

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

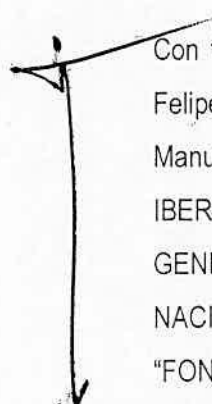
<u>DEMANDANTE</u>	: IBERICO INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A. (antes IBECO CONTRATISTAS GENERALES S.A.)
<u>DEMANDADO</u>	: FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES
<u>TRIBUNAL ARBITRAL</u>	: Doctor Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente) Abogado Héctor Ricardo Aguirre García Ingeniero Mario Manuel Silva López
<u>SECRETARIA AD - HOC</u>	: Julia Rosa Farfán Peña

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 28 de octubre de 2013

 VISTOS:

I. ANTECEDENTES

 Con fecha 15 de Agosto del 2009, el Tribunal Arbitral constituido por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente), Héctor Ricardo Aguirre García y el Ingeniero Mario Manuel Silva López (Árbitros), con la participación de los representantes legales de IBERICO INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A. (antes IBECO CONTRATISTAS GENERALES S.A.) (en adelante simplemente "IBERICO" o "el demandante") y del FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES (en adelante simplemente "FONDEPES" o "el demandado"), proceden a suscribir, según convocatoria debidamente notificada a ambas partes, el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, en las oficinas del

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -




CONSUCODE.

Cabe aclarar que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron y dieron su conformidad expresa en todos sus extremos al suscribir el Acta en señal de conformidad.

En este mismo acto, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo e insistieron de que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que les obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes y con sus respectivos abogados. Tanto IBERICO como FONDEPES declararon también en este acto su conformidad con las designaciones de árbitros realizadas, manifestando que al momento de la realización de dicha Audiencia no tenían conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

I.1 De la demanda


Con fecha 29 de Agosto del 2008, IBERICO presenta su demanda dirigida contra FONDEPES, pretendiendo esencialmente lo siguiente:

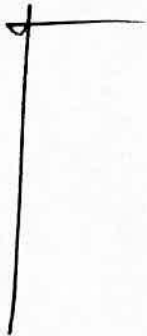
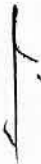
- 
- a) **Primera Pretensión:** La Nulidad y/o Ineficacia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD de fecha 02.04.08, la misma que resuelve el contrato de obra.
 - b) **Segunda Pretensión:** La Nulidad y/o Ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales del día 08.04.08 a las 15:00 horas.
 - c) **Tercera Pretensión:** La Nulidad y/o Ineficacia de la Carta Notarial N° 579-2008-FONDEPES/DE de fecha 03.06.08, recibida por el Contratista el 04.07.08, la misma con que FONDEPES practica una Liquidación Final de obra observada en su totalidad por IBERICO.
- 
- 

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- d) **Cuarta Pretensión:** Se practique la Liquidación Final de Obra en base a la Carta de Ibeco N° C-0244-2008/IBECO y se ordene a la Entidad contratante el pago por la suma de S. 88,499.74, mas los intereses generados a la fecha de cancelación, monto que corresponde al saldo a favor de IBERICO, resultante de la Liquidación Final de Obra o el que se determine.
- e) **Quinta Pretensión:** Atendiendo a las conclusiones que se arriben en el punto d) precedente, determinar si procede o no ordenar que Fondepes pague a favor de Ibeco los intereses correspondientes y, de ser el caso, desde que fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha de su cancelación.
- f) **Sexta Pretensión:** El reconocimiento y pago a favor de Ibeco por los daños y perjuicios ocasionados, como daño emergente correspondiente al mayor costo que ha tenido que asumir respecto a las pólizas de caución de (i) fiel cumplimiento de contrato, (ii) de adelanto directo y (iii) de adelanto de materiales.
- g) **Sétima Pretensión:** El reconocimiento y pago a favor de Iberico por las utilidades dejadas de percibir, por no haber podido participar en diversos procesos de selección, debido a que ha tenido comprometidas las garantías correspondientes.

 **IBERICO ampara su demanda esencialmente en lo siguiente:**

- Con fecha 05 de noviembre del 2007 se suscribió el Contrato de Obra por Exoneración N° 004-2007-OA/FONDEPES, por un monto de S/. 222,000.00, para la ejecución de la Obra "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Lagunillas, Distrito de Paracas; Región Ica" (en adelante el CONTRATO).
 - Según la cláusula Quinta del CONTRATO, el plazo de ejecución de la obra se fijó en 60 días calendarios.
- 
- 

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

IBERICO expresa lo siguiente:

- Que, con Carta N° 0490-2007/IBECO del 14.12.07 la Demandante remitió al Demandado la Factura correspondiente a la Valorización N° 01, de la obra, por un monto de S/.23,000.00 (VEINTITRES MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).
- Asimismo, mediante Carta N° 0501-2007/IBECO del 28.12.07 el Demandante remitió al demandado la Factura correspondiente a la Valorización N° 02, de la obra, por un monto de S/.66,048.88 (SESENTISEIS MIL CUARENTIOCHO Y 88/100 NUEVOS SOLES).
- Que, con Carta Notarial N° 41972, el demandado remite al demandante, el Oficio N° 191--2008-FONDEPES/DE del 28.02.08 recepcionado el 29.02.08, en donde manifiesta de un supuesto atraso injustificado en la obra, requiriendo al demandante para que en el plazo de 15 días entreguen la obra concluida, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- Mediante Carta N° C-0089-2008/IBECO del 03.03.08, la demandante da respuesta al demandado de su Carta Notarial de fecha 28.02.08, justificando en la misma que la obra se ha culminado todas las partidas dependientes directamente de IBERICO, faltando solo la entrega de los Calaminones por estar en proceso de fabricación especial como así lo manda el Expediente Técnico; asimismo señala que se encuentra a la espera de la resolución de autorización del Presupuesto Adicional N° 01 acordado por ambas partes, causando gran extrañeza al demandante dicho apercibimiento de resolución de contrato.
- Con Carta N° 0132-2008/IBECO de fecha 01.04.08 la demandante comunica al demandado que ha concluido con los trabajos de la obra; solicitando asimismo la recepción de la misma.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -




- Con Carta Notarial N° 42544 el demandado remite a IBERICO la Carta N° 419-2008-FONDEPES/PCD de fecha 02.04.08, en donde decide resolver el contrato de obra, por la supuesta causal de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del demandante, citando para la Constatación Física e Inventario de Materiales para el día 08.04.08 a las 15:00 horas.
- Mediante Carta Notarial N° 141-2008/IBECO de fecha 04.04.08, la demandante da respuesta a FONDEPES de su Carta Notarial N° 42544 del 02.04.08 la misma que resuelve el contrato de obra, manifestando su total rechazo por considerarla excesiva y arbitraria, sometiendo dicha controversia a conciliación.
- Con fecha 08 de abril del 2008, se lleva a cabo el Acto de Constatación Física e Inventario de Materiales.
- Con fecha 16.04.08 IBERICO solicita a la Cámara Peruana de Conciliación, Arbitraje y Mediación "CAMPECAM", el proceso conciliatorio por la resolución de contrato formulado por FONDEPES mediante Carta Notarial N° 42544, asimismo ampliaciones de plazo y el pago de la Valorización N° 01.
- Con fecha 25 de abril del 2008, se lleva a cabo el Acta Conciliación por falta de acuerdo entre las partes a mérito del Expediente N° 381-2008.
- Mediante Carta Notarial N° 549-2008-FONDEPES/PCD de fecha 28.05.08, el demandado comunica que al no haber un acuerdo entre las partes respecto del Acta de Conciliación de fecha 25.04.08, la resolución de contrato formulada por ellos ha quedado consentida, hecho que obviamente IBERICO rechaza de plano.
- Con Carta Notarial N° 0233-2008/IBECO de fecha 04.06.08 el demandante solicita a FONDEPES el presente arbitraje por cuanto no se pudo llegar a conciliar oportunamente.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que mediante Carta N° C-0244-2008/IBECO de fecha 06.06.08 la demandante remitió a FONDEPES su Liquidación Final de la Obra, con un saldo a favor de IBERICO ascendente a la suma de S/ 88,499.74 Nuevos Soles.
- Con Carta Notarial N° 43975, FONDEPES remite a la demandante la Carta N° 630-2008-FONDEPES/PCD de fecha 18.06.08 dando respuesta a la solicitud de arbitraje formulada por IBERICO.
- Mediante Carta N° 0307-2008/IBECO de fecha 07.07.08 IBECO comunica a FONDEPES respecto de su liquidación final de obra presentada, que no la acepta, la misma que la observa en su totalidad y se ratifica en su liquidación final de obra.
- Con Carta N° 0310-2008/IBECO del 07.07.08 la demandante plantea a FONDEPES una solicitud de acumulación de arbitraje, por cuanto ha surgido nuevas controversias.
- Seguidamente se afirma que las controversias surgidas han generado un perjuicio al demandante frente al sistema financiero que ha elevado su calificación de riesgo y ha exigido que se graven nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.

El Demandante sustentó su demanda en los siguientes fundamentos de derecho:

- 
- Las normas pertinentes contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la LEY) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el REGLAMENTO), así como las contenidas en el Contrato y/o Código Civil o Código Procesal Civil, en tanto el Demandado no atendió oportunamente a las controversias planteadas, las mismas que no deberían haber generado el presente arbitraje;
- 
- 

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- El artículo 41° inciso b) del la LEY, en lo referente a la solución de controversias mediante arbitraje;
- El artículo 273° del REGLAMENTO, el cual establece que el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación; y que son de aplicación las disposiciones contempladas en la LEY y en el Subcapítulo II del Título IV del REGLAMENTO y, supletoriamente las de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje;
- El artículo 227° del REGLAMENTO, el cual señala los efectos de la resolución de contrato, donde indica en su tercer párrafo que cualquier controversia relacionada con los resolución de contrato podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje;
- El artículo 210° del REGLAMENTO, sobre fallas o defectos percibidos por la Contratista durante la ejecución contractual respecto de cualquier especificación que el Demandado hubiera proporcionado, y que obliga a FONDEPES a efectuar las correcciones o los cambios correspondientes;
- El artículo 258° del REGLAMENTO, el mismo que contempla las causales de ampliación de plazo;
- El artículo 259° del REGLAMENTO, el cual que señala el procedimiento para solicitar y otorgar una ampliación de plazo;
- El artículo 260° REGLAMENTO, que señala los efectos de la modificación del plazo contractual, donde se contempla los mayores gastos generales;
- El artículo 261° del REGLAMENTO, el mismo que señala el procedimiento del cálculo de mayores gastos generales;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- El artículo 226° del REGLAMENTO, que señala el procedimiento de resolución del contrato;
- El artículo 267° del REGLAMENTO, respecto de la resolución de contrato;
- El artículo 49° de la LEY, en lo referente al pago de los intereses legales por incumplimiento en el pago por parte de FONDEPES;
- El artículo 265° del REGLAMENTO, el cual señala el procedimiento de las obras adicionales;
- El artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, referente a las causas de nulidad de los Actos Administrativos;
- El artículo 201° del REGLAMENTO, referente a la supletoriedad del Código Civil en los Contratos de Obras;
- El artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, en lo referente a la aplicación supletoria del Código Civil a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza;
- El artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el cual contiene el principio iura novit curia;
- El artículo 140° del Código Civil, definición y elementos del Acto Jurídico (Negocio Jurídico);
- El artículo 1219° y siguientes del Código Civil, el cual regula las acciones del acreedor como efecto de las obligaciones;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil, referente a los intereses legales;
- El artículo 1954° del Código Civil, en lo que refiere al enriquecimiento indebido o actio de in rem verso;
- El artículo 1321° del Código Civil, que señala la indemnización del daño por dolo o culpa;
- El artículo 1322° del Código Civil, referente al daño moral contenido de la indemnización.
- Por último, el Demandante ofrece en calidad de medios probatorios diversa prueba documental.

Mediante Resolución No. 01 de fecha 09 de septiembre del 2008, el Tribunal Arbitral dispuso que previo a la calificación de la demanda se le requiera al demandante para que en un plazo de cinco (05) días hábiles de notificado, cumpla con anexar el documento señalado en el Quinto considerando de la respectiva resolución; bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se tenga por no presentado el documento mencionado.

Así, con escrito N° 03 de fecha 18 de septiembre del 2008, IBERICO absuelve el requerimiento solicitado por el Tribunal Arbitral.

Con Resolución No.02 del 19 de septiembre del 2008, el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda de IBERICO conformada por los escritos presentados el 29 de agosto y el 18 de septiembre del 2008, por ofrecidos los medios probatorios y corre traslado de la misma a FONDEPES, por el plazo de diez (10) días.

I.2 Cuestión Previa, Contestación de la Demanda y Reconvención

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -





El Demandado presentó su escrito de formulación de cuestión previa, contestación de demanda y reconvención con fecha 06 de octubre del 2008 y recepcionado el 09 de octubre del mismo año.

I.2.1. Cuestión previa

FONDEPES señaló como cuestión previa, se declare la incompetencia del Tribunal Arbitral para conocer las pretensiones vinculadas a la nulidad de la resolución del Contrato, por tener dicha decisión administrativa, calidad de cosa decidida, al haber vencido en exceso el plazo previsto para someter dicha decisión a la vía arbitral, plazo que resultaría de caducidad conforme a lo establecido en la normativa de la materia.

I.2.1.1. Fundamentos de Hecho y de Derecho

FONDEPES expresó lo siguiente:

- 
- Que, mediante Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD notificada al demandante el 3 de abril de 2008 resolvió el Contrato debido a que no obstante el requerimiento formulado, el demandante continuó incumpliendo injustificadamente sus obligaciones contractuales.
 - Que, mediante Carta Notarial N° 141-2008/IBECO notificada el 7 de abril del 2008, la Demandante comunicó a FONDEPES su desacuerdo con la decisión de resolución del Contrato, sometiendo la misma al procedimiento de conciliación establecido en dicho documento.
 - Que conforme consta en el Acta de Conciliación N° 360-2008 de fecha 25 de abril de 2008, emitida por la Cámara Peruana de Conciliación, Arbitraje y Mediación – CAMPECAM, durante la Audiencia de Conciliación no se llegó a acuerdo entre las
- 
- 
- 

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

partes respecto a las controversias sometidas a su consideración, dándose por finalizado dicho procedimiento;

- Que, en el numeral 27.1.3 del Contrato se estableció que en caso la conciliación concluya con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes debe someterse obligatoriamente a un arbitraje para que el Tribunal Arbitral correspondiente se pronuncie de manera definitiva sobre las diferencias no resueltas, dentro del plazo de quince (15) días siguientes a la suscripción del Acta respectiva;
- Que, FONDEPES señala que considerando que el Acta que dio término al procedimiento de conciliación fue suscrita con fecha 25 de abril de 2008, el plazo para que IBERICO solicite arbitraje respecto a las controversias sometidas a la indicada vía venció, si se consideran días calendario el 10 de mayo de 2008 y considerando días hábiles el 20 de mayo de 2008; es decir, en ambos supuestos el plazo de caducidad previsto para controvertir esta decisión en la vía arbitral venció, sin que la Demandante haya solicitado arbitraje al Demandado, por lo que mediante Carta Notarial N° 549-2008-FONDEPES/PCD de fecha 29 de mayo de 2008, se le comunicó que debido a que no interpuso su solicitud arbitral dentro del plazo previsto, la resolución del contrato por causal de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales habría quedado consentida, debiendo por tanto alcanzarles la liquidación de obra correspondiente.
- Que, IBERICO mediante Carta Notarial N° 0233-2008/IBECO de fecha 6 de junio de 2008 solicitó arbitraje invocando el convenio arbitral contenido en la cláusula séptima del Contrato, así como al contenido de los artículos 273° y 276° del REGLAMENTO.
- Que, el artículo 273° del REGLAMENTO, establece que cualquiera de las partes puede solicitar arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido para el caso de resolución de contrato, es decir diez (10) días hábiles, vencido el cual la resolución de contrato habría quedado consentida.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que, FONDEPES señala que, en tal sentido, el emplazamiento arbitral de fecha 6 de junio de 2008 no debe surtir efectos legales, resultando improcedente por extemporáneo, toda vez que la decisión del Demandado habría quedado consentida desde el 20 de mayo de 2008.
- Que, el Demandado indica que en su absolución a la solicitud arbitral del Demandante, remitida mediante Carta Notarial N° 631-2008-FONDEPES/PCD de fecha 19 de junio de 2008, se manifestó que dicha solicitud resultaba improcedente por extemporánea, al haber vencido en exceso el plazo previsto para formular el emplazamiento arbitral luego de concluido el procedimiento conciliatorio sin acuerdo entre las partes.

I.2.2. El petitorio de la Contestación de Demanda

Sin perjuicio de la cuestión previa formulada, el Demandado señaló como petitorio de su contestación de demanda:

Que, el Tribunal Arbitral declare infundada la demanda presentada por la Demandante.

I.2.2.1 Fundamentos de Hecho y de Derecho

El Demandado señala lo siguiente:

- Que, FONDEPES es un Organismo Descentralizado de Derecho Público, con autonomía técnica, económica y administrativa, cuya finalidad es promover y apoyar técnica, económica y financieramente al desarrollo prioritario de la pesca artesanal y de las actividades pesqueras y de acuicultura en general;
- Que, en mérito a los dispositivos legales emitidos por el Gobierno Central como

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

consecuencia del fenómeno sísmico del 15 de agosto de 2007 que afectó la Región Ica, se convocó vía exoneración de proceso de selección de la Demandante para la ejecución de obras de rehabilitación en los Desembarcaderos Pesqueros Artesanales de las zonas afectadas por dicho movimiento telúrico;

- Que, con fecha 26 de octubre de 2007, se otorgó a la Contratista la Buena Pro para la ejecución de la obra, suscribiendo el respectivo Contrato a suma alzada el 5 de noviembre de 2007, por un importe total de S/. 222,000.00 (doscientos veintidós mil con 00/100 nuevos soles) incluido el IGV;
- Que, de acuerdo a lo establecido en la cláusula quinta del Contrato, el plazo de ejecución de la obra es de sesenta (60) días calendario, contado desde que la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 240º del REGLAMENTO;
- Que, el plazo de ejecución de la obra se inició el 28 de noviembre de 2007, luego de haberse cumplido con la entrega del adelanto directo por parte de FONDEPES, debiendo por ello culminar el 26 de enero de 2008;
- Que, en relación a la primera pretensión, el Demandado manifiesta que su decisión de resolver el Contrato quedó consentida en su oportunidad, refiriendo lo señalado en los fundamentos de hecho y de derecho de la Cuestión Previa formulada y que, de otro lado, lo indicado por el demandante no se ajustaría a la realidad de los hechos, en tanto que la resolución del Contrato se realizó en estricta aplicación de los términos de éste y de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respectivamente, al haber incumplido IBERICO injustificadamente sus obligaciones contractuales;
- Que, al respecto en el Calendario Actualizado de Avance de Obra, la Contratista programó 43.46% para la ejecución del mes de diciembre de 2007 y 56.54 % para el

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

mes de enero de 2008; sin embargo, en el mes de diciembre sólo ejecutó 34.78% y durante el mes de enero 26.54%, lo que indica un atraso acumulado a la fecha prevista de culminación de obra del 38.68%;

- Que, como consecuencia del atraso registrado en el mes de enero del 2008, se le requirió al demandante mediante Asiento N° 34 del Cuaderno de Obra, acelere los trabajos, presente Calendario Acelerado de Avance de Obra e indique la fecha de término de la misma, sin que ello implique el otorgamiento de ampliación de plazo alguna.
- Que, no obstante el plazo de ejecución de obra culminó el 26 de enero de 2008, FONDEPES permitió a la Contratista continuar con la implementación y culminación de la obra, con la finalidad de concluir a la brevedad posible con la rehabilitación del Desembarcadero Pesquero Artesanal (en adelante, DPA) Lagunillas en beneficio de los usuarios afectados con el terremoto el 15 de agosto de 2007, bajo el compromiso verbal de éste de hacerlo en el menor plazo posible;
- Que, al seguir advirtiéndose un ritmo lento en la ejecución de los trabajos y la falta de culminación de los mismos pese a la oportunidad brindada al demandante, con fecha 29 de febrero de 2008, FONDEPES cursó a IBERICO la Carta Notarial N° 191-2008-FONDEPES/DE, mediante la cual se le otorgaban quince (15) días calendario, que vencían el 15 de marzo de 2008, con la finalidad de que culmine y entregue la obra a su cargo, bajo apercibimiento de resolución del Contrato;
- Que, el 14 de marzo de 2008, la Demandante dirigió la Carta s/n al Director Ejecutivo de FONDEPES, comprometiéndose a culminar las obras en un plazo que no excedería el 28 de marzo de 2008;
- Que, el 28 de marzo de 2008, una Comisión de FONDEPES integrada por el Director Técnico, Supervisor de obra y la Asesora del Director Ejecutivo del

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

Demandado, respectivamente, se constituyeron con la finalidad de verificar el cumplimiento de los trabajos a los que se comprometió IBERICO, sin embargo, comprobaron que la obra se encontraba inconclusa, faltando a esa fecha, la instalación del calaminón, el mejoramiento del camino de acceso, la instalación de bitas y portón metálico, entre otros;

- Que, con fecha 1 de abril de 2008, mediante Carta N° 0132-2008-IBECO, el demandante comunica que ha concluido con los trabajos de obra y solicitó la recepción de la misma;
- Que, ante el pedido de la Demandante, el Supervisor de Obra comunicó al Director Técnico de FONDEPES, mediante el Informe N° 129-2008-FONDEPES/DT/WMV de fecha 1 de abril de 2008, que la recepción de la obra resultaba improcedente en tanto se habría verificado que la misma registraba un avance acumulado de ejecución del 81.72%, es decir, que pese a que se había superado en exceso el plazo de ejecución de obra, ésta se encontraba inconclusa, no procediendo por tanto la tramitación de la conformación del Comité de Recepción, por lo que debía tramitarse la correspondiente resolución de Contrato por incumplimiento de obligaciones por parte del demandante;
- Que, en tal sentido, mediante Carta Notarial No. 419-FONDEPES/PCD de fecha 3 de abril de 2008, el Presidente del Consejo Directivo de FONDEPES resolvió el Contrato debido a que no obstante el requerimiento formulado y el plazo otorgado mediante Carta Notarial N° 191-2008-FONDEPES/DE, la demandante siguió incumpliendo injustificadamente sus obligaciones contractuales, respecto a concluir al 100% la obra a su cargo, convocándolo de conformidad con lo establecido en el artículo 267° del REGLAMENTO a realizar el 08 de abril del 2008 a horas 15:00 pm, la Constatación Física e Inventario que corresponde en el lugar de la obra, en presencia del Notario Público.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que, en presencia del Notario Público Doctor Juan Bendezú, con fecha 08 de abril a horas 3:00 pm el Inspector de Obra – Ing. William Medrano Vásquez, la Asesora de la Dirección Ejecutiva – Señora Blanca Medina León y el Asesor Legal de FONDEPES – Dr. Robertson Liza Solís, se constituyeron al DPA Lagunillas, ubicado en el distrito de Paracas, Departamento de Ica, lugar donde se desarrollaron los trabajos a cargo de la Demandante, a efectos de realizar la constatación física del avance de obra e inventario de equipos, materiales y herramientas de la obra, en virtud a lo dispuesto en la Carta Notarial de Resolución de Contrato N° 419-FONDEPES/PCD; no encontrándose ningún representante de la Demandante, a pesar de haber sido debidamente notificada para ello;
- Que, en la referida diligencia, el Notario Público dejó constancia mediante la correspondiente Acta que, luego de identificar la obra, pudo observar que en la plataforma del muelle faltaban instalar las bitas y mejorar la instalación de las llantas correspondiente al sistema de defensa, mejorar parcialmente el piso en el área de carga, reparar la viga de borde del muelle, instalar el 90% de la cobertura del área de carga, instalar la red eléctrica, así como la electrobomba de agua salada; que en el área de administración faltaban instalar dos tableros y artefactos eléctricos, repintado tanto interior como exterior y sellar los calaminones que presentan perforaciones, mejorar el sistema de seguridad de las ventanas; que en el área de almacén falta la instalación de una electrobomba para agua potable, repintado interior y exterior, que en el área de baño y guardiana falta la instalación de los artefactos eléctricos, interruptores, tapa del tablero eléctrico, espejos, acabados en el muro interior del baño, respecto al cerco perimétrico que faltaba la instalación del portón de ingreso, mejorar los bordes del camino de acceso; haciendo también un inventario de los materiales y equipos que encontró en obra.

Que, en tal sentido, la Contratista habría incumplido con su obligación contractual de culminar la ejecución de la obra dentro de los sesenta (60) días previstos para tal fin, no obstante los requerimientos formulados por el Demandado para que acelere la

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

obra y concluya los trabajos a la brevedad, siendo el último requerimiento el 29 de febrero de 2008, bajo apercibimiento de resolución del Contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 226° del REGLAMENTO;

- Que, sin perjuicio de ello, el Demandado señala que la Contratista incumplió inclusive con su posterior compromiso de concluir los trabajos al 28 de marzo de 2008, es decir, fuera del plazo inicialmente previsto, por lo que, la resolución del Contrato dispuesta por FONDEPES se encontraría debidamente sustentada, no resultando arbitraria ni ilegal;
- Que, sobre la base de la Constatación realizada el 8 de abril de 2008 y lo informado por el Inspector de Obra el 01 de abril del mismo año, luego de la verificación efectuada el 28 de marzo del 2008, se evidencia que la obra no se encontraba en condiciones de recepción a la fecha en que IBERICO solicitó la misma, es decir al 01 de abril de 2008, toda vez que no había sido concluida sino que quedaba por ejecutar un saldo del 18.28% del total de la obra;
- Que, finalmente, el Demandado señala que la resolución del Contrato se realizó de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 226° y 267° del REGLAMENTO, toda vez que cumplieron con efectuar el requerimiento notarial de solicitar la subsanación del incumplimiento advertido, además de realizar dicho trámite incluso una vez comprobado que el incumplimiento continuaba, indicándose en dicha comunicación la fecha y hora para efectuar la Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra;
- Que, con relación a la segunda pretensión, la emisión del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales por parte de Notario Público con fecha 08 de abril de 2008, se realizó de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 267° del REGLAMENTO, pues la Demandante se encontraba debidamente notificada de tal acto;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que, el Demandado manifiesta que IBERICO no ha señalado expresamente cuál es el incumplimiento en que FONDEPES habría incurrido en relación al procedimiento previsto en el artículo 267° del REGLAMENTO, por tanto no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del Acta de Constatación.
- Que, con relación a la tercera pretensión FONDEPES sostiene que, luego de recibir la Carta N° 0244-2008-IBECO remitida por la Demandante con fecha 6 de junio de 2008, la misma que adjuntaba la Liquidación de Obra arrojando un saldo a su favor por la suma ascendente a S/. 88,499.74 (Ochenta y ocho mil cuatrocientos noventa y nueve con 74/100 Nuevos Soles) ésta se revisó y analizó, observándose que aún cuando la Demandante reconoció en el Folio N° 32 de la referida Liquidación, que la fecha de término de plazo de ejecución de la obra era el 28 de diciembre del 2007, pero que el término real fue el 26 de enero del 2008, resultando innecesario el compromiso de IBERICO de fecha 14 de marzo para culminar la obra a mas tardar el 28 de marzo del 2008 y su pedido de recepción de obra para el 01 de abril del 2008, el demandante asimismo no consideró la penalidad correspondiente por mora en la ejecución de la prestación de acuerdo a lo previsto en el artículo 222° del REGLAMENTO, ni tampoco los deductivos que deben aplicarse al no haber concluido la ejecución del total de las partidas previstas en el Presupuesto de Obra;
- Que asimismo señala el demandado conforme lo dispone el Artículo 269° procedió a elaborar una nueva liquidación de obra en la que conforme corresponde a la realidad de los hechos, se considera únicamente lo real ejecutado sobre la base de la verificación o inspección realizada en presencia de Notario Público el 08 de abril del 2008, considerándose además la penalidad máxima que le corresponde (10% del monto del contrato) conforme a lo dispuesto al artículo 22° del Reglamento; arrojando un saldo en contra de IBERICO por la suma de S/. 81,173.10 (Ochenta y un mil ciento setenta y tres con 10/100 Nuevos Soles).

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que, en relación a la cuarta pretensión, el Demandado considera que la misma debe declararse infundada, por cuanto la Liquidación elaborada por la Demandante no se ajusta a la realidad de los hechos, toda vez que la obra no fue realmente concluida por la Contratista, además de no considerar la penalidad correspondiente por la demora en la ejecución de su prestación, referir un monto superior al previsto en el Contrato e incluir mayores gastos generales sin una aprobación previa de plazo de ejecución de la obra.
- Que, en relación a la quinta pretensión, el Demandado señala que es la Contratista quien debería asumir el pago de los costos y costas derivados del presente proceso arbitral, toda vez que su único propósito sería dilatar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que corresponde con motivo de haberse resuelto el Contrato por causa atribuible a la Demandante y pretender que no se le aplique la penalidad que le corresponde de acuerdo a Ley;
- Que, en relación a la sexta pretensión, el Demandado indica que el mayor plazo de vigencia de las pólizas de la Demandante se origina en su incumplimiento en la conclusión de la obra dentro del plazo previsto para tal efecto; asimismo, se origina en que la Demandante ha liquidado la referida obra considerando datos errados, lo cual motiva el presente arbitraje;
- Que, asimismo, el Demandado manifiesta que la Demandante no ha liquidado la supuesta indemnización de conformidad con el detalle de los conceptos correspondientes, limitando su derecho a controvertir la procedencia de dicha indemnización.

I.2.3. Reconvención

Con fecha 09 de octubre del 2008, FONDEPES presentó su escrito de contestación de demanda y reconvención.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

1.2.3.1. El Petitorio

El Demandado señaló como petitorio de su reconvención:

- Que, como primera pretensión, se apruebe la Liquidación de Obra elaborada por el Demandado, la cual se encuentra adjunta a la Carta Notarial N° 581-2007-FONDEPES/DE, determinándose con ello la procedencia de la aplicación de la penalidad máxima a la Contratista, así como que la liquidación sólo contemple lo realmente ejecutado por la Demandante;
- Que, como segunda pretensión, la Demandante pague a FONDEPES la suma ascendente a S/. 81,446.48 (ochenta y un mil cuatrocientos cuarenta y seis con 48/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios;
- Que, como tercera pretensión, se condene a la Contratista al pago total de los costos y costas que originen el presente proceso arbitral.

1.2.3.2. Fundamentos de Hecho y de Derecho

El Demandado expuso lo siguiente:

- Que, respecto a su primera pretensión, FONDEPES indica que la Liquidación de Obra elaborada por la Demandante contiene datos errados en su cálculo, por cuanto no considera la penalidad que le corresponde por mora en la ejecución de la prestación ni tampoco los deductivos que deben aplicarse al no haber concluido la ejecución total de las partidas previstas en el Presupuesto de Obra, conforme consta en el Acta de Constatación realizada en presencia del Notario Público de fecha 08 de abril del 2008.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- Que, en tal virtud FONDEPES procedió a elaborar una nueva Liquidación de Obra en la que consideró la ejecución de los trabajos sólo respecto a lo realmente ejecutado, es decir deduciendo los trabajos no realizados conforme consta en el Acta de Constatación de fecha 8 de abril del 2008 y la penalidad máxima que le corresponde (10% del monto del contrato) arrojando un saldo en contra de IBERICO en el orden de los S/. 81,173.10 (ochenta y un mil ciento setenta y tres con 10/100 Nuevos Soles).
- Que, con relación a la segunda pretensión, el Demandado considera que IBERICO los ha hecho incurrir en gastos por desplazamiento de personal para verificar estado de la obra y por la tramitación de resolución del Contrato, los cuales debe asumir atendiendo a su incumplimiento contractual de concluir y entregar la obra dentro del plazo establecido en el Contrato;
- Que, asimismo la Demandante habría ocasionado pérdida de ingresos a FONDEPES respecto a la recaudación que correspondía al DPA Lagunillas ascendente a S/. 81,446.48 (ochenta y un mil cuatrocientos cuarenta y seis con 48/100 Nuevos Soles), según detalla en la Liquidación emitida por el Demandado;
- Que con relación a la tercera pretensión, el Demandado señala que es la Contratista quien debe asumir el total de las costas y costos del presente proceso arbitral, toda vez que es dicha parte quien ha sometido las decisiones de FONDEPES a esta vía arbitral.

1.2.3.3. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Que, mediante Resolución N° 4 de fecha 28 de octubre de 2008, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda y reconvencción, en los términos que se expresaron, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se señalaron; disponiéndose, asimismo, el traslado correspondiente a la Demandante por espacio de

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

diez (10) días hábiles.

Que, la Demandante presentó su escrito de contestación a la cuestión previa, contestación de demanda y a la reconvención el 10 de noviembre del 2008, contradiciendo cada una de las pretensiones planteadas por FONDEPES.

II. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, SANEAMIENTO, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 10 de fecha 15 de abril del 2009, se citó a las partes a Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el 05 de mayo del 2009 a horas 5:00 p.m. en la sede del Tribunal Arbitral.

Con fecha 05 de mayo del 2009 se llevó a cabo la referida Audiencia, la cual se desarrollo en el siguiente orden:

Conciliación

El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Tribunal decidió proseguir con el trámite del proceso.

Fijación de los Puntos Controvertidos

Que, en la diligencia mencionada, se procedió a fijar los puntos controvertidos del presente arbitraje, estableciéndose, con el consentimiento de las partes, los siguientes:

1). De las Cuestiones Previas

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- 1.- Determinar si corresponde declarar o no que la decisión administrativa emitida por el Demandado referida a la resolución del Contrato tiene calidad de cosa decidida.
- 2.- Teniendo en cuenta lo resuelto respecto del punto 1.1) precedente, determinar si corresponde declarar o no que el Tribunal Arbitral es competente para conocer las pretensiones vinculadas a la nulidad de la resolución del Contrato.

2). De la Demanda

- 3.- Determinar si a la fecha de emisión y/o recepción de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD, ya se había culminado con la obra.
- 4.- Determinar si corresponde declarar o no que a la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD incumple con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 267° del REGLAMENTO.
- 5.- En caso se declaren fundados los puntos 3) o 4) precedentes, según correspondan, determinar:
 - 5.1 Si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD, mediante la cual se habría resuelto el Contrato.
 - 5.2 Si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales emitida en la diligencia llevada a cabo el 8 de abril de 2008 a las 15:00 horas.
 - 5.3 Si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 579-2008-FONDEPES/DE, mediante la cual FONDEPES realiza una liquidación final de la obra, la misma que ha sido observada en su totalidad por la Demandante.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- 5.4. Si corresponde aprobar o no la liquidación final de la obra en base a la Carta N° C-0244-2008/IBECO, que arroja un saldo a favor de la Contratista de S/.88,499.74 Nuevos Soles.
6. Atendiendo a las conclusiones que se arriben en el punto 2.3) precedente, determinar si procede o no ordenar que el Demandado pague a favor de la Demandante, los intereses correspondientes y, de ser el caso, desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha de su cancelación.
7. Determinar si corresponde ordenar o no el reconocimiento y pago a favor de la Demandante por los supuestos daños y perjuicios ocasionados, como daño emergente correspondiente al mayor costo que ha tenido que asumir respecto a las pólizas de caución de (i) fiel cumplimiento de contrato, (ii) de adelanto directo y (iii) de adelanto de materiales.
8. Determinar si corresponde o no el reconocimiento y pago a favor de la Contratista por las utilidades dejadas de percibir, por no haber podido participar en diversos procesos de selección, debido a que ha tenido comprometidas las garantías correspondientes.

3). De la Reconvención

1. Determinar si corresponde declarar o no la aprobación de la liquidación de la obra elaborada por el Demandado y que fue adjuntada a la Carta Notarial N° 581-2007-FONDEPES/DE.
2. En caso se declare fundado el punto 3.1) precedente, determinar si corresponde declarar o no la procedencia de la aplicación de la penalidad máxima a la Demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 222° del REGLAMENTO.
3. Determinar si al 8 de abril de 2008 existían partidas de la obra que se encontraban

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

pendientes de ejecución.

4. Atendiendo a la conclusión que se arribe en el punto 11. precedente, determinar si corresponde declarar o no que en la liquidación de la referida obra sólo se debe contemplar lo realmente ejecutado por la Contratista.
5. Determinar si corresponde ordenar o no que la Demandante pague a favor del Demandado el monto ascendente a S/. 81,446.48 Nuevos Soles, por concepto de Daños y Perjuicios.

4). Pretensiones Comunes

Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral, así como los gastos correspondientes a la respectiva etapa de conciliación previa, más los intereses correspondientes.

5). Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

5)1. De la parte demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por IBERICO en su escrito de demanda presentado el 29 de agosto de 2008, incluidos en el acápite "5.- MEDIOS PROBATORIOS", signados con los numerales que van del 5.1) al 5.17).

5)2. De la parte demandada:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por FONDEPES en su escrito presentado

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

el 09 de octubre del 2008, divididos de la siguiente manera:

Los medios probatorios documentales contenidos en el acápite "Medios Probatorios" del extremo de la cuestión previa, signados con los numerales que van del 1) al 7).

Los medios probatorios documentales contenidos en el acápite "2.Medios Probatorios" del extremo de la contestación de demanda.

Los medios probatorios documentales contenidos en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" del extremo de la reconvención.

Pruebas de Oficio:

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas y amparadas conforme a lo establecido en el artículo 37° de la Ley General de Arbitraje.

III. ALEGATOS

Mediante Resolución N° 11 de fecha 30 de junio del 2009, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos, dentro del cual únicamente el Demandado cumplió con presentar sus respectivos alegatos, dejándose constancia de ello mediante Resolución N° 12 de fecha 24 de agosto del 2009, en donde también se fijó fecha para la Audiencia de Informes Orales para el 31 de agosto del 2009 a horas 17:30.

IV. PLAZO PARA LAUDAR

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

Mediante Resolución N° 13 de fecha 04 de noviembre del 2009, se fijó el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en veinte (20) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente. Dicho plazo fue ampliado en veinte (20) días hábiles adicionales a través de la Resolución N° 14 de fecha 30 de noviembre del 2009.

V. LAUDO EMITIDO POR MAYORIA CON FECHA 30 DE DICIEMBRE DE 2009:

Mediante Laudo contenido en la Resolución N° 15, el Tribunal Arbitral en mayoría resolvió las controversias dentro del presente proceso decretando lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la cuestión previa planteada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Respecto de la Primera Pretensión de la Demanda, declararla **FUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Respecto de la Segunda Pretensión de la demanda, declararla **FUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

CUARTO: Respecto de la Tercera Pretensión de la demanda, declararla **FUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

QUINTO: Respecto de la Cuarta Pretensión de la demanda, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

SEXTO: Respecto de la Sexta Pretensión de la demanda, declararla **FUNDADA EN PARTE**, respecto a los costos financieros por los fundamentos expuestos en el numeral 6° del apartado II.2.f, e **IMPROCEDENTE**, en los demás extremos.

SÉTIMO: Respecto de la Primera pretensión de la reconvención, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

OCTAVO: Respecto de la Segunda pretensión de la reconvención, declarar **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

NOVENO: Se declara que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les correspondía asumir (50% a cada una de ellas); en consecuencia, Ibeco Contratistas Generales S.A. deberá reembolsar al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES los gastos arbitrales relativos a la reconvención que dicha entidad asumió por el Contratista. Asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.

DÉCIMO.- ORDÉNESE que Ibeco Contratistas Generales S.A. pague al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES la multa impuesta por este colegiado ascendente a la mitad (50%) del valor equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria, debiéndose tomar como referencia el valor de la Unidad Impositiva Tributaria a la fecha de emisión del presente laudo arbitral.

UNDÉCIMO: Remítase copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado."

VI. **OPINION SINGULAR DEL ARBITRO HECTOR AGUIRRE GARCIA**

Mediante Opinión singular contenida en la Resolución N° 15, donde obra el Laudo emitido en mayoría por el Tribunal Arbitral, el Arbitro Héctor Aguirre García, en base a las

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

consideraciones expuestas en su opinión singular, estimo que se debía declarar lo siguiente:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la cuestión previa planteada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Respecto de la Primera Pretensión de la Demanda, declararla **INFUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Respecto de la Segunda Pretensión de la demanda, declararla **INFUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

CUARTO: Respecto de la Tercera Pretensión de la demanda, declararla **FUNDADA EN PARTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

QUINTO: Respecto de la Cuarta Pretensión de la demanda, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

SEXTO: Respecto de la Sexta Pretensión de la demanda, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

SÉTIMO: Respecto de la Primera pretensión de la reconvención, declararla **FUNDADA EN PARTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

OCTAVO: Respecto de la Segunda pretensión de la reconvención, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

NOVENO: Respecto de la quinta pretensión de la demanda y tercera pretensión de la reconvención, Se declara que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

correspondía asumir (50% a cada una de ellas); en consecuencia, IBECO Contratistas Generales S.A. deberá reembolsar al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES los gastos arbitrales relativos a la reconvencción que dicha entidad asumió por el Contratista. Asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.

DÉCIMO.- ORDÉNESE que IBECO Contratistas Generales S.A. pague al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES la multa impuesta por este colegiado, ascendente a la mitad (50%) del valor equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria, debiéndose tomar como referencia el valor de la Unidad Impositiva Tributaria vigente a la fecha de emisión del presente laudo arbitral.

UNDÉCIMO: Remítase copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VII. DEL RECURSO DE ANULACIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD Y DE LO RESUELTO POR LA PRIMERA SALA CIVIL SUB ESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:

Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2010, el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero- FONDEPES, interpuso recurso de anulación de Laudo contra el Laudo emitido en mayoría con fecha 30 de diciembre de 2009, manifestando que el Tribunal Arbitral ha incurrido en las causales de anulación previstas en los incisos b y d del numeral 1 del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 28 de fecha 14 de octubre de 2011, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima (**Expediente N° 216-2010**) resolvió el recurso de anulación declarando:

"FUNDADO el Recurso de Anulación formulado por el Fondo Nacional de Desarrollo

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -





Pesquero – FONDEPES, en el extremo que solicita la anulación en aplicación de la causal prevista en el inciso b) del numeral 1 del Decreto Legislativo N° 1071, e INFUNDADO en la causal d); y en consecuencia INVÁLIDO el Laudo arbitral de derecho expedido con fecha 30 de diciembre de 2009; REMITIR LA CAUSA A LOS ÁRBITROS a efectos que expidan nuevo Laudo; en los seguidos por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES con Ibeco Contratistas Generales S.A. sobre Anulación de Laudo Arbitral.”

- VIII. En tal sentido y atendiendo a lo resuelto por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima en el **Expediente N° 216-2010, ESTE COLEGIADO PROCEDE A EMITIR NUEVO LAUDO** – aplicando el criterio señalado por la Sala Civil antes citada; en los términos siguientes:

VIII. 1. CONSIDERANDO

VIII.1.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- 
1. Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa entonces vigente.
 2. Que, la designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
 3. Que, ni el Demandante ni FONDEPES recusaron a ningún miembro del Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- 
- 
- 


Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -



4. Que, el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo FONDEPES fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y planteando una reconvencción, la cual fue respondida también por el Demandante.
5. Que, ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos, y ejerciendo ambas el derecho a realizar sus respectivos informes orales.
6. Que, en tal sentido, este Colegiado dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

VIII.2 . ANÁLISIS

VIII.2.a RESPECTO A LA CUESTIÓN PREVIA FORMULADA POR FONDEPES EN SU ESCRITO PRESENTADO EL 06 DE OCTUBRE DEL 2008.



El Tribunal estima necesario precisar que, a pesar que FONDEPES invocara en su pedido de Nulidad del Laudo interpuesto ante la Corte Superior de Justicia de Lima que el pronunciamiento emitido por el Tribunal Arbitral respecto del no vencimiento del plazo para la interposición de la solicitud de arbitraje representa un pronunciamiento sobre materias que no fueron sometidas a su decisión; al declarar la Nulidad del Laudo, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, en el **Expediente N° 216-2010**, ha establecido que **DESESTIMA LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR FONDEPES** sobre este extremo de su Recurso; razón por la cual – sobre esta



Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

cuestión previa - el Tribunal Arbitral procede a la reproducción de extremo del Laudo primigenio, en los términos que indica a continuación:

1. FONDEPES solicitó, Como cuestión previa, que el Tribunal Arbitral declare que resulta improcedente pronunciarse sobre la resolución del CONTRATO efectuada por FONDEPES, toda vez que, en relación a dicha decisión, el presente arbitraje habría sido solicitado por IBECO fuera del plazo de caducidad previsto en el CONTRATO y en la normativa de la materia, quedando la decisión de resolver el CONTRATO consentida y con calidad de cosa decidida.
2. En tal virtud, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo del 2009, señaló las siguientes cuestiones previas que se encuentran pendientes de resolver en el presente arbitraje, respecto de las cuales este colegiado deberá realizar un análisis previo al estudio de las cuestiones de fondo: (i) Determinar si corresponde declarar o no que la decisión administrativa emitida por el FONDEPES referida a la resolución del contrato materia de litis tiene calidad de cosa decidida; (ii) Teniendo en cuenta lo resuelto respecto del punto (i) precedente, determinar si corresponde declarar o no que el Tribunal Arbitral es competente para conocer las pretensiones vinculadas a la nulidad de la resolución del contrato materia de litis.
3. Cabe precisar que por su parte, mediante escrito presentado con fecha 10 de noviembre del 2008, IBECO cumplió con absolver el traslado de la cuestión previa deducida por FONDEPES, sosteniendo que ha cumplido con el plazo establecido en el artículo 53° de la LEY, es decir, que el plazo de caducidad sólo se fija por ley y que siendo el REGLAMENTO aprobado

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

por norma de menor jerarquía, la solicitud de arbitraje fue presentada antes de la culminación del CONTRATO.

4. Sobre el particular, el Tribunal considera que debe iniciar su análisis dilucidando el marco normativo sobre el cual reposan los argumentos vertidos tanto por IBERICO como por FONDEPES. Dicho marco está contenido en el artículo 53° de la LEY y en el artículo 267° del REGLAMENTO.

5. Con relación al artículo 53° de la LEY, este dispone lo siguiente:

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. (...)."

6. Por su parte, el artículo 267° del REGLAMENTO:

"La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los Artículos 222 y 226, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra Entidad, o previa convocatoria al proceso de selección que corresponda, de acuerdo con el valor referencial respectivo.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

(10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida

7. Este Tribunal considera que el Artículo 53° de la LEY¹, expresamente autoriza a que las partes puedan iniciar un proceso arbitral respecto de cualquier controversia que surja, desde la suscripción del contrato hasta el momento anterior a su culminación, precisándose que este plazo es de caducidad.
8. El artículo antes mencionado de la LEY, no remite en ningún momento al REGLAMENTO², hecho que se condice con lo dispuesto en el artículo 2004° del Código Civil, que expresamente establece: **"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario"**, consecuentemente, no resulta aplicable el plazo fijado en el artículo 267° del REGLAMENTO que fue aprobado por un Decreto Supremo, por ser una norma de un nivel inferior a una Ley,
9. Al respecto, Marcial Rubio Correa³ señala: *"desde que las acciones están reguladas por norma de rango de ley, hay que entender que los plazos de*

¹ El Art. 53° de la LEY establece:
Artículo 53° Solución de Controversias
“(.....)”

53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, **se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.**

“(.....)”

² El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

³ Marcial Rubio Correa: "Prescripción y Caducidad: La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil." Vol. VII. PUC Fondo Editorial. Lima, 1989. Página 73.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

caducidad, también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores".

10. Adicionalmente, en el presente caso, el CONTRATO no ha culminado, ya que al haberse sometido a sede arbitral la validez de la liquidación practicada y aprobada por FONDEPES, aún no se cuenta con la conformidad de la recepción de la prestación ejecutada por IBERICO, conforme lo exige el tercer párrafo del artículo 204° del Reglamento⁴ para la culminación del CONTRATO. En este caso (cuestionamiento de la liquidación, así como de los demás cuya solución pretende la Contratista) nos encontramos frente a una controversia presentada después de la suscripción y durante la vigencia del contrato, la cual debe ser necesariamente resuelta mediante el Arbitraje, el cual según su monto puede ser conducido por un Tribunal Arbitral (compuesto por tres miembros) o Arbitro Único, pero en ambos casos son los únicos competentes para avocarse al conocimiento y solución de las controversias presentadas en el marco de la LEY y su Reglamento - en mérito del principio de especialidad de la norma establecido en el artículo 4° de la LEY y de la obligatoriedad y exclusividad del arbitraje considerados tanto en el inciso b) del artículo 41° y el numeral 53.3 del artículo 53° de la LEY como el único medio previsto por este marco normativo para la solución definitiva de las controversias que surjan entre los Contratistas y el Estado después de la suscripción del contrato.

11. En este estado, cabe tener presente que de lo manifestado por las partes; y, conforme a los argumentos expuestos por estas y que han sido transcritos en la parte expositiva precedente, se aprecia que la Contratista,

⁴ "Artículo 204.- Vigencia del contrato

(...) En el caso de ejecución y consultoría de obras el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación."

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

cursó la Carta Notarial N° 42544 de fecha 16 de abril del 2008 a fin de que se lleve a cabo una conciliación con FONDEPES, llevándose a cabo dicho acto ante la Cámara Peruana de Conciliación, Arbitraje y Mediación – CAMPECAM con fecha 25 de abril de 2008; conforme se aprecia de la copia del Acta de Conciliación, en la misma que se observa que no se concilió por falta de Acuerdos entre las Partes levantándose por tal motivo el Acta N° 360-2008 correspondiente al Expediente N° 381-2008; y que la Contratista, con Carta Notarial N° 0233-2008/IBECO de fecha 4 de junio de 2008 planteó el Proceso Arbitral.

12. De otro lado, respecto al argumento que las partes *"libre y voluntariamente"* habían establecido en el contrato que el plazo para acudir a la vía arbitral en caso la conciliación concluya con acuerdo parcial o sin acuerdo, es de quince días siguientes a la suscripción del Acta respectiva, plazo que vincula a las partes y *"es ley entre las partes"*; este colegiado tampoco considera válido dicho argumento, toda vez que de acuerdo con lo establecido en el artículo V del Títulos Preliminar del Código Civil *"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres"*, en tal sentido dicho acuerdo deviene en inválido al haber pactado un plazo diferente al establecido en el artículo 53° de la LEY (norma que es de orden público, toda vez que no se puede pactar en contrario).

13. En consecuencia, este Tribunal observa que el Demandante ha iniciado su proceso arbitral dentro del plazo de caducidad legal, dispuesto por el artículo 53° de LEY, por lo que la cuestión previa propuesta por FONDEPES, basada en la falta de capacidad del Tribunal Arbitral para avocarse al conocimiento y solución de la controversia, por supuestamente

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

haberse vencido el plazo del que disponía la Contratista para iniciar el arbitraje, deviene en INFUNDADA.

14. En ese orden de ideas, habiendo superado la cuestión previa planteada por FONDEPES, corresponde que este colegiado realice el análisis pertinente de las cuestiones de fondo.

VIII.2.b DE LA DEMANDA

VIII.2.b.1 RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PLANTEADA POR IBERICO EN SU ESCRITO DE DEMANDA INGRESADO EL 29 DE AGOSTO DE 2008

1. Como primera pretensión de la demanda, IBERICO solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD, de fecha 02 de abril de 2008 (Anexo "G" de la demanda), mediante la cual resuelve el CONTRATO.
2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió como puntos controvertidos los siguientes:

◆ **Pretensión de IBERICO en su Demanda Arbitral:**

"2.1 *Determinar si corresponde declarar o no la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD de fecha 02.04.08, la misma que resuelve el contrato de obra*";

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

3. Ante todo, debemos entender que la nulidad es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el derecho administrativo, el particular o administrado sólo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos.
4. Efectuado este pequeño preámbulo y de la revisión del documento que la demandante busca su nulidad, encontramos que éste fue emitido por la demandada dentro de la etapa de ejecución contractual de un contrato de ejecución de obra, contrato que por su naturaleza se encuentra legislado o normado por la LEY y su REGLAMENTO. Asimismo, este documento tuvo por finalidad resolver el CONTRATO.
5. La resolución contractual se encuentra legislada dentro de la norma de contrataciones y adquisiciones antes señalada, en los siguientes Artículos que pasamos a exponer:

"Artículo 224°.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto."

"Artículo 225°.- Causales de resolución

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que el contratista:

- i. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- ii. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- iii. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°."

"Artículo 226°.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

"Artículo 267°.- Efectos de la resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269°.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que

Caso Arbitral:


IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -



correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los Artículos 222° y 226°, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra Entidad, o previa convocatoria al proceso de selección que corresponda, de acuerdo con el valor referencial respectivo.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida."

- 
6. Que, de la revisión Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD del 02 de abril de 2008, notificada con fecha 03 de abril de 2008 (Anexo "G" de la demanda) se aprecia que dicho documento se encuentra emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 267° del REGLAMENTO; es decir:

- 
- 
- a. Se ha hecho efectivo el apercibimiento de la resolución por no haberse cumplido el requerimiento.
 - b. Precisa con claridad que el CONTRATO ha quedado resuelto.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- c. Se ha indicado la fecha y hora para efectuar la constatación Física de la Obra, con una anticipación menor de dos (2) días.
 - d. Se ha cursado la Carta de resolución contractual vía notarial.
7. Que, habiéndose revisado la formalidad de dicho documento, y teniendo en cuenta que esta deviene en un requisito fundamental para la resolución contractual, este Tribunal, a fin de observar si efectivamente transcurrieron los plazos establecidos por el artículo 226° del REGLAMENTO (15 días) para el requerimiento, hace la revisión de las actuaciones realizadas por las partes hasta la emisión de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD, de fecha 02 de abril de 2008: entre ellas el Calendario Actualizado de avance de obra; el asiento N° 34 del Cuaderno de Obra; la Carta Notarial N° 191-2008-FONDEPES/DE de fecha 29 de febrero de 2008; la Carta N° C-0089-2008/IBCO, del 03 de marzo de 2008; la Carta s/n de fecha 14 de marzo de 2008 de IBECO; la Carta N° 0132-2008-IBECO de fecha 1° de abril de 2008; y el Informe N° 1279-2008-FONDEPES/DT/WMV de fecha 1° de abril de 2008.
8. Que de los documentos y actuaciones mencionadas en el numeral anterior – que obran entre los antecedentes proporcionados por las partes, tanto en la demanda como en su respectiva contestación - y que son materia del análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral para motivar y sustentar su decisión, se aprecia lo siguiente:

- 8.1 Que, conforme a lo establecido en la cláusula quinta del contrato (Anexo "A" de la demanda), el plazo de ejecución de la obra era de sesenta (60) días calendario, el cual se inició el 28 de noviembre de 2007 por aplicación del artículo 240° del REGLAMENTO, cuando FONDEPES cumplió con la entrega del adelanto directo; por lo que el plazo formalmente establecido para la ejecución la obra debía culminar el 26 de enero de 2008;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

8.2 Que, en el Calendario Actualizado de avance de obra (Anexo "j" de la contestación de la demanda) la demandante programó 43.46% para la ejecución del mes de diciembre 2007 y 56.54% para el mes de enero de 2008. Sin embargo, en diciembre 2007 sólo ejecutó 34.78% y en enero 2008 ejecutó 26.54%; existiendo al 26 de enero de 2008 (fecha de vencimiento del plazo contractual y de culminación de la obra) un atraso acumulable del 38.68%:

8.3 Que, a consecuencia de ese atraso, mediante Asiento N° 34 del Cuaderno de Obra (Anexo "k" de la contestación de la demanda), con fecha 21 de enero de 2008 el Inspector de la obra estableció: *"En cuanto al pedido de partidas adicionales, se deberá presentar adecuadamente sustentados, para su análisis y evaluación correspondiente. De otro lado, a la fecha el avance acumulado registra un atraso mayor al 20%, por lo que se solicita el calendario acelerado de avance de obra, que indique el término de la obra en el más breve plazo, sin que ello implique ampliación de plazo" (sic).*

Con lo cual se corrobora que a esa fecha (21.01.08) existían atrasos en la etapa constructiva y que el representante de la entidad demandada en obra requirió a la demandante para que acelerara los trabajos y cumpliera con presentar el Calendario de Avance Acelerado de Obra;

8.4 Que, ante las demoras injustificadas en las que había incurrido la demandante, mediante Carta Notarial (Oficio) N° 191-2008-FONDEPES/DE del 28 de febrero de 2008, recibida por la demandante con fecha 19 de febrero de 2009 (Anexo "D" de la demanda), la entidad demandada le otorgó a la demandante un

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

plazo de quince (15) días, contados a partir del día siguiente de recibida la misma, en virtud de lo señalado en el artículo 226° del REGLAMENTO, a fin que la demandada entregue la obra concluida; de no ser así, se vería obligada a resolver el contrato y comunicar al CONSUCODE, para los fines correspondientes (sic); con lo que el plazo para que la demandante cumpla con esa obligación vencía el 15 de febrero de 2008.

- 8.5 Que, mediante Carta N° C-0089-2008-IBECO, del 03 de marzo de 2008 y recibida por la demandada en esa fecha (Anexo "E" de la demanda), la demandante procedió a contestar la Carta Notarial (Oficio) N° 191-2008-FONDEPES/DE y absolvió el requerimiento señalando los siguientes fundamentos:

- "1. Que, la obra de la referencia se ha culminado todas las partidas dependientes directamente del Contratista, faltando sólo la entrega de los calaminones por estar en proceso de fabricación especial como manda en el Expediente Técnico;*
- 2. Que, estamos de acuerdo con la aplicación del artículo 226° del REGLAMENTO por cuanto mi representada está a la espera de la Resolución de autorización del Adicional N° 01 acordado por las partes; y*
- 3. En consecuencia, nos extraña la amenaza de resolución del contrato, en tanto y en cuanto se ha venido coordinando estrechamente con el Supervisor y Funcionarios de la entidad para la ejecución del Adicional N° 01, el mismo que es potestad de la entidad " (sic)*

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

8.6 Que, posteriormente a la Cartas citadas en los numerales anteriores, y bajo el título del Asunto: "Compromiso de culminar las 4 obras antes del 28 de marzo de 2008", la Demandante cursó a la demandada la Carta s/n de fecha 14 de marzo de 2008 (Anexo "m" de la contestación de la demanda); comprometiéndose a la culminación de las obras de la referencia ("Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Tambo de Mora Distrito de Tambo de Mora, Región Ica"; "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal El Chaco", Distrito Pisco, Región Ica"; "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Lagunillas, Distrito Pisco, Región Ica"; y "Rehabilitación Integral del Desembarcadero Pesquero Artesanal Laguna Grande, Distrito Pisco, Región Ica") en un plazo que no excedería del 28 de marzo de 2008 y, como sustento del compromiso expuesto, acompañó el Cronograma Acelerado para el término de la Obra" (sic);

8.7 Que, con sus actos propios y sus dichos expuestos en la audiencia de Alegatos orales, las partes acreditan que **a pesar de haber concluido el 26 de enero de 2008 el plazo de ejecución de obra**, la demandada le permitió a la demandante que continuara con la implementación y culminación de la obra en fechas distintas, bajo el compromiso verbal de la demandante de hacerlo en el menor plazo posible, **el cual fue confirmado de forma unilateral y expresa por la demandante hasta el 28 de marzo de 2008;**

Con ello, se aprecia que en aplicación de la "doctrina de los actos propios", que tiene como fundamento el principio general de la

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

buena fe⁵, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con la que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica, ***la demandante se comprometió y obligó motu proprio, a entregar la obra culminada al 100% antes del 28 de marzo de 2008.***

A estos efectos cabe tener presente que bajo la aplicación de la doctrina de los actos propios, se supone que una persona no puede, bajo el principio de la buena fe, adoptar una conducta diferente a la desarrollada por la misma persona con anterioridad en la ejecución de un contrato; o dicho de otro modo, la parte que ha venido ejecutando un contrato y se ha venido beneficiando de él, no puede súbitamente desconocer alguno de los términos pactados pues ello constituye actuar en contrario a los actos propios realizados y a la buena fe contractual.

Consecuentemente, el principio de la buena fe se aplica para dar cuenta de relaciones de confianza y honestidad entre las partes que justifican relaciones de transparencia y honradez entre ellas con miras al objetivo final del contrato, que en el presente caso está constituido por la entrega de la obra encomendada a la demandante, concluida al 100%. Todo ello con el propósito de

⁵ Ver. Sentencia emitida por la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca, que contiene las siguientes expresiones: *"La doctrina de los actos propios guarda correspondencia con el postulado de la buena fe en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud, honradez, de forma que es inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su accionar aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos, es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta."* Expediente N° 33633-2000, Nulidad de Acto Jurídico, Considerando Décimo Quinto, emitida con fecha 28 de mayo de 2004.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

mantener un grado de confianza que permita cumplir con las obligaciones contractuales o admitir los comportamientos en el marco de los contratos, lo que en doctrina se denominan 'los actos propios' que, como lo hemos señalado, son una consecuencia natural del principio de la buena fe⁶. La llamada doctrina de los actos propios consiste, pues, en proscribir la conducta contradictoria de una parte en el contrato prohibiendo a los contratantes decirse y desdecirse pues con ello se viola la buena fe.

De lo antes expuesto se concluye que, con el compromiso expresado en su comunicación s/n del 14 de marzo de 2008, la demandante se obligó "unilateralmente y por acto propio" a entregar la obra culminada antes del 28 de marzo de 2008.

- 8.8 Que, la demandada afirma en su contestación de la demanda, y no ha sido refutado por la demandante, que una Comisión de la demandada se constituyó en obra **el 8 de abril de 2008** (Anexo "p" de la contestación de la demanda), **comprobando que la obra se encontraba inconclusa y que a esa fecha faltaban distintas actividades**, entre otras, "que en la plataforma del muelle falta instalar las bitas y mejorar la instalación de las llantas correspondiente al sistema de defensa; mejorar parcialmente el piso en el área de carga, reparación de la viga de borde del muelle; falta la instalación del 90% de la cobertura del área de carga, como instalación de la red eléctrica; falta instalar la electrobomba de agua

⁶ En palabras de Cecilia O'Neill de la Fuente, "(...) el sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones." **O'NEILL DE LA FUENTE**, Cecilia. "El cielo de los conceptos jurídicos versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios." En: *Themis. Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, N° 51, 2005, p. 47.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

salada: falta mejorar la limpieza del muelle marginal; en lo que respecta al área de administración falta instalar dos tableros y artefactos eléctricos; falta repintado, tanto interior como exterior y sellar los calaminones que presentan perforaciones; falta mejorar el sistema de seguridad de las ventanas; en el área de Almacén falta instalar más o menos el 3% de la cobertura del techo y sellar las perforaciones que presenta parte del mismo; falta instalaciones de las redes eléctricas y artefactos eléctricos; falta la instalación de una electrobomba para agua potable; falta repintado interior y exterior; en el área de baño y guardianía falta la instalación de los artefactos eléctricos, interruptores, tapa de tablero eléctrico, espejos, faltando asimismo mejorar el acabado en el muro interior del baño; en lo que respecta al cerco perimétrico falta la instalación del portón de ingreso; falta mejorar los bordes del camino de acceso; en lo que se refiere a los materiales, existen 30 calaminones, 10 tubos cuadrados de 1' por 2.5 mm. 8 perfiles de sección (T) de ¾ de pulgada por 3/16"; respecto a equipos, se observa un grupo electrógeno marca Honda de 220 voltios, 60 HZ. De frecuencia, de 5.5 KVA, Modelo GX-390, de 15 HP de potencia, a gasolina, operativa" (sic).

Adjunta a esta Acta de Constatación, aparece el Cuadro Referencial de Avance de Obra donde se aprecia que existen nueve (09) partidas con avance del 00%; dos (02) partidas con avance del 10%; una (01) partida con avance del 40%, una (01) partida con avance del 50%; una (01) partida con avance del 60%; cinco (05) partidas con avance del 80%; un (01) partida con avance del 85%; siete (07) partidas con avance del 90%, tres (03) partidas con avance del 95%; una (01) partida con avance del 07%; y ciento setenticinco (175) partidas con avance del 100%;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- 8.9 Que con fecha 1° de abril de 2008, a través de su Carta N° 0132-2008-IBECO (Anexo "F" de la demanda), la demandante comunicó a la demandada que había concluido con los trabajos de la obra y solicitó la recepción de la obra;
- 8.10 Que, ante el pedido de recepción de la obra formulado por la Demandante, el Supervisor de Obra comunicó al Director Técnico de FONDEPES, mediante el Informe N° 129-2008-FONDEPES/DT/WMV de fecha 1° de abril de 2008 (Anexo "o" de la contestación de la demanda), lo siguiente:

En la parte relacionada con su análisis señala:

- *"Que en el planteamiento que hace el contratista con relación a las dificultades que se le presentaron, las que corresponde esencialmente a la falta de suministro de calaminon, a las paralizaciones de obra por parte de INRENA, se le solicitó la justificación de dichas causales, pero estas no fueron presentadas por el contratista;*
- *Que, el atraso de 8.68% con relación a la programación del mes de diciembre-07, se debe a lo lejano de la ubicación del desembarcadero, que impiden realizar más eficazmente los trabajos;*
- *Que, posteriormente, en el mes de febrero, el atraso de la obra fue más importante, aproximadamente del orden del 30%, con relación al avance programado, lo que generó que se le remitiera al Contratista la Carta N° 191-2008-FONDEPES/DE, otorgándole 15 días para que concluya la obra;*
- *Que, pese a los requerimientos notariales efectuados al Contratista, no ha cumplido con el avance de las obras ni con el compromiso asumido en su carta de fecha 14 de marzo del 2008; y*

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- *Que, el pedido de recepción de la obra no es procedente, toda vez que se ha verificado el 28 de marzo de 2008, que faltan varias partidas y, además, ha coordinado telefónicamente el día de emisión del informe (01.04.2008) con el Presidente del Gremio, quien le confirma que los trabajos no han concluido a la fecha (01.04.2009)". (sic)*

Que, en base al análisis antes enunciado, el Supervisor de la Obra concluye estableciendo:

- *Que a la fecha (01.04.09) se registra un atraso del 18.28% en la ejecución de la obra, lo que configura el incumplimiento injustificado del contratista con relación a sus obligaciones contractuales;*
- *Que, de conformidad con el artículo 225° inciso 1) del REGLAMENTO, se deberá proceder a la resolución del contrato, por incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales;*
- *Que, no es procedente tramitar la conformación del Comité de Recepción, puesto que a la fecha (01.04.09) no han concluido todas las partidas del presupuesto contractual". (sic)*

9. Que de las actuaciones y comunicaciones analizadas en el numeral anterior, se aprecia que los requerimientos previos a la conclusión del plazo de ejecución de la obra y los subsiguientes – cuando se concede a la demandante fechas posteriores al vencimiento del plazo para que cumpla con entregar la obra concluida al 100% - efectivamente se han efectuado por vía notarial, que se ha requerido a la demandante para que en el plazo máximo de quince (15) días cumpla con la obligación esencial consistente en la "entrega de la obra concluida"; por lo que se puede establecer que el contenido de las Cartas emitidas por la demandada tienen el efecto que se persigue, pues el requerimiento precisa como obligación esencial de

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

cumplimiento de la demandante *"La entrega de la obra concluida al vencimiento del plazo contractual"*.

10. Que, estando al articulado antes citado, los documentos de requerimiento contractual efectuados por la demandada a la demandante, se habrían emitido en concordancia con lo dispuesto en los Artículos 226° y 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al haber establecido las obligaciones contractuales que debía cumplir la demandada dentro de los plazos establecidos en las disposiciones citadas, además se ha cumplido con señalar la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra; por lo que procede que el Tribunal Arbitral declare infundada la presente pretensión.
11. En base a los considerandos hasta ahora expuestos, el Tribunal Arbitral está adoptando y aplicando los lineamientos y criterios establecidos por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el **Expediente N° 216-2010**, al momento de resolver el recurso de anulación de Laudo interpuesto por la Entidad;
12. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral establece sobre la primera pretensión del demandante, siguiendo el orden en que se han establecido los puntos controvertidos, que:

"2.1 A la fecha de emisión (02 de abril de 2008) o recepción de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD (03 de abril de 2009), aún no se había culminado con la obra materia de litis; por lo que la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD cumple con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 267° del REGLAMENTO;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

Por tanto, no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/PCD, mediante la cual se habría resuelto el contrato materia de litis".

VIII.2.b.2 RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PLANTEADA POR IBERICO EN SU ESCRITO DE DEMANDA INGRESADO EL 29 DE AGOSTO DE 2008

1. Como segunda pretensión de la demanda, IBERICO solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales, de fecha 8 de abril de 2008.
2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió como punto controvertido relacionado con esta pretensión:

"2.2 Determinar si corresponde declarar o no la Nulidad y/o Ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales del día 08.04.08 a las 15:00 horas";

3. Que, del análisis realizado al la primera pretensión de la demanda, y respecto de los puntos controvertidos 2.1, se ha establecido que la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/DE no adolece de nulidad, en razón que se ha podido concluir que este documento se habría emitido en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 267° del REGLAMENTO
4. Que, siendo esto así y, teniendo en cuenta que el Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales realizada el día 8 de abril de 2008, a las

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

15:00 horas, ha sido efectuada de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo N° 267° del REGLAMENTO, como consecuencia de la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/DE, mediante la cual se dispone la resolución del contrato y se fija fecha para esta actividad; la cual ha sido debidamente comunicada a la demandante y cuenta con fé Notarial; este Tribunal Arbitral es de la opinión que el Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales, realizada a las 15:00 el día 8 de abril de 2008, no adolece de causal de nulidad o de anulación alguna.

5. En concordancia con lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral establece, sobre la segunda pretensión del demandante, y siguiendo el orden en que se han establecido los puntos controvertidos, que:

"No corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales emitida en la diligencia llevada a cabo el 9 de abril de 2008 a las 10:00 horas";

Por tanto, el Tribunal Arbitral estima que debe declararse Infundada esta segunda pretensión del demandante.

VIII.2.b.3 RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PLANTEADA POR IBERICO EN SU ESCRITO DE DEMANDA INGRESADO EL 29 DE AGOSTO DE 2008

1. Como tercera pretensión de la demanda, IBERICO solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 579-2008-FONDEPES/DE, recibida por la Contratista con fecha 4 de julio de 2008, mediante la cual la entidad Demandada practica una Liquidación Final de Obra.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió sobre esta tercera pretensión de la demandante, como punto controvertido, el siguiente:

"2.3 Determinar si corresponde declarar o no la Nulidad y/o Ineficacia de la Carta Notarial N° 579-2008-FONDEPES/DE de fecha 03.07.08, recibida por el Contratista el 04.07.08, la misma con que FONDEPES practica una Liquidación Final de obra observada en su totalidad por IBECO";

3. Conforme se ha venido manifestando en los considerandos precedentes, la Carta Notarial N° 419-2008-FONDEPES/DE (Anexo "G" de la demanda) se emitió de conformidad con el artículo 226° del REGLAMENTO, donde se estableció la fecha en que se iba a realizar la constatación e inventario de materiales, habiéndose emitido el Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales realizada el día 9 de abril de 2008 (Anexo "p" de la contestación de la demanda), y, como consecuencia de ello, mediante Carta N° C-0244-2008/IBECO, de fecha 06 de junio de 2008 y recibida por la demandada ese mismo día, la demandante remitió su liquidación de (Anexo "M" de la demanda), donde se aprecia que incluye como costo total de la obra la suma de S/. 221,299.74 (distribuido en S/. 185,966.18 como costo total sin IGV y agrega S/. 35,333.56 como IGV); como monto amortizado la suma de S/. 132, 800.00 (distribuido en S/. 11, 596.64 como costo del contrato sin IGV, más S/. 21,203.36 por IGV); y un saldo a su favor de S/. 88,499.74 (representado por S/. 74,369.54 como costo total sin IGV, y agrega S/. 14,130.20 como IGV).

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

4. Que, de acuerdo con la cláusula tercera del contrato (Anexo "A" de la demanda), se aprecia que la modalidad de la contratación fue a SUMA ALZADA; y que, de acuerdo con la cláusula Cuarta, numeral 4.1 del mismo, la suma pactada fue de S/. 222,000.00 incluido IGV, donde *"están incluidos todos los costos por concepto de materiales, mano de obra, dirección técnica, utilidad, transporte, empleo de maquinarias y equipos, obligaciones laborales, leyes sociales, seguros, impuestos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra y las pruebas que sean necesario efectuar para verificar a correcta aplicación de los trabajos. (sic)"*
5. Ello dio motivo a que la demandada, según lo dispuesto en el artículo 269° del REGLAMENTO, elaborara una nueva liquidación y la remitiera a la demandante mediante su Carta Notarial N° 581-2008-FONDEPES/DE, recibida por la demandante el día 04 de julio de 2008 (Anexo "s" de la contestación de la demanda); apreciándose que esta liquidación considera la ejecución de los trabajos realmente ejecutados deduciendo los trabajos no ejecutados; aplica la penalidad máxima del 10% del monto del contrato y no considera mayores gastos generales ni reintegros; por lo que arroja un saldo en contra de la demandante del orden de S/. 81,173.10 (Ochentiun mil ciento setentitres y 10/100 nuevos soles); disgregados de la manera siguiente:
 - a. Que se ha elaborado sobre el costo final de la obra a la fecha en que la demandada asume el control de la misma (09.04.2008) por la suma de S/. 195,920.14, a la que le resta S/. 624.32 por reintegros y, agregándole el IGV de S/. 29,506.21; asciende a un **costo total final de obra** de S/. 184,802.02;
 - b. Que, por aplicación de la Multa de S/. 44,400. 00 (descompuesta en S/. 22,200.00 por haber alcanzado la penalidad máxima del 10%

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

del monto contractual, generada por mora del contratista en la ejecución de la obra; y S/. 22,200.00 equivalente al 10% del monto contractual, por resolución del contrato por causal del Contratista) arroja un saldo en contra del Contratista y a favor de la entidad demandada de S/. 81,173.10 (Ochenta y un mil ciento setenta y tres y 10/100 nuevos soles.

6. Que, el Artículo 269° del REGLAMENTO, dispone que el contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.
7. De lo expuesto se desprende que la liquidación presentada por la demandada cumpliría con lo establecido por el artículo 269° del REGLAMENTO antes citado; por lo que, desde esa óptica, la Carta Notarial N° 580-2008-FONDEPES/DE, recibida por la Contratista con fecha 4 de julio de 2008, mediante la cual la entidad Demandada practica una Liquidación Final de Obra no adolecería de causal de nulidad, por tratarse de una acción que tiene nacimiento en el procedimiento establecido en el artículo 269° del REGLAMENTO.

Sin embargo, esta liquidación equivocadamente duplica la penalidad aplicable, pues considera una Multa de S/. 22,200.00 por haber alcanzado la penalidad máxima del 10% del monto contractual; y otra de S/.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

22,200.00 equivalente al 10% del monto contractual, por resolución del contrato; no obstante que la cláusula décimo novena del contrato – concordante con el artículo 222° del REGLAMENTO – establece textualmente que: “En el caso que el CONTRATISTA incurra en mora por retraso injustificado en la entrega de la obra, se le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía a que se refiere el artículo 213°, 214° y 221° del REGLAMENTO...(sic).

8. En razón de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la Liquidación practicada por la entidad demandada deberá reformularse en el sentido que correspondería aplicar como penalidad sólo el límite máximo establecido por el artículo 222° del REGLAMENTO, si por efecto de la fórmula establecida en ese artículo y otras multas y/o penalidades, dicha penalidad excediera del 10% del monto contractual.
9. Por ello, y atendiendo a que el artículo 57° del T.U.O de la LEY establece que corresponderá declarar la nulidad de los actos administrativos cuando contravengan las normas legales; el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar fundada en parte esta tercera pretensión, y declarar la nulidad en la parte de la liquidación elaborada y presentada por la demandada relacionada con la penalidad aplicable, a efecto que se proceda a la reformulación de dicha liquidación final corrigiendo el concepto de penalidad y aplicando el criterio señalado en el párrafo anterior; es decir, que de acuerdo con el artículo 222° del REGLAMENTO, el límite máximo que corresponde por la aplicación de la penalidades es el equivalente al 10% del monto del contrato.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

**VIII.2.b.4 RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PLANTEADA POR IBERICO
EN SU ESCRITO DE DEMANDA INGRESADO EL 29 DE AGOSTO DE
2008**

1. Como cuarta pretensión de la demanda, IBERICO solicita que se practique la liquidación final de obra en base a la Carta N° C-0244-2008/IBECO, remitida por la Contratista, y se ordene al Demandado el pago ascendente a la suma de S/. 88,499.74 (Ochenta y ocho mil cuatrocientos noventinueve y 74/100 Nuevos Soles), monto resultante que corresponde al saldo a favor de IBERICO, de su liquidación de obra, o el monto que se determine;
2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió como puntos controvertidos los siguientes:

"2.4 Determinar si corresponde declarar o no se practique la Liquidación Final de Obra en base a la Carta de IBECO N° C-0244-2008/IBECO y se ordene a la Entidad contratante el pago por la suma de S. 88,499.74, mas los intereses generados a la fecha de cancelación, monto que corresponde al saldo a favor de IBECO, resultante de la Liquidación Final de Obra o el que se determine; y

2.5 Atendiendo a las conclusiones que se arriben en el punto 4) precedente, determinar si procede o no ordenar que el FONDEPES pague a favor de IBECO los intereses

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

correspondientes y, de ser el caso, desde que fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha de su cancelación".

3. Estando al hecho de que la "Liquidación Final de Obra" nace de la recepción de la obra, contenida física e implícitamente en el Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales realizada el día 9 de abril de 2008, y tal como se ha expuesto en la parte considerativa relacionada con la tercera pretensión de la demandante, mediante Carta N° C-0244-2008/IBECO, de fecha 06 de junio de 2008 y recibida por la demandada ese mismo día, la demandante remitió su liquidación de (Anexo "M" de la demanda), donde se aprecia que incluye como costo total de la obra la suma de S/. 221,299.74 (distribuido en S/. 185,966.18 como costo total sin IGV y agrega S/. 35,333.56 como IGV); como monto amortizado la suma de S/. 132, 800.00 (distribuido en S/. 11, 596.64 como costo del contrato sin IGV, más S/. 21,203.36 por IGV); y un saldo a su favor de S/. 88,499.74 (representado por S/. 74,369.54 como costo total sin IGV, y agrega S/. 14,130.20 como IGV).
4. Que, asimismo se ha expuesto que, de acuerdo con la cláusulas tercera y cuarta del contrato (Anexo "A" de la demanda), la modalidad de la contratación fue a SUMA ALZADA y por una suma de S/. 222,000.00 incluido IGV, donde *"están incluidos todos los costos por concepto de materiales, mano de obra, dirección técnica, utilidad, transporte, empleo de maquinarias y equipos, obligaciones laborales, leyes sociales, seguros, impuestos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra y las pruebas que sean necesario efectuar para verificar a correcta aplicación de los trabajos. (sic)*
5. Por ello, y atendiendo a que el artículo 57° del T.U.O de la LEY establece que corresponderá declarar la nulidad de los actos administrativos cuando

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

contravengan las normas legales; el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar infundada esta cuarta pretensión y declarar la nulidad de la liquidación elaborada y presentada por la demandante;

6. Por otra parte, y respecto a la pretensión de que se practique la liquidación final, el Tribunal estima necesario transcribir los artículos pertinentes de la LEY y del REGLAMENTO; los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 43°.- Culminación del contrato.-

*“(...) Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, **la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista**, según los plazos y requisitos señalados en el reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente (...)*”

Artículo 269°.-Liquidación del contrato de obra.-


El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Caso Arbitral:


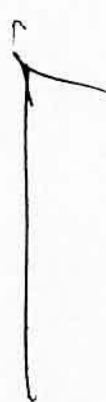

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

- 
7. Que, del contenido de las normas antes citadas se determina con claridad que la liquidación del contrato de obra DEBE SER ELABORADA POR EL CONTRATISTA O LA ENTIDAD, siguiendo los criterios que se expresan en la parte considerativa del presente Laudo; por lo tanto, esta pretensión deviene e improcedente.
 8. Respecto del pago de intereses que contiene el punto controvertido 2.5, habiéndose declarado en el considerando anterior que corresponde reformular la liquidación final, a efecto de que se corrija el concepto relacionado con la penalidad aplicable; el Tribunal Arbitral considera que, en caso de existir saldo a favor de la demandante, le corresponderá el pago de intereses sobre dicho saldo, aplicable desde el momento en que se declare consentida la liquidación hasta la fecha en que real y efectivamente ocurra el pago.

VIII.2.b.5 RESPECTO A LA SEXTA PRETENSIÓN PLANTEADA POR IBERICO EN SU ESCRITO DE DEMANDA INGRESADO EL 29 DE AGOSTO DE 2008.

- 
- 
- 
1. Como sexta pretensión de la demanda, IBERICO solicita que se reconozca y ordene el pago por daños y perjuicios originados por daño emergente en

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

el mayor costo de sus pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante, la demora innecesaria en la solución de las controversias; así como por el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de Conciliación y Arbitraje y por las utilidades dejadas de percibir por tener garantías comprometidas, no permitiendo su participación en procesos de selección

2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió como puntos controvertidos los siguientes:

"2.6 Determinar si corresponde ordenar o no el reconocimiento y pago a favor de IBECO por los daños y perjuicios ocasionados, como daño emergente correspondiente al mayor costo que ha tenido que asumir respecto a las pólizas de caución de (i) fiel cumplimiento de contrato, (ii) de adelanto directo y (iii) de adelanto de materiales;

2.7 Determinar si corresponde o no el reconocimiento y pago a favor de IBECO por las utilidades dejadas de percibir, por no haber podido participar en diversos procesos de selección, debido a que ha tenido comprometidas las garantías correspondientes."

3. Respecto al daño emergente, el Tribunal Arbitral asume que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.

4. Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

"Artículo 1321.-

(...) el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.(...)"

5. De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inejecución.
6. Ahora bien, el Contratista ha reclamado la indemnización por el mayor costo de las pólizas de caución, al respecto los artículos 215° y 219° del REGLAMENTO señalan que la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final; la garantía de adelanto directo hasta la amortización total del adelanto otorgado; y el adelanto para materiales hasta la utilización de los materiales a satisfacción de la Entidad; por lo tanto existe la obligación por parte del Contratista de mantener vigentes las referidas garantías hasta que se formalicen estos momentos determinados.
7. Por otro lado, la indemnización solicitada por el Contratista respecto a las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, no permitiéndole la participación en diversos procesos de selección está

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

basada más en función de una expectativa de negocio que puede o no presentarse durante un período determinado, y no en un daño cierto; ya que las licitaciones o concursos públicos en los cuales hubiera podido obtener la *buena pro* la demandante no es una situación o circunstancia cierta, pues la sola participación de un postor a un proceso de selección no implica un éxito en un procedimiento en particular, sino tan sólo una posibilidad de ganancia que puede concretarse en la realidad o no; situación que obviamente no puede ser materia de probanza con antelación al hecho determinado, sino en todo caso recién una vez que el proceso de selección haya culminado.

8. Que, es preciso señalar que los elementos que configuran la responsabilidad contractual son: a) Daño, b) Antijuricidad y c) Culpa; por lo tanto estos elementos deben confluir conjuntamente para que se establezca la responsabilidad.
9. Que, sin embargo, de lo argumentado por el contratista, el elemento DAÑO no se encuentra acreditado. Por otra parte el elemento ANTIJURICIDAD tampoco se hace presente, toda vez que la conducta de la Entidad se realizó dentro de los límites de lo permitido por el derecho y tampoco se ha acredita que haya existido DOLO o CULPA.
10. Que, el artículo 1331º del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado y, al no haber acreditado el Contratista como supuesto perjudicado los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado y su cuantificación real, el Tribunal declara la no responsabilidad de la Entidad demandada; por tanto no da mérito a que ésta pague suma alguna referente a los supuestos daños y perjuicios ocasionados a el contratista.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

VIII.2.c DE LA RECONVENCIÓN

VIII.2.c.1 RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PLANTEADA POR FONDEPES EN SU ESCRITO DE RECONVENCIÓN INGRESADO EL 09 DE OCTUBRE DEL 2008

1. Como primera pretensión de la reconvencción, FONDEPES solicita que se apruebe la Liquidación de Obra elaborada por la entidad Demandada, la cual se encuentra adjunta a la Carta Notarial N° 581-2007-FONDEPES/DE, determinándose con ello la procedencia de la aplicación de la penalidad máxima a la Contratista, así como que la liquidación sólo contemple lo realmente ejecutado por la Demandante, considerando que al 08 de abril de 2008 existían partidas pendientes de ejecución, conforme consta en el Acta de Constatación suscrita por Notario Público,.
2. A tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo de 2009, definió como puntos controvertidos de la Reconvencción los siguientes:

♦ ***Pretensión de FONDEPES en su Reconvencción Arbitral***

1. *Determinar si corresponde declarar o no se apruebe la Liquidación de obra elaborada por FONDEPES, la misma que se adjuntó a la Carta Notarial N° 581-2007-FONDEPES/DE;*
2. *En caso se declare fundado el punto 1) precedente, determinar si corresponde declarar o no la procedencia de la aplicación de la*

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

penalidad máxima a IBECO, de conformidad con lo establecido en el Artículo 222° del Reglamento;

- 3. Determinar si al 08 de abril de 2008 existían partidas de la obra materia de litis que se encontraban pendientes de ejecución;*
 - 4. Atendiendo a la conclusión que se arribe en el punto 3) precedente, determinar si corresponde declarar o no que en la liquidación de la obra materia de litis sólo se debe contemplar lo realmente ejecutado por IBECO;*
 - 5. Determinar si corresponde ordenar o no que IBECO pague a favor del FONDEPES el monto ascendente a S/. 81,446.48 Nuevos Soles, por concepto de daños y perjuicios".*
3. Que, el Tribunal Arbitral, al analizar la tercera pretensión de la demanda, ha señalado que la Liquidación practicada por la entidad demandada deberá reformularse en el sentido que correspondería aplicar como penalidad sólo límite máximo establecido por el artículo 222° del REGLAMENTO, si por efecto de la fórmula establecida en ese artículo dicha penalidad excediera del 10% del monto contractual; por lo que, para la decisión que corresponda a esta reconvención, procede a reproducir e incorporar a este considerando los fundamentos y criterios expuestos para la tercera pretensión de la demanda en el numeral VIII.2.b.3 del presente laudo.

Por tal razón, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde declarar la aprobación de la liquidación de obra elaborada por la entidad demandada y comunicada a la demandante mediante Carta Notarial N° 580-2007-FONDEPES/DE, recibida por la aquélla el 04 de julio de 2008; debiendo procederse a la elaboración de una nueva liquidación final reformulando y

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

corrigiendo el concepto de penalidad; aplicando para estos efectos el criterio de la penalidad máxima señalado en el párrafo anterior.

4. Asimismo, que para los efectos de la determinación del monto máximo por penalidad, corresponde que esta se calcule aplicando la fórmula respectiva por cada día de atraso, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 222° del REGLAMENTO; y, de corresponder la aplicación de otras multas y penalidades, agregarlas como otras penalidades, pero sin exceder del monto máximo de ellas, establecido por la LEY y el REGLAMENTO; es decir, hasta el 10% del monto del contrato.
5. De otro lado, el Tribunal Arbitral, en el desarrollo del numeral **VIII.2.b.2** relacionado con el análisis de la segunda pretensión de la demanda, y que se reproduce e incorpora para la atención de este punto de la reconvención, ha establecido que no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del Acta de Constatación Física e Inventario de Materiales emitida en la diligencia llevada a cabo el 8 de abril de 2008 a las 15:00 horas (Anexo "p" de la contestación de la demanda); por lo que procede a la lectura y análisis de dicha acta, donde se establece que:
 - En la plataforma del muelle falta instalar las bitas y mejorar la instalación de las llantas correspondiente al sistema de defensa;
 - Falta mejorar parcialmente el piso en el área de carga, reparación de la viga de borde del muelle;
 - Falta la instalación del 90% de la cobertura del área de carga, como instalación de la red eléctrica;
 - Falta instalar la electrobomba de agua salada;
 - Falta mejorar la limpieza del muelle marginal;

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

- En lo que respecta al área de administración falta instalar dos tableros y artefactos eléctricos; falta repintado, tanto interior como exterior y sellar los calaminones que presentan perforaciones;
- Falta mejorar el sistema de seguridad de las ventanas;
- En el área de Almacén falta instalar más o menos el 3% de la cobertura del techo y sellar las perforaciones que presenta parte del mismo;
- Falta instalaciones de las redes eléctricas y artefactos eléctricos;
- Falta la instalación de una electrobomba para agua potable;
- Falta repintado interior y exterior;
- En el área de baño y guardianía falta la instalación de los artefactos eléctricos, interruptores, tapa de tablero eléctrico, espejos, faltando asimismo mejorar el acabado en el muro interior del baño;
- en lo que respecta al cerco perimétrico falta la instalación del portón de ingreso;
- falta mejorar los bordes del camino de acceso;
- en lo que se refiere a los materiales, existen 30 calaminones, 10 tubos cuadrados de 1' por 2.5 mm. 8 perfiles de sección (T) de ¾ de pulgada por 3/16";
- respecto a equipos, se observa un grupo electrógeno marca Honda de 220 voltios, 60 HZ. De frecuencia, de 5.5 KVA, Modelo GX-390, de 15 HP de potencia, a gasolina, operativa" (sic).

Asimismo, que adjunta a esta Acta de Constatación aparece el Cuadro Referencial de Avance de Obra, donde se aprecia que existen nueve (09) partidas con avance del 00%; dos (02) partidas con avance del 10%; una (01) partida con avance del 40%, una (01) partida con avance del 50%; una (01) partida con avance del 60%; cinco (05) partidas con avance del 80%; un (01) partida con avance del 85%; siete (07) partidas con avance del

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

90%, tres (03) partidas con avance del 95%; una (01) partida con avance del 07%; y ciento setenticinco (175) partidas con avance del 100%;

6. Que, en base a lo expuesto en el numeral precedente, el Tribunal Arbitral procede a establecer que al 09 de abril de 2008 faltaban partidas pendientes de ejecución.
7. Asimismo, que complementando la conclusión señalada en el desarrollo del el numeral **VIII.2.b.3** relacionado con la tercera pretensión de la demanda, y que se reproduce e incorpora en este considerando para la solución de la reconvención, el Tribunal Arbitral considera que la liquidación final deberá contemplar lo realmente ejecutado por la demandante.

VIII.2.c.2 RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PLANTEADA POR FONDEPES EN SU ESCRITO DE RECONVENCIÓN INGRESADO EL 09 DE OCTUBRE DEL 2008

1. Como segunda pretensión de la reconvención, FONDEPES solicita que la Demandante pague a FONDEPES la suma ascendente a S/. 81,446.48 (Ochenta y un mil cuatrocientos cuarenta y seis con 48/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
2. En tal virtud y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a esta pretensión, el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de mayo del 2009, definió como punto controvertido: ***"Determinar si corresponde ordenar o no que IBERICO pague a favor de FONDEPES el monto***

Caso Arbitral:


IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

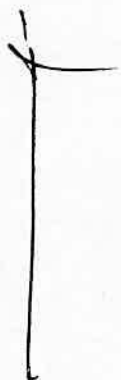
ascendente a S/. 81,446.48 Nuevos Soles por concepto de daños y perjuicio".

3. Que, tal como se señaló al momento de realizar análisis de la sexta pretensión de la demanda, los elementos que configuran la responsabilidad contractual son: a) Daño, b) Antijuricidad y c) Culpa.
4. Que, de lo argumentado y medios probatorios aportados por la Entidad, no se ha podido verificar que los elementos señalados (daño, antijuricidad y culpa) confluyan conjuntamente para que se establezca la responsabilidad por parte del Contratista.
5. Que, al no haber acreditado la Entidad como supuesta perjudicada los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado y su cuantificación real, corresponde a este Tribunal declarar improcedente la presente pretensión.


VIII.2.d COSTAS, COSTOS Y GASTOS ARBITRALES

VIII.2.d.1 RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA TERCERA PRETENSION DE LA RECONVENCIÓN

- 
1. Que, en relación al presente punto controvertido, el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje (Ley No 26872), de aplicación supletoria al presente proceso, (ratificada por la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) dispone que:



"Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera



Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral(...) Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo".

2. Del análisis de las obligaciones asumidas por las partes en el Contrato materia del presente proceso arbitral, se desprende que las partes no han establecido la forma en que se asumirán las costas y costos derivados de la solución de controversias.
3. En ese sentido, corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje – entonces vigente – Ley N° 26872.
4. Siendo ello así, este Colegiado considera pertinente que ambas partes asuman los gastos en la misma proporción en las que han incurrido en la tramitación del presente proceso arbitral.
5. Al respecto, cabe precisar que, toda vez que FONDEPES asumió los gastos arbitrales de la reconvencción que le correspondía a IBERICO, tales gastos deberán ser reembolsados por el Contratista a la Entidad.

VIII.2.e DE LA MULTA

VIII.2.e.1 RESPECTO A LA MULTA IMPUESTA A IBERICO

1. El citado artículo 52° de la Ley General de Arbitraje establece que además del pronunciamiento en relación a los gastos arbitrales que deben emitir los árbitros, adicionalmente, deberán determinar el monto de la multa a

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

que hace referencia el último párrafo del artículo 9° de la Ley General Arbitraje, cuando ello corresponda.

2. Mediante Resolución N° 09 de fecha 02 de marzo del 2009, se impuso a IBERICO una multa de media Unidad Impositiva Tributaria, debido a que dicha parte no cumplió con los requerimientos realizados por este colegiado.

IX. LAUDO

El Tribunal Arbitral, en mérito a las consideraciones y conclusiones expuestas y aplicando los lineamientos y criterios establecidos por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima mediante Resolución N° 28 de fecha 14 de octubre de 2011 (**Expediente N° 216-2010**) con la cual resolvió declarando Fundado el recurso de anulación del Laudo emitido en mayoría, interpuesto por el Fondo Nacional de Desarrollo; **PROCEDE A EMITIR NUEVO LAUDO** en los términos siguientes:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la cuestión previa planteada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Respecto de la Primera Pretensión de la Demanda, declararla **INFUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Respecto de la Segunda Pretensión de la demanda, declararla **INFUNDADA**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

CUARTO: Respecto de la Tercera Pretensión de la demanda, declararla **FUNDADA EN PARTE** y **DISPONER** que se proceda a la reformulación de la Liquidación en la parte

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

relacionada con la penalidad aplicable, adoptando los criterios y fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo.

QUINTO: Respecto de la Cuarta Pretensión de la demanda, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEXTO: Respecto de la Sexta Pretensión de la demanda, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos

SÉTIMO: Respecto de la Primera pretensión de la reconvención, declararla **FUNDADA EN PARTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

OCTAVO: Respecto de la Segunda pretensión de la reconvención, declararla **IMPROCEDENTE**, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

NOVENO: Se declara que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les correspondía asumir (50% a cada una de ellas); en consecuencia, Ibeco Contratistas Generales S.A. deberá reembolsar al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES los gastos arbitrales relativos a la reconvención que dicha entidad asumió por el Contratista. Asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.

DÉCIMO.- ORDÉNESE que Ibeco Contratistas Generales S.A. pague al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES la multa impuesta por este colegiado ascendente a la mitad (50%) del valor equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria, debiéndose tomar como referencia el valor de la Unidad Impositiva Tributaria vigente a la fecha de emisión del presente laudo arbitral.

UNDÉCIMO: Remítase copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Caso Arbitral:

IBERICO Ingeniería y Construcción S.A. - Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero
Exoneración N° 0004-2007-OA/FONDEPES -

Notifíquese a las partes.-



LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ

Presidente del Tribunal Arbitral



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

Árbitro



HECTOR RICARDO AGUIRRE GARCÍA

Árbitro



JULIA ROSA PARFÁN PEÑA

Secretaria Ad Hoc