omisión de impugnar oportunamente la Liquidación del Contrato. Al cuestionar exclusivamente los 'apartados' de la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA referidos a penalidades, sin someter a arbitraje la discrepancia sobre la liquidación que las sustenta, el demandante intenta 'revivir' artificialmente etapas procedimentales ya precluidas. Esta fragmentación es jurídicamente inadmisibles: las penalidades no existen de manera autónoma, sino como componente del ajuste económico final contenido en la liquidación del contrato. Cuestionar las penalidades sin haber controvertido la liquidación en el plazo del artículo 209.2 del RLCE equivale a pretender modificar las consecuencias de un acto principal que adquirió firmeza por falta de contradicción oportuna. El orden público que rige la preclusión de las etapas contractuales impide esta estrategia dilatoria que busca reabrir indefinidamente cuestiones económicas ya definidas.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

187. Mediante Carta N°01-2024-CA de fecha 09.01.2024 y recepcionada por FONDEPES el 10.01.2024, el CONSORCIO ACAPULCO presentó la Liquidación del Contrato N°012-2023-FONDEPES: Contratación de la Ejecución de la Obra: "Techado con Cobertura Liviana y Estructura Metálica del Cabezo de Muelle en el Desembarcadero Pesquero Artesanal San José, Distrito de San José, Provincia de Lambayeque, Región Lambayeque".
188. Que, el 27.02.2024 el FONDEPES procede a presentar la CARTA N°000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, con el asunto de observar la liquidación del Contrato N° 012-2023-FONDEPES.

189. Existe una inconsistencia jurídica insalvable en la posición del Consorcio: pretende que la supuesta irregularidad 'formal' en la comunicación de las penalidades (falta de motivación o procedimiento) invalide el 'fondo' económico de la liquidación (el saldo resultante). Esta disociación es conceptualmente imposible. La Carta N° 059-2024 es únicamente el vehículo comunicativo de las observaciones a la liquidación presentada por el Consorcio; el contenido sustancial —la cuantificación económica del saldo— deriva directamente de la Liquidación del Contrato que el demandante no impugnó. Aun asumiendo hipotéticamente que la carta adoleciera de defectos formales, ello no afecta la validez ni exigibilidad de la liquidación subyacente, que constituye un acto jurídico distinto y anterior. El Consorcio confunde deliberadamente el continente (la carta) con el contenido (la liquidación), buscando que un supuesto vicio del primero contamine al segundo. Esta estrategia desconoce que la firmeza de la liquidación por falta de contradicción oportuna la hace inmune a cuestionamientos posteriores sobre la forma de comunicación de sus componentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

190. El numeral 209.1 del artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el cual establece que la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, en el presente caso ha quedado consentida la Liquidación del Contrato con las observaciones de FONDEPES:

Artículo 209. Liquidación del Contrato de Obra

209.1. El contratista presenta 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 o de que la última controversia haya sido resuelta y consentida. Dentro de los 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, el supervisor o inspector presenta a la Entidad sus propios cálculos, excluyendo aquellos que se encuentran sometidos a un medio de solución de controversias.

*209.2. Dentro del plazo de sesenta (60) días de recibida la liquidación formulada por el contratista la Entidad se pronuncia con cálculos detallados, ya sea aprobando, observando, o elaborando otra, **notificando al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.***

(...).

209.4. *La liquidación queda consentida o aprobada, según corresponda, cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido.*

209.5. *Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta se pronuncia dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; **de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.***

209.6. *En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella lo manifiesta por escrito dentro del plazo previsto en el numeral anterior. En tal supuesto, **la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda,** la liquidación con las observaciones formuladas.*

209.7. *Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. (...)”*
EL RESALTADO Y SUBRAYADO ES PROPIO

191. La naturaleza matemática e inobjetable del saldo económico reclamado debe enfatizarse. Al no haberse aprobado ninguna de las dos solicitudes de ampliación de plazo presentadas por el Consorcio —decisión administrativa firme contenida en las Resoluciones N° 061-2023 y N°067-2023 que no fueron impugnadas—, el plazo contractual de 90 días calendario se mantuvo incólume, venciendo el 5 de septiembre de 2023. La culminación de obra el 2 de octubre de 2023 genera automáticamente 27 días de retraso injustificado. Aplicando la fórmula del artículo 162.1 del RLCE, y sumando las 'otras penalidades' verificadas (S/ 27,625.00), se obtiene un total cuantificado en la liquidación. Este monto, deducido del saldo a favor del Consorcio según su propia liquidación, arroja matemáticamente el saldo de S/ 285,917.90 a favor de FONDEPES. Esta operación aritmética es consecuencia legal automática de la liquidación consentida, independiente de cualquier consideración sobre la 'forma' de su comunicación. El consentimiento de la liquidación implica el consentimiento del método de cálculo y, por ende, de saldo resultante.

Posición del Demandante:

192. Con respecto a la única pretensión contenida en la reconvención formulada por la Entidad, es importante empezar señalando que, en el marco de las contrataciones públicas, específicamente en atención a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley N.º 30225, la Entidad cuenta con un plazo de sesenta (60) días para pronunciarse

sobre la liquidación del contratista mediante sus propios cálculos detallados y debidamente sustentados, ya sea aprobando, observando, o elaborando otra.

193. Asimismo, resulta importante precisar que el retraso injustificado en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede dar lugar a la aplicación de penalidades por mora e, incluso, a la resolución del contrato. No obstante, ello solo procede cuando el Contratista no pueda acreditar que el retraso incurrido no le resulta imputable.
194. Aunado a ello, la aplicación de "otras penalidades", conforme al numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, requiere que los documentos del procedimiento de selección establezcan el procedimiento mediante el cual se verifique el supuesto a penalizar, el cual debe ser seguido por la Entidad a fin de sustentar y verificar dicho supuesto.

Artículo 163.1 (...) Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. (Énfasis es agregado)

195. En ese contexto, en el presente caso, FONDEPES pretende que este Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la liquidación de obra con sus observaciones y, en consecuencia, apruebe la aplicación de penalidad por mora y de "otras penalidades", sin advertir que su pretensión se encuentra afectada por un vicio de nulidad, conforme se desarrollará a continuación.
196. No corresponde que el Tribunal Arbitral declare consentida la liquidación de obra observada y, por ende, valide la aplicación de penalidades, toda vez que las observaciones contenidas en la Carta N.º059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA resulta nula.
197. La Entidad ha formulado sus observaciones y efectuado sus propios cálculos sin estar debidamente sustentados, toda vez que ha omitido valorar y ha desconocido la Carta N° 030-2023-CA y así como los argumentos contenidos en ella.
198. En efecto, la propia Entidad reconoce en su Informe N° 002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv que, para los cálculos realizados en la determinación de la penalidad por mora, no se tomó en cuenta la Carta N° 030-2023-CA, dejando además constancia de que no existe pronunciamiento alguno de la Entidad respecto de dicha carta.

4.24 Es preciso indicar que, con respecto a la penalidad por mora, el CONSORCIO ACAPULCO el 19.10.2023 mediante Carta N° 030-2023-CA, presentó al Supervisor de Obra su solicitud de inaplicación de penalidad por retraso justificado, es por ello que, el 02.11.2023 el Supervisor de Obra remitió dicha solicitud a la Entidad para su evaluación y pronunciamiento, sin embargo, de la revisión de la documentación que obra en el archivo de la DIGENIPAA y la información digitalizada que se encuentra en el SGD, se pudo evidenciar que, a la fecha de la emisión del presente informe no existe pronunciamiento por parte de la Entidad respecto a la solicitud inaplicación de penalidad por retraso justificado, por lo que, en el cálculo realizado líneas arriba de la penalidad por mora, no se tenido en cuenta dicho trámite, toda vez que, no existe pronunciamiento de la Entidad al respecto.

199. Esta omisión genera un vicio en la observación de la liquidación de obra, pues la Entidad no ha considerado toda la documentación técnica relevante para alcanzar la finalidad de la liquidación, consistente en determinar la existencia de un saldo a favor o en contra del contratista. Así lo ha precisado la Opinión N°044-2021/DTN:

Ahora, si bien la finalidad de la liquidación consiste fundamentalmente en determinar el costo total de la obra y la existencia de un saldo a favor o en contra de la Entidad, esto es, persigue un fin principalmente económico financiero, su consecución es posible en la medida en que el aspecto financiero de la obra se sustente en documentación técnica.

La liquidación debe contener toda la documentación técnica y financiera que resulte razonablemente necesaria para alcanzar su finalidad, consistente en determinar el costo total de la obra y la existencia de un saldo a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

200. Como se observa, la Entidad se encontraba en la obligación de valorar la Carta 030-2023-CA al momento de formular la observación de la liquidación de obra, especialmente para el cálculo y evaluación de la penalidad por mora, tal como lo ha precisado la Opinión 005-2023/DTN, de la siguiente manera:

El contratista puede solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, según corresponda, basándose en lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento; sin perjuicio de ello, la Entidad efectúa la evaluación correspondiente respecto del retraso producido en la ejecución contractual, a fin de determinar si aquel califica como uno justificado o si es injustificado y, en consecuencia, si corresponde o no aplicar la penalidad por mora.

En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación automática de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la evaluación previa y determinación correspondiente, por parte de la Entidad, respecto que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad.

201. El contratista, mediante la Carta N° 030-2023-CA, de fecha 19 de octubre de 2023, solicitó a la Entidad la no aplicación de la penalidad por mora mediante la **acreditación objetiva del retraso como justificado**. Dicha solicitud fue formulada con anterioridad a la Carta N.°059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, mediante la cual se observó la liquidación de obra y se determinó la aplicación de penalidad por mora y de las "otras penalidades". En ese sentido, conforme a lo señalado en la citada opinión del OSCE, la Entidad debió valorar previamente dicha carta; sin embargo, lejos de hacerlo, **DECIDIÓ EN UN ACTUAR ARBITRARIO DESCONOCERLA E INOBSERVARLA.**

202. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley N° 30225 y en atención a lo precisado en la Opinión N° 044-2021/DTN, la Entidad ha omitido valorar documentación técnica relevante, incumpliendo con la debida sustentación exigida para la observación de la liquidación de obra y para la determinación de las penalidades. Por tanto, al desconocer y omitir documentos medulares para dicha observación y determinación, la actuación de la Entidad se encuentra viciada.
203. Con respecto a la validez de la aplicación de la penalidad por mora, esta resulta errónea, toda vez que el Informe N° 002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv, que sustenta la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA mediante la cual se observó la liquidación de obra y se determinó la aplicación de penalidad por mora y “otras penalidades”, no menciona en ningún extremo los fundamentos por los cuales la Carta N° 030-2023-CA fue desconocida o inobservada, evidenciándose así una evidente falta de motivación.
204. Tan es así que, a la fecha, la Entidad **NO HA EMITIDO PRONUNCIAMIENTO ALGUNO** respecto de la Carta N° 030-2023-CA, mediante la cual se solicitó la aprobación de la acreditación objetiva del retraso como justificado. Asimismo, en el propio Informe N° 002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv se reconoce expresamente la ausencia de pronunciamiento por parte de la Entidad sobre dicha Carta.

Informe N° 002-2024-FONDEPES/DIGENIPAA/UFI/jafv

4.24 Es preciso indicar que, con respecto a la penalidad por mora, el CONSORCIO ACAPULCO el 19.10.2023 mediante Carta N° 030-2023-CA, presentó al Supervisor de Obra su solicitud de inaplicación de penalidad por retraso justificado, es por ello que, el 02.11.2023 el Supervisor de Obra remitió dicha solicitud a la Entidad para su evaluación y pronunciamiento, sin embargo, de la revisión de la documentación que obra en el archivo de la DIGENIPAA y la información digitalizada que se encuentra en el SGD, se pudo evidenciar que, a la fecha de la emisión del presente informe no existe pronunciamiento por parte de la Entidad respecto a la solicitud inaplicación de penalidad por retraso justificado, por lo que, en el cálculo realizado líneas arriba de la penalidad por mora, no se tenido en cuenta dicho trámite, toda vez que, no existe pronunciamiento de la Entidad al respecto.

205. En ese sentido, no resulta posible aplicar la penalidad por mora al contratista sin que previamente se haya evaluado la acreditación objetiva del retraso como justificado, esto es, la Carta N° 030-2023-CA, tal como establece el artículo 162.5 del Reglamento de la Ley N° 30225.

Art. 162.5 del Reglamento de la Ley 30225

162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

206. Como se observa, el contratista presentó una solicitud de acreditación objetiva del retraso como justificado, en observancia de lo señalado en

el artículo 162.5 del Reglamento de la Ley N° 30225, mecanismo que es distinto a la ampliación de plazo. No obstante, dicha acreditación ha sido desconocida e ignorada por la Entidad.

207. Al respecto, la Opinión N.º 012-2021/DTN ha precisado y establecido que el contratista puede solicitar a la Entidad que no se le aplique la penalidad por mora cuando pueda acreditar objetivamente que el retraso no le resulta imputable, este criterio se aprecia con mayor claridad en el siguiente extracto:

Opinión N.º 012-2021/DTN

De esta manera, la forma idónea de justificar el retraso es mediante la solicitud de ampliación de plazo presentada en la oportunidad señalada en la normativa; en adición a ello, la norma establece que el contratista puede solicitar a la Entidad no aplicar la penalidad por mora al haberse configurado un retraso justificado bajo los términos del numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, para lo cual deberá acreditar y sustentar de manera objetiva que el retraso en la ejecución del contrato obedece a una situación que no resulta imputable a él; así, a partir de la información proporcionada a la Entidad, ésta evalúa y, consecuentemente, determina si dicho retraso califica como uno "justificado", a efectos de no aplicar la penalidad por mora. Cabe resaltar que en este segundo supuesto, solamente se considera justificado el retraso cuando la Entidad así lo ha decidido.

208. Asimismo, la referida opinión precisa que la Entidad puede basar su decisión no solo en los argumentos expuestos por el contratista, sino también en la opinión del Supervisor de Obra. En el presente caso, dicha opinión fue emitida mediante el Informe N.º 0013-2023/J.S.L.E.R.C., en el cual el Supervisor de Obra concluyó de manera favorable, recomendando que el retraso sea considerado como justificado, lo expuesto se aprecia de la siguiente manera:

Opinión N° 012-2021/DTN

Bajo tales consideraciones, debe indicarse que si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad podrá basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra, sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta —en el marco del contrato de supervisión— para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud.

Informe N° 0013-2023/J.S.L.E.R.C

Por lo expuesto, me pronuncio favorablemente y recomiendo la aprobación de la solicitud de retraso justificado y no aplicación de penalidades por mora, por 24 días calendario, sin lugar a mayores gastos generales, ni ningún otro costo directo.

Atentamente,

Sin más que opinar me despido atte.


Ing. Luis Enrique Ramírez Carbonell
ING. CIVIL, OFIC. CIP 89778
SUPERVISOR DE OBRA

ING LUIS ENRIQUE RAMIREZ CARBONELL
SUPERVISOR DE OBRA – CIP 89778

209. No obstante, mediante la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA, a través de la cual se observó la liquidación de obra y se determinó la aplicación de penalidades, la Entidad desconoció tanto la Carta N° 030-2023-CA —que acreditaba objetivamente el retraso como justificado—

como el Informe N.º 0013-2023/J.S.L.E.R.C. emitido por el Supervisor de Obra el cual recomendaba la aprobación del retraso como justificado.

210. Adicionalmente, si bien la normativa no ha establecido un procedimiento previo para la aplicación de la penalidad por mora, el cual contemple una etapa de descargos por parte del contratista, sí existe la obligación de la Entidad de pronunciarse sobre la solicitud de acreditación objetiva del retraso como justificado contenida en la Carta N° 030-2023-CA, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido. Este supuesto ha sido precisado por la Opinión N° 005-2023/DTN, conforme se aprecia en los siguientes fragmentos:

El contratista puede solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, según corresponda, basándose en lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento; sin perjuicio de ello, la Entidad efectúa la evaluación correspondiente respecto del retraso producido en la ejecución contractual, a fin de determinar si aquel califica como uno justificado o si es injustificado y, en consecuencia, si corresponde o no aplicar la penalidad por mora.

En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación automática de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la evaluación previa y determinación correspondiente, por parte de la Entidad, respecto que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad.

211. Según lo señalado en la Opinión citada, la Entidad debe realizar una evaluación previa del retraso producido, a fin de determinar si este resulta justificado o no. No obstante, en el presente caso la Entidad no ha podido efectuar dicha determinación de manera adecuada, toda vez que desconoció —y, por ende, no evaluó— la solicitud de acreditación objetiva del retraso como justificado contenido en la Carta N° 030-2023-CA, así lo ha reconocido ella misma.

212. En concordancia con lo expuesto, la Opinión N° 048-2024/DTN precisa lo siguiente:

Al respecto, es pertinente resaltar que es la Entidad quien califica el retraso del contratista como justificado o no, evaluando la solicitud presentada por el contratista y, en el caso que califique el retraso como justificado, la consecuencia jurídica es la no aplicación de la penalidad por mora.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, cuando el contratista incurre en un retraso, este solo puede justificarse (i) a través de la solicitud de ampliación debidamente aprobada, o (ii) cuando acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Si, en un contrato de obra, el retraso en la culminación de los trabajos es calificado como justificado por la Entidad, no se aplica la penalidad por mora por los días en que se hubiese acreditado que el retraso no resulta imputable al contratista.

213. Como se advierte, el OSCE ha establecido que es responsabilidad de la Entidad evaluar y calificar el retraso como justificado o no, mediante la absolución de los dos mecanismos reconocidos por la normativa: la solicitud de ampliación de plazo o la acreditación objetiva del retraso como justificado.

214. 4.23 En adición a lo expuesto, el propio OSCE, en su Opinión N° 012-

2021/DTN ha precisado que "(...) *debe indicarse que si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad podrá basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra, sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta –en el marco del contrato de supervisión– para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud*"

215. Como se puede apreciar, la opinión del Supervisor de Obra puede ser tomada en cuenta por la Entidad, en tanto constituye un elemento relevante para la evaluación del retraso, aunque no necesariamente resulte obligatoria para el pronunciamiento de la Entidad. Sin embargo, **el problema radica en que la entidad no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la solicitud formulada, es decir, no valoró ni la Carta 030-2023-CA ni el Informe N° 0013-2023/J.S.L.E.R.C**, por lo que reiteramos que **la observación de la liquidación de obra y la determinación de la aplicación de la penalidad por mora se encuentran viciadas, RESULTANDO JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE QUE SE DECLARE EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN VICIADA DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LAS OBSERVACIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD.**
216. Por otro lado, respecto de la validez de la aplicación de las denominadas "otras penalidades", se observa la existencia de un vicio procedimental concreto, toda vez que las Bases establecen que la aplicación de la penalidad debe sustentarse en un Informe del Inspector o Supervisor. Este aspecto fue debidamente desarrollado en la demanda, adjuntándose los cuadros de las Bases donde se establece dicho procedimiento.
217. En consecuencia, la pretensión formulada por FONDEPES en su reconvención carece de sustento jurídico. En efecto, la observación de la liquidación de obra contenida en la Carta N° 059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA se encuentra viciada, toda vez que la Entidad realizó sus propios cálculos detallados y determinó la aplicación de penalidad por mora sin valorar ni emitir pronunciamiento alguno respecto de la Carta N ° 030-2023-CA, mediante la cual el contratista solicitó la no aplicación de la penalidad por mora acreditando objetivamente que el retraso no le resultaba imputable. Dicha omisión implica que la Entidad no tomó en cuenta documentación técnica relevante para la evaluación del retraso, incumpliendo con la debida sustentación exigida por el artículo 209 del Reglamento de la Ley N ° 30225 y por los criterios desarrollados por el OSCE, siendo imposible el consentimiento de un acto administrativo viciado de origen.
218. En ese sentido, al haberse omitido evaluar la acreditación objetiva del

retraso como justificado, la aplicación de la penalidad por mora carece de sustento. Asimismo, la imposición de las denominadas "otras penalidades" resulta inválida, al haberse prescindido del procedimiento establecido en las Bases y en el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no existir Informes Técnicos del Inspector o del Supervisor que sustenten y verifiquen el supuesto a penalizar. Por tanto, al encontrarse viciada la observación de la liquidación de obra y carecer de sustento la aplicación de penalidades, corresponde que este Tribunal Arbitral desestime la reconvencción formulada por la Entidad.

Postura del Tribunal Arbitral Unipersonal

219. Este Tribunal Arbitral Unipersonal debe resolver la reconvencción formulada por FONDEPES distinguiendo dos cuestiones relacionadas, pero sujetas a reglas diferentes: i) los efectos del consentimiento de la liquidación contractual; y ii) la posibilidad de revisar penalidades incorporadas en ella que no se ajusten a la ley, al Reglamento o al Contrato.
220. Conforme a los numerales 209.2, 209.5 y 209.6 del RLCE, presentada la liquidación por el contratista, la Entidad puede formular observaciones dentro del plazo correspondiente. Si el contratista no las acoge, debe manifestarlo y someter la controversia al medio de solución aplicable dentro del plazo legal; de lo contrario, la liquidación queda consentida con las observaciones formuladas.
221. En el expediente se acredita que el Consorcio presentó su liquidación mediante Carta N.º01-2024-CA y que FONDEPES formuló observaciones mediante Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA. También se verifica que el Consorcio no promovió oportunamente una controversia general respecto de los componentes ordinarios de la liquidación que determinaron el costo final, los pagos efectuados y el saldo base.
222. En consecuencia, la liquidación quedó consentida respecto de dichos componentes ordinarios. No corresponde reabrir la valorización de partidas, reajustes, mayores metrados, deducciones u otros conceptos que no fueron controvertidos dentro del plazo previsto.
223. Sin embargo, el consentimiento de la liquidación no puede ser entendido como una convalidación absoluta e irrevisable de todos los conceptos incorporados en ella. Este Tribunal arbitral adopta el criterio orientado a que la falta de observación genera una presunción de validez y aceptación, pero dicha presunción es iuris tantum y admite prueba en contrario cuando la liquidación incluye conceptos que no forman parte del contrato, carecen de sustento, fueron calculados contrariando las reglas aplicables o resultan manifiestamente ilegales.
224. Equiparar el consentimiento con la validez e incuestionabilidad absoluta

permitiría que una omisión procedimental convierta en exigible un concepto prohibido por la ley o genere un enriquecimiento carente de causa jurídica. El efecto preclusivo de la liquidación protege la estabilidad de sus componentes válidos, pero no tiene la virtualidad de sanear una penalidad configurada al margen de los presupuestos legales y contractuales.

225. Esta conclusión es compatible con la naturaleza de la liquidación como operación técnica, económica y jurídica destinada a determinar el costo final del contrato y el saldo correspondiente. Su consentimiento presume la corrección del cálculo; no impide que, en arbitraje, se desvirtúe dicha presunción mediante prueba de que uno de sus componentes contraviene la normativa imperativa o el propio contrato.
226. En el presente caso, la prueba actuada ha desvirtuado parcialmente la presunción de corrección de la liquidación. Se ha determinado que FONDEPES incorporó la penalidad máxima por mora sin resolver la solicitud de retraso justificado y que, valorados los medios probatorios, veinticuatro días no eran imputables al Consorcio. Asimismo, se ha verificado que las "otras penalidades" fueron aplicadas sin el procedimiento de verificación exigido por las Bases y por el artículo 163.1 del RLCE.
227. A ello se suma que las penalidades están sujetas a una regla especial de caducidad. El artículo 45.5 de la LCE enumera las controversias que deben iniciarse dentro de treinta días hábiles, incluyendo la liquidación; mientras que el numeral 45.6 dispone que las controversias distintas pueden someterse a arbitraje en cualquier momento anterior al pago final.
228. La aplicación de penalidades no se encuentra expresamente comprendida en la enumeración del numeral 45.5. Por ello, su cuestionamiento se rige por el numeral 45.6, siempre que no se pretenda reabrir otras materias ya consentidas. La incorporación contable de una penalidad en la liquidación no modifica su naturaleza ni permite que la Entidad reduzca el plazo legal especial mediante la sola oportunidad elegida para efectuar la deducción.
229. La interpretación propuesta por FONDEPES privaría de eficacia al artículo 45.6, pues bastaría postergar la deducción de una penalidad hasta la liquidación para someterla al plazo más breve aplicable a esta última. Una lectura sistemática de la LCE y del RLCE exige preservar, al mismo tiempo, la preclusión de los componentes ordinarios de la liquidación y la posibilidad de revisar penalidades antes del pago final.
230. Lo expuesto no permite al Consorcio reabrir las ampliaciones de plazo consentidas ni modificar el plazo contractual. Este Tribunal Arbitral Unipersonal ha respetado la firmeza de las Resoluciones N.º061-2023 y 067-2023. La controversia se limita a determinar si las penalidades

incorporadas en la liquidación eran exigibles y, por tanto, si podían integrar válidamente el saldo reclamado por FONDEPES.

231. La Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA estableció un costo final del contrato de S/ 2,547,447.34 y pagos efectuados por S/ 2,550,995.51. La diferencia genera un saldo base de S/ 3,548.17 a favor de FONDEPES. Este componente no depende de las penalidades y no fue desvirtuado mediante una controversia oportuna, por lo que debe mantenerse.
232. FONDEPES añadió al saldo base S/ 254,744.73 por penalidad por mora y S/ 27,625.00 por "otras penalidades", obteniendo el monto reconvenido de S/ 285,917.90. Conforme a lo resuelto, la penalidad por mora únicamente procede por tres días y asciende a S/ 56,609.94; las "otras penalidades" son íntegramente inaplicables.
233. Por consiguiente, el saldo exigible debe recalcularse sumando S/ 3,548.17, correspondiente al exceso de pagos respecto del costo final, y S/ 56,609.94, correspondiente a la penalidad por mora subsistente. El resultado asciende a S/ 60,158.11 a favor de FONDEPES.
234. La reconvenición no puede ser amparada íntegramente porque una parte sustancial del monto reclamado estaba constituida por penalidades que, por las razones desarrolladas, no podían integrar válidamente el saldo de la liquidación, aun cuando esta hubiera quedado consentida en sus demás componentes.
235. En consecuencia, la RECONVENCIÓN debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: i) se declara que la liquidación quedó consentida respecto de sus componentes ordinarios no vinculados a las penalidades; ii) se mantiene el saldo base de S/ 3,548.17; iii) se reconoce una penalidad por mora de S/ 56,609.94; iv) se excluyen las "otras penalidades" por S/ 27,625.00 y el exceso de penalidad por mora; y v) se ordena al Consorcio pagar a FONDEPES S/ 60,158.11, más los intereses legales que correspondan desde que la obligación resulte exigible conforme al Contrato y a la normativa aplicable.

X DECISIONES

236. El Tribunal Arbitral Unipersonal de manera previa a decidir la controversia sometida a este proceso arbitraje, declara que ha realizado el análisis de las pretensiones ventiladas en el presente arbitraje, en función a la valoración de todos los medios probatorios admitidos y actuados por las partes procesales.
237. El Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que ha analizado los argumentos expuestos y ha examinado todas las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje,

y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas y algunos de los argumentos esgrimidos no hayan sido expresamente citados.

238. De igual manera, el Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que el presente laudo cumple con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.

239. De igual forma en líneas anteriores, el Tribunal Arbitral Unipersonal, toma consideración la predisposición de la parte demandante para acudir a la vía arbitral, lo que denota buena fe y animo pro-mecanismos alternativos de resolución de conflictos - MARCS, lo que es una buena práctica, además de fomentar la cultura de paz.

240. Siendo así, el Tribunal Arbitral Unipersonal ha realizado el análisis detenido de cada uno de los puntos controvertidos del presente proceso arbitral, colmando los alcances de la controversia, en uso efectivo de los medios probatorios y los argumentos esbozados por las partes interés alguno respecto de la materia controvertida. Por lo cual, nos ratificamos en señalar que el presente arbitraje se ha desarrollado en el caudal de la transparencia y bajo el manto de la neutralidad.

Por tales consideraciones, este Tribunal Arbitral Unipersonal, en pleno uso de sus facultades conferidas **RESUELVE:**

PRIMERO

: La PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: fundada en cuanto solicita dejar sin efecto el extremo de la Carta N.º000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA que aplicó la penalidad por mora por S/ 254,744.73, disponiéndose que únicamente subsista una penalidad de S/ 56,609.94 por tres (3) días de retraso injustificado; e infundada en cuanto pretende la nulidad de dicha Carta como acto administrativo o la invalidez integral de la observación de la liquidación.

SEGUNDO

: La PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, por haberse satisfecho su objeto al resolver la pretensión principal.

- TERCERO** : La SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: fundada en cuanto solicita dejar sin efecto e inaplicar íntegramente los extremos de la Carta N.º 000059-2024-FONDEPES/DIGENIPAA que aplicaron "otras penalidades" por S/ 27,625.00; e infundada en cuanto pretende la nulidad de dicha Carta como acto administrativo o su invalidez integral.
- CUARTO** : La PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, por haberse satisfecho su objeto al resolver la segunda pretensión principal.
- QUINTO** : La TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**. FONDEPES deberá reembolsar al Consorcio los montos que este hubiera asumido por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje, honorarios del Árbitro Único y honorarios de la Secretaría Arbitral, incluidos los pagos efectuados en vía de subrogación. Cada parte asumirá los honorarios y gastos correspondientes a su propia defensa legal.
- SEXTO** : La RECONVENCIÓN debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**: i) se declara que la liquidación quedó consentida respecto de sus componentes ordinarios no vinculados a las penalidades; ii) se mantiene el saldo base de S/ 3,548.17; iii) se reconoce una penalidad por mora de S/ 56,609.94; iv) se excluyen las "otras penalidades" por S/ 27,625.00 y el exceso de penalidad por mora; y v) se ordena al Consorcio pagar a FONDEPES S/ 60,158.11, más los intereses legales que correspondan desde que la obligación resulte exigible conforme al Contrato y a la normativa aplicable.



LUIS PUGLIANINI GUERRA
Árbitro Único