

ARBITRAJE DE DERECHO

Demandante:

ASSISTANCE @ CONSTRUCTION CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.
(en adelante *EL CONTRATISTA*)

Demandado:

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES
(en adelante *LA ENTIDAD*)

LAUDO

Fernán Altuve-Febres Lores
Árbitro Único

Secretaría Arbitral estuvo a cargo del abogado
Oscar Felipe Chirinos Casas

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Árbitro Único don Fernán Altuve-Febres Lores, en adelante, el “Árbitro”, en la controversia surgida entre ASSISTANCE @ CONSTRUCTION CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (EL CONTRATISTA) con el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES (LA ENTIDAD), respecto del Contrato de Ejecución de obra para la “Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura”, conforme al Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 0028-2009/FONDEPES, contrato de fecha 14 de enero de 2010.

RESOLUCION N° 16

Lima, 17 de marzo de 2015.

I. ANTECEDENTES:

1.1 CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral se estableció en la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Ejecución de obra para la “Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura”, conforme al Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 0028-2009/FONDEPES, contrato de fecha 14 de enero de 2010.

Dicha Cláusula expresamente establece:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de

caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”

1.2 DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Mediante Resolución N° 038-2014-OSCE/PRE de fecha 07 de febrero de 2014, emitido por la Presidenta Ejecutiva (i) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se dispuso designar como Árbitro Único Ad Hoc a don Fernán Altuve-Febres Lores.

Es así, que mediante Carta de fecha 14 de febrero de 2014, el Árbitro Único manifestó su decisión de aceptar dicha designación, precisando que no cuenta con impedimentos ni incompatibilidad para ejercer dicho encargo.

1.3 LUGAR Y SEDE DEL ÁRBITRO UNICO, IDIOMA Y LEY APPLICABLE

El lugar del arbitraje es la ciudad de Lima y la sede del Árbitro Único, las oficinas ubicadas en Av. Javier Prado Este Nro. 4397, Segundo Piso, distrito de Santiago de Surco, Lima, lugar donde se realizaron las audiencias y demás actos relativos al proceso; asimismo, en dicho domicilio se efectuaron la presentación de escritos y/o documentos presentado por las partes para el presente proceso arbitral.


El idioma aplicable al presente proceso es el castellano y la legislación aplicable al fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana.

Las normas aplicables al arbitraje de acuerdo a lo establecido por el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley, 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) las normas del derecho público y 4) las normas del derecho privado.

La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

1.4 DEL PROCESO ARBITRAL

En el presente acápite, se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje presentada por EL CONTRATISTA, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

1. Que, mediante solicitud de fecha 13 de noviembre de 2013, EL CONTRATISTA solicita a LA ENTIDAD el inicio del proceso de arbitraje, con la intención de que se resuelva el conflicto sobre supuesto incumplimiento del Contrato de Ejecución de obra para la "Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura", contrato de fecha 14 de enero de 2010.

2. Es así, que mediante Resolución N° 038-2014-OSCE/PRE de fecha 07 de febrero de 2014, emitido por la Presidenta Ejecutiva (i) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conforme lo precisa el literal h) del artículo 58º de la Ley de Contrataciones del

Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, se procedió a designar al Árbitro Único don Fernán Altuve-Febres Lores, respecto al presente arbitraje a la cual se sometieron las partes.

3. Que, mediante Oficio N° 912-2014-OSCE/DAA de fecha 11 de febrero de 2014, el Subdirector de Asuntos Administrativos Arbitrales (e) de la Dirección de Arbitraje Administrativo, comunicó al Árbitro Único su designación como árbitro del presente proceso arbitral.
4. Mediante carta de fecha 14 de febrero de 2014, el Árbitro Único don Fernán Altuve-Febres Lores comunicó su decisión de aceptar dicha designación, precisando que no cuenta con impedimentos o incompatibilidad para ejercer en la calidad de árbitro.
5. Habiendo sido convocados, con fecha 17 de marzo de 2014 a las 03:00 p.m., en la sede institucional del OSCE, según consta en el Acta de esa fecha, se instaló el Árbitro Único Ad Hoc y en la que se aprueban las reglas del procedimiento aplicables, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de ambas partes, a pesar de encontrarse debidamente notificados.
6. En dicha acta de instalación se dispuso además que el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho, otorgándose a EL CONTRATISTA el plazo de diez (10) días hábiles, para la presentación de su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.
7. EL CONTRATISTA con fecha 04 de abril de 2014, presentó su demanda, la cual fue admitida por Resolución N° 03 de fecha 07 de abril de 2014, corriéndose traslado a la demandada.
8. Que, mediante Resolución N° 04 de fecha 21 de abril de 2014, se dispuso suspender las actuaciones arbitrales por falta de pago de los

honorarios arbitrales, por el plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución, bajo apercibimiento de disponer el archivo definitivo del proceso arbitral de conformidad a la regla 47° del Acta de Instalación.

9. Que, mediante escrito de fecha 24 de abril de 2014, LA ENTIDAD procedió a presentar su escrito de contestación, donde formula excepción de caducidad contra la pretensión efectuada en el presente proceso.
10. Que, mediante Resolución N° 05 de fecha 28 de abril de 2014, se dispuso reservarse la admisión del Escrito de fecha 24 de abril de 2014, presentado por LA ENTIDAD, al encontrarse suspendidas las actuaciones arbitrales, mediante Resolución N° 04 de fecha 21 de abril de 2014, siendo que levantada la suspensión se procedería a brindar el trámite respectivo.
11. Es así, que mediante Resolución N° 07 de fecha 10 de julio de 2014, se tuvo por cumplido el pago de los honorarios del Árbitro y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, disponiéndose levantar la suspensión de las actuaciones arbitrales.
12. Es por ello, que mediante Resolución N° 08 de fecha 14 de julio de 2014, se tuvo por formulada la excepción de caducidad y contestada la demanda arbitral por parte de LA ENTIDAD, corriéndose traslado a EL CONTRATISTA para que en un plazo de cinco (05) días hábiles de notificada, manifieste lo conveniente a su derecho, el mismo que efectuó EL CONTRATISTA mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2014.
13. Posteriormente, mediante Resolución N° 10 de fecha 01 de setiembre de 2014, se procedió a citar a las partes a la Audiencia de Conciliación

y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 15 de octubre de 2014 a las 11:00 a.m. en las instalaciones de la sede arbitral.

14. Que, el día 15 de octubre de 2014 a las 11:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, con la participación y concurrencia de los representantes de EL CONTRATISTA y LA ENTIDAD.
15. En dicha audiencia, se declaró saneado el presente proceso, estando a la existencia de una relación jurídica procesal válida, siendo que se procedió a invitar a conciliar, la misma que no resulta posible en tanto las partes mantienen sus posiciones, sin embargo, la misma podría darse en cualquier estado del proceso.
16. Posteriormente, luego de revisar lo expuesto por las partes, se consideró como único punto controvertido el siguiente:
 - *Determinar si corresponde o no que se pague la suma de S/. 47,318.17 (Cuarentisiete mil trescientos dieciocho y 17/100 Nuevos Soles) a favor de EL CONTRATISTA por concepto de mayores gastos generales producidos por ampliaciones de plazo durante la ejecución de la obra.*
17. En cuanto a las pruebas ofrecidas por las partes, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por EL CONTRATISTA en la sección “MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda, en el Punto 1 sobre Prueba Documental, numerales 1-A, 1-B, 1-C, 1-D, 1-E, 1-F, 1-G y 1-H, los mismos que se tratan de copias simples mas no de documentos originales.
18. En cuanto a las pruebas ofrecidas por LA ENTIDAD, el Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos en el punto “5.2 MEDIOS PROBATORIOS” del numeral 1) al 7) y del numeral 9) al 12) del escrito

de contestación de fecha 24 de abril de 2014, los mismos que se tratan de copias simples mas no de documentos originales. Respecto al numeral 8), se tendrá en cuenta al momento de laudar.

Con respecto a la exhibición señalado en el numeral 2-A del Punto 2 sobre Requerimiento de documentación de la sección "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito de demanda arbitral de fecha 04 de abril de 2014, se requirió a LA ENTIDAD exhibir el cuaderno de obra.

Atendiendo a la oposición formulada por LA ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda, respecto al pedido de exhibición del medio probatorio señalado en el párrafo anterior, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 11, declarando fundada la oposición deducida y en consecuencia se prescindió de la prueba ofrecida por EL CONTRATISTA.

Es así, que EL CONTRATISTA señaló que procederá a plantear un recurso de reconsideración, para lo cual se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles, para formalizar su recurso por escrito, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada. Mediante Resolución N° 12 de fecha 24 de octubre de 2014, se tuvo por no presentado el recurso de reconsideración planteado por EL CONTRATISTA, al no formalizarlo por escrito.

19. En la misma Resolución N° 12 de fecha 24 de octubre de 2014, al no existir medios probatorios pendientes de actuación al tratarse de documentales, el Árbitro Único procedió a declarar concluida la etapa probatoria de conformidad a la regla 36° del Acta de Instalación y otorgó a las partes un plazo para que presenten por escrito sus alegatos y de solicitarlo alguna de las partes, se procedería a citar a la Audiencia de Informes Orales.

20. Es así, que las partes procedieron a presentar sus alegatos por escrito; y, en tanto LA ENTIDAD en el ejercicio de su derecho, solicitó se programe fecha para la Audiencia de Informes Orales; por lo que, el Árbitro Único mediante Resolución N° 13 de fecha 17 de noviembre de 2014, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 22 de diciembre de 2014, a horas 11:00 a.m. en la sede del Árbitro Único.
21. Finalmente, mediante Resolución Nro. 14 de fecha 22 de diciembre de 2014, se deja constancia de la inasistencia de las partes de la Audiencia de Informes Orales, por lo que no existiendo más acto arbitral que efectuar, el Árbitro Único fija como plazo para laudar el término de treinta (30) días hábiles a partir de dicha fecha, conforme a la regla 37º dispuesta en el Acta de Instalación, el mismo que podría ser prorrogado.

II. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DEMANDADAS:

2.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral; (ii) que, en ningún momento se interpuso recusación alguna contra el Árbitro Único o se efectuó algún reclamo contras las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; (iii) que, EL CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; (iv) que, LA ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (vi) que, se procede a laudar dentro del plazo establecido.

2.2 RESPECTO A LA EXCEPCION DE CADUCIDAD.

A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE LA ENTIDAD

Que, mediante escrito de contestación de fecha 24 de abril de 2014, LA ENTIDAD formula excepción de Caducidad, precisando que EL CONTRATISTA, a pesar de haber transcurrido el plazo de 15 días hábiles para someter a arbitraje el no reconocimiento de mayores gastos generales en las ampliaciones de plazo otorgadas, pretende fuera del plazo, someter a arbitraje el reconocimiento de tal concepto en las ampliaciones de plazo.

Señala LA ENTIDAD, que el artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

Tal como precisa, LA ENTIDAD denegó el reconocimiento de gastos generales en la ampliaciones de plazo otorgadas, conforme a la Resolución Jefatural N° 269-2011-FONDEPES/J, de fecha 04.10.2011; Resolución de Secretaría General N° 064-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.11.2011; Resolución de Secretaría General N° 073-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.12.2011; Resolución de Secretaría General N° 002-2012-FONDEPES/SG, de fecha 13.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 004-2012-FONDEPES/SG, de fecha 30.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 019-2012-FONDEPES/SG, de fecha 26.03.2012; Resolución de Secretaría General N° 034-2011-FONDEPES/SG, de fecha 27.04.2012.

Es así, que LA ENTIDAD argumenta que no obstante estar debidamente notificado, el contratista no sometió a arbitraje ninguna

ampliación de plazo dentro del plazo establecido en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; hecho que tiene como consecuencia la extinción de su derecho al haber operado la caducidad.

Por ello, alega que se ha extinguido el derecho del demandante a cuestionar lo relacionado al no reconocimiento de mayores gastos generales en las ampliaciones de plazo, hecho que tiene como consecuencia que actualmente las resoluciones que deniegan la referida tales conceptos se encuentren consentidas, surtiendo plenos efectos legales; por lo que, solicita se declare FUNDADA la presente excepción.

B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DEL CONTRATISTA

Que, mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2014, EL CONTRATISTA absuelve el traslado de la excepción de caducidad planteado por LA ENTIDAD, negando y contradiciendo dicha afirmación.

Señala EL CONTRATISTA que la controversia de este proceso no es específicamente la negativa de pagos generales expuesta en esta forma, siendo que esta controversia proviene de la liquidación de la obra “Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura”.

Precisa, que LA CONTRATISTA optó en primer término, lograr una conciliación para resolver esta controversia, es decir, la inconsistencia que tenía la Liquidación de la Obra al no considerar los mayores gatos generales por las ampliaciones de plazo otorgadas.

También señala que, LA ENTIDAD mediante Carta Nro. 093-2013-FONDEPES/SG de fecha 05 de noviembre de 2013, le comunica su decisión de no acceder a la petición conciliatoria, razón por la cual, se vio obligado a iniciar el procedimiento arbitral, el mismo que se efectuó el 13 de noviembre de 2013, siguiendo el procedimiento legal que corresponde.

Señala finalmente, que la fecha de interposición de la demanda arbitral que es el 4 de abril de 2014, fecha en que LA ENTIDAD pretende homologar la caducidad es incorrecta, puesto que el proceso arbitral, se inició el 13 de noviembre de 2013, por la que la excepción es infundada.

C. DECISION DEL ÁRBITRO ÚNICO.

1. Que la caducidad en sentido estricto, viene a ser la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud de no haberse propuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley.
2. La caducidad está referida a derechos temporales que sirven de sustento en determinadas pretensiones procesales, por lo que para que prospere esta excepción deben cumplirse dos presupuestos :
 - a. Que la pretensión tenga plazo fijado en la ley para accionar;
 - b. Que se ejercente la acción después de haberse vencido el plazo.
3. Para el profesor **Ticona Postigo**, precisa que: "*Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el nuevo código le concede al Juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente*

*improcedencia de la demanda, si aparece del solo examen de ésta al momento de su calificación inicial. Asimismo, el demandado que considere que el efecto letal del tiempo ha destruido el derecho que sustenta la pretensión dirigida en su contra, puede pedir la declaración de caducidad en sede de excepción*¹.

4. Es así, que la excepción de caducidad procede cuando se ha interpuesto una demanda fuera del plazo legal; en este caso, se haya solicitado el arbitraje fuera del plazo legal, por cuanto los plazos de caducidad son fijados por ley.
5. Es así, que una vez comprobado el transcurso en exceso del plazo dispuesto para la caducidad del derecho, se debe declarar fundada la excepción de caducidad.
6. Que, en efecto la parte in fine del artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo Decreto Supremo N° 184-2008-EF, precisa que “*(...) Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión*”, situación concordante con lo señalado en el primer párrafo del artículo 215º del mismo cuerpo de norma.
7. Que, LA ENTIDAD alega que en su oportunidad denegó el reconocimiento de gastos generales en las ampliaciones de plazo otorgadas, conforme a la Resolución Jefatural N° 269-2011-FONDEPES/J, de fecha 04.10.2011; Resolución de Secretaría General N° 064-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.11.2011; Resolución de Secretaría General N° 073-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.12.2011; Resolución de Secretaría General N° 002-2012-FONDEPES/SG, de

¹ TICONA POSTIGO, Víctor, “Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil”, Tomo I, 1996, Pág. 578 .

fecha 13.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 004-2012-FONDEPES/SG, de fecha 30.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 019-2012-FONDEPES/SG, de fecha 26.03.2012; Resolución de Secretaría General N° 034-2011-FONDEPES/SG, de fecha 27.04.2012.

8. Sin embargo, es de verse de la solicitud arbitral, que lo que se viene solicitando mayores gastos generales conforme a la Liquidación Final contenida en la Carta Nro. 010 a-c-2013, recepcionada por LA ENTIDAD con fecha 05 de abril de 2013.
9. Es así, que conforme a ello, resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que precisa 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 vigente de ejecución de la obra (...)*”
10. Que, mediante Carta Notarial de fecha 04 de junio de 2013, se notifica a EL CONTRATISTA, la Resolución Jefatural Nro. 157-2013-FONDEPES/J de fecha 04 de junio de 2013, la misma que da trámite a la Liquidación Final del Contrato, situación que evidencia tácitamente el reconocimiento por parte de LA ENTIDAD, que la presentación de la Liquidación Final de Obra se encuentra dentro del plazo dispuesto por las normas.
11. Asimismo, mediante Carta Nro. 050 a-c -2013 de fecha 18 de junio de 2013, recepcionado en la misma fecha por LA ENTIDAD, se da cuenta de las observaciones a la liquidación de obra que formula EL CONTRATISTA, la misma que se encuentra dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes.

12. Posteriormente, mediante Carta Nro. 27-2013-FONDEPES de fecha 26 de junio de 2013, LA ENTIDAD ratifica la Resolución Jefatural Nro. 157-2013-FONDEPES/J de fecha 04 de junio de 2013; siendo, que mediante Carta Nro. 004 a-c -2013 de fecha 23 de setiembre de 2013, recepcionado en la misma fecha por LA ENTIDAD, procede EL CONTRATISTA a poner de conocimiento de la citación adicional al Centro de Conciliación; por lo que, mediante Carta Nro. 93-2013-FONDEPES/SG de fecha 05 de noviembre de 2013, LA ENTIDAD manifiesta su decisión de no acceder a la conciliación.
13. Razón por la que, mediante solicitud de fecha 13 de noviembre de 2013, EL CONTRATISTA procede a formular solicitud de arbitraje.
14. Debo señalar, que conforme el artículo 33 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje – D.L. Nro. 1071, las actuaciones arbitrales respecto a una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.
15. Es por dichas consideraciones, que el Árbitro Único constatando que EL CONTRATISTA ha ejercido su derecho dentro de los plazos legales estipulados, resulta infundada la excepción de caducidad formulada por LA ENTIDAD.

2.3 RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que se pague la suma de S/. 47,318.17 (Cuarentisiete mil trescientos dieciocho y 17/100 Nuevos Soles) a favor de EL CONTRATISTA por concepto de mayores gastos generales producidos por ampliaciones de plazo durante la ejecución de la obra".

A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DEL CONTRATISTA

1. Que, EL CONTRATISTA viene solicitando que se ordene a LA ENTIDAD el pago de mayores gastos generales contenidos en su

Liquidación Final presentada en el marco de lo señalado en el Contrato de Ejecución de obra suscrito el 14 de Enero del 2010, para la "Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura", conforme al Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 0028-2009/FONDEPES, contrato de fecha 14 de enero de 2010, hasta por un monto de S/ 47,318.17 Nuevos Soles.

2. Señala, que dicha obra ha sido concluida habiéndose emitido una Resolución aprobatorio de su liquidación con la que señala no se encuentra conforme.
3. Explica que la obra fue concluida y que EL CONTRATISTA cumplió con remitir en su debida oportunidad la liquidación de parte conforme consta de la Carta No 010 a-c-2013 de fecha 5 de abril de 2013, la misma que no fue acogida razón por la que LA ENTIDAD formula por su parte otra liquidación.
4. Precisa, que contra la liquidación formulada por LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA opuso la observación parcial a la liquidación final del contrato de ejecución de obra materia de la presente controversia, observación que controvertió sólo un extremo, el que comprende las partidas no consideradas por LA ENTIDAD que consisten en el pago de los mayores gastos generales que se derivan de las ampliaciones de plazo números 02,03,04,05,06,07 y 08 que se dieron en razón de que se generó paralización de obra por razón no atribuible a EL CONTRATISTA .
5. Durante el curso de la obra la entidad otorgó 07 ampliaciones de plazo debidamente aprobadas mediante Resoluciones, los cuales son la Resolución Jefatural N° 269-2011-FONDEPES/J, de fecha

04.10.2011; Resolución de Secretaría General N° 064-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.11.2011; Resolución de Secretaría General N° 073-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.12.2011; Resolución de Secretaría General N° 002-2012-FONDEPES/SG, de fecha 13.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 004-2012-FONDEPES/SG, de fecha 30.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 019-2012-FONDEPES/SG, de fecha 26.03.2012; Resolución de Secretaría General N° 034-2011-FONDEPES/SG, de fecha 27.04.2012.

6. EL CONTRATISTA manifiesta que resulta su derecho percibir el pago de gastos generales, conforme está establecido en el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF
7. Señala EL CONTRATISTA, que la Resolución Jefatural Nro. 157-2013-FONDEPES/J de fecha 04 de junio de 2013, que recoge el Informe Técnico N° 019-2013-DVC, sostiene que los mayores gastos generales variables no se encuentran debidamente sustentados, pese a que, en el transcurso del plazo y proceso constructivo de la obra se otorgaron debidamente las diferentes resoluciones aprobatorias de las ampliaciones de plazo, las mismas que fueron sustentadas y justificadas en su oportunidad por nuestra parte y obran en respectivo cuaderno de obras y en la documentación que justifica el pago realizado al personal de la obra, cuyo monto es la suma de S/. 47,318.17 (Cuarenta y siete mil trescientos dieciocho con 17/100 Nuevos Soles)..

B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICIÓN DE LA ENTIDAD

1. LA ENTIDAD señala que con fecha 14.01.2010, en el marco de sus funciones, suscribió con el Contratista el Contrato para la ejecución de

la Obra: "Instalación de Emisor Submarino en el FONDEPES – Sede Paita para el vertimiento de las aguas residuales de uso doméstico y residuos sólidos, Distrito de Paita, provincia de Paita, Región Piura", como resultado del Proceso de Selección ADS 028-2009-FONDEPES, por un plazo de 90 días calendarios y por un monto total de S/. 276.575.15 (Doscientos setenta y seis mil quinientos setenta y cinco con 15/100 Nuevos Soles).

2. Es así, manifiesta LA ENTIDAD que por medio de la Resolución Jefatural N° 269-2011-FONDEPES/J, de fecha 04.10.2011; Resolución de Secretaría General N° 064-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.11.2011; Resolución de Secretaría General N° 073-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.12.2011; Resolución de Secretaría General N° 002-2012-FONDEPES/SG, de fecha 13.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 004-2012-FONDEPES/SG, de fecha 30.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 019-2012-FONDEPES/SG, de fecha 26.03.2012; Resolución de Secretaría General N° 034-2011-FONDEPES/SG, de fecha 27.04.2012, todas sin reconocimiento de gastos generales.

3. LA ENTIDAD señala que con fecha 06.02.2013, el Comité de Recepción correspondiente recibió la obra señalada en el párrafo anterior al haberse levantado las observaciones formuladas, para cuyo efecto se suscribió el acta respectiva en dicha fecha.

4. Es así, señala LA ENTIDAD que con fecha 05.04.2013, por medio de la Carta N° 010 a-c-2013, EL CONTRATISTA remitió la liquidación final de obra, con un saldo a su favor por la suma de S/. 47,318.17 (Cuarenta y siete mil trescientos dieciocho con 17/100 Nuevos Soles).

5. Precisa LA ENTIDAD, que con fecha 04.06.2013, se notificó a EL CONTRATISTA con la Resolución Jefatural N° 157-2013-

FONDEPES/J, a través de la que se aprobó la Liquidación Final del contrato materia de la presente controversia, la misma que fue elaborada por la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola de la Entidad, conforme a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

6. Es así, señala LA ENTIDAD que con fecha 18.06.2013, mediante Carta N° 050-a-c-2013, el contratista formuló observación a la liquidación indicada en el párrafo anterior.
7. LA ENTIDAD precisa, que en todas las resoluciones de otorgamiento de ampliaciones de plazo, se indicó expresamente que se concedían las mismas sin reconocimiento de mayores gastos generales, situación que fuera aceptado por EL CONTRATISTA al no cuestionar ese extremo en el plazo establecido en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
8. Señala LA ENTIDAD, que en cuanto a los mayores gastos generales, el segundo párrafo del artículo 202° del Reglamento dispone que *“...Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados...”*.
9. En igual sentido, precisa que el informe final de liquidación de obra que presentó EL CONTRATISTA, no sustentó el monto que ahora solicita por concepto de mayores gastos generales variables, a pesar de que el contratista tiene el deber de presentar la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, conforme se establece en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

10. Es así, que LA ENTIDAD afirma que EL CONTRATISTA no acreditó dichos gastos generales ni al momento de la solicitud de ampliación de plazo ni en la liquidación de obra, a pesar que era su obligación. Es más, precisa que los medios probatorios presentados EL CONTRATISTA en su demanda arbitral, se advierte que tampoco ha acreditado los gastos generales que solicita; por lo que la posición que adopta LA ENTIDAD, ante la pretensión de EL CONTRATISTA, resulta unísona con la denegación que se realizó primigeniamente en cada aprobación de ampliación de plazo.
11. Asevera LA ENTIDAD, que la sustentación de dichos conceptos debieron presentarse oportunamente en la aprobación de las ampliaciones de plazo solicitadas o por último, en la liquidación final de la obra; fuera de ello cualquier acreditación resulta extemporánea e inoportuna, conforme se desprende de la aplicación de los artículos 175° y 211° del Reglamento, así como del artículo 196° del Código Procesal Civil.
12. Finalmente, precisa LA ENTIDAD que los medios probatorios presentados por el contratista como anexo 1-C de la demanda no solo resultan inoportunos sino que son impertinentes, toda vez que no permiten crear convicción, al ser una simple declaración de parte, como se puede apreciar dichos documentos no son respaldados en una planilla abalada por el Ministerio de Trabajo o una declaración tributaria debidamente presentada ante la Superintendencia de Administración Tributaria – SUNAT.
13. Es por todo ello, que LA ENTIDAD solicita se declare infundada la pretensión de la suma de S/. 47,318.17, solicitada por EL CONTRATISTA por concepto de reconocimiento de mayores gastos generales por la ampliaciones de plazo que se le otorgaron durante la

ejecución de la obra antes indicada, y como consecuencia de ello que se declare aprobada y consentida la liquidación de obra emitida por LA ENTIDAD.

C. DECISION DEL ÁRBITRO ÚNICO.

1. Esta controversia está vinculada con lo que el ARBITRO UNICO denomina incumplimiento de contrato; es decir, de las disposiciones del Contrato de Ejecución de obra para la "Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de Paita, Provincia de Paita, Región de Piura", conforme al Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 0028-2009/FONDEPES, contrato de fecha 14 de enero de 2010.
2. De lo expuesto por las partes en sus escritos postulatorios y demás escritos que se han presentado durante el proceso arbitral, se desprende que es argumento de LA ENTIDAD desconocer la existencia de mayores gastos generales efectuados durante la ejecución del Contrato antes precisado; situación que disiente de EL CONTRATISTA, que indica haber efectuado dichos gastos, a raíz de la modificación del plazo contractual cuya responsabilidad no recaía en EL CONTRATISTA
3. Estando a ello, no siendo cuestión del presente arbitraje el cuestionamiento la validez del instrumento contractual, advertimos la existencia de una relación jurídica contractual válida y eficaz.
4. Por otro lado, se observa de la controversia y lo manifestado por las partes, que no nos encontramos ante un incumplimiento total del instrumento contractual, sino únicamente, respecto a determinar si corresponde o no que se pague una suma de dinero, a favor de EL

CONTRATISTA por concepto de mayores gastos generales producidos por ampliaciones de plazo durante la ejecución de la obra; es por ello, que consideramos que las normas aplicables al presente caso corresponde, a las que estuvieron vigentes en dicho momento, siendo las siguientes:

- a. Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017.
 - b. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
 - c. Código Civil.
5. Habiendo, definido la aplicación temporal de las normas, corresponde proceder a efectuar pronunciamiento respecto al tema de fondo de la presente controversia.
6. Debemos referir, que el derecho a la prueba, que forma parte del contenido del Derecho al Debido Proceso Legal, es un derecho constitucional de toda persona a que se admitan y actúen los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales distintos al Juzgador y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión.
7. En ese sentido, estando a los diversos medios probatorios de carácter documental admitidos al proceso arbitral, el ARBITRO UNICO precisa que los mismos han sido analizados y revisados minuciosamente; sin embargo, éste considera que se pronunciará solo respecto de aquellos que le causan convicción para arribar a la decisión del presente laudo.
8. Que, efectivamente se ha acreditado que las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de obra para la "Instalación de un emisor submarino en el FONDEPES Sede Paita, para el vertimiento de las aguas residuales para el uso doméstico y de residuo sólidos, distrito de

Paita, Provincia de Paita, Región de Piura”, conforme al Proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 0028-2009/FONDEPES, contrato de fecha 14 de enero de 2010.

9. Que en el desarrollo del contrato, a solicitud de EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD procedió a otorgar aprobar ampliaciones de plazos, en el marco de lo dispuesto por el artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
10. Ello quedó evidenciado, conforme a la Resolución Jefatural N° 269-2011-FONDEPES/J, de fecha 04.10.2011; Resolución de Secretaría General N° 064-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.11.2011; Resolución de Secretaría General N° 073-2011-FONDEPES/SG, de fecha 21.12.2011; Resolución de Secretaría General N° 002-2012-FONDEPES/SG, de fecha 13.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 004-2012-FONDEPES/SG, de fecha 30.01.2012; Resolución de Secretaría General N° 019-2012-FONDEPES/SG, de fecha 26.03.2012; Resolución de Secretaría General N° 034-2011-FONDEPES/SG, de fecha 27.04.2012.
11. Debemos precisar, que en todas las ampliaciones de plazo, LA ENTIDAD precisó, que las causas habilitantes para otorgar aprobar ampliaciones de plazos, fue que ellos no son atribuibles EL CONTRATISTA, todo lo contrario, que son omisiones de LA ENTIDAD o factores atribuibles a organismos o causas externas.
12. Es por ello, que al haberse otorgado dichas ampliaciones, EL CONTRATISTA procedió a solicitar el pago de mayores gastos, conforme lo dispone el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que precisa:

"Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual.

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. (...)"

13. Ello, lo ejerció conforme a la Liquidación Final contenida en la Carta Nro. 010 a-c-2013, recepcionada por LA ENTIDAD con fecha 05 de abril de 2013.
14. Si bien, mediante Carta Notarial de fecha 04 de junio de 2013, se notifica a EL CONTRATISTA, la Resolución Jefatural Nro. 157-2013-FONDEPES/J de fecha 04 de junio de 2013, se da trámite a la Liquidación Final del Contrato, aprobándose una nueva Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra.
15. Posteriormente, mediante Carta Nro. 050 a-c -2013 de fecha 18 de junio de 2013, recepcionado en la misma fecha por LA ENTIDAD, se da cuenta de las observaciones a la liquidación de obra que formula EL CONTRATISTA, ratificándose en el monto reclamado como mayores gastos generales.
16. Por su lado, LA ENTIDAD mediante Carta Nro. 27-2013-FONDEPESS/J de fecha 26 de junio de 2013, procedió a ratificarse también en lo expuesto en la Resolución Jefatural Nro. 157-2013-FONDEPES/J de fecha 04 de junio de 2013.
17. El Árbitro Único considera, que conforme lo señalado en el segundo párrafo del artículo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado – Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, que sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso; precisa, que habilita el derecho a solicitarlos.

18. Tal como antes se ha precisado, todas las ampliaciones de plazo efectuadas en la ejecución del contrato, las causas habilitantes para otorgarlas, fue que ellos no han podido ser atribuidas a EL CONTRATISTA, todo lo contrario, la misma Entidad precisó que han sido causadas por omisiones de LA ENTIDAD o factores atribuibles a organismos o causas externas, conforme a las Resoluciones que emitió; por lo cual, dichas causas no pueden ser causal para atribuirle a EL CONTRATISTA la sanción de no reconocerles mayores gastos generales.
19. Es así, que mediante demanda arbitral, EL CONTRATISTA asevera que ha tenido mayores gastos generales en el monto de S/. 47,318.17, situación que manifiesta se encuentra acreditado conforme a la Carta No 010 a-c-2013 de fecha 5 de abril de 2013 y Carta No 050 a-c-2013 de fecha 18 de junio de 2013.
20. Sin embargo, solo acredita la generación de gastos, conforme al medio probatorio 1-C de la demanda arbitral; específicamente lo relacionado a al personal de la obra, que da un resultado total de S/. 45,600.00 (Cuarenticinco mil seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), por las 10 Boletas de Pago correspondientes a 10 meses.

21. Debemos señalar, que dichas documentales (Anexo 1-C de la demanda arbitral) no fueron tachados por LA ENTIDAD, por lo cual, constituyen medios probatorios para el Arbitro Único.
22. En mérito a lo expuesto, se declara FUNDADA en parte la presente pretensión, correspondiendo que LA ENTIDAD pague a favor de EL CONTRATISTA la suma de **S/. 45,600.00** (Cuarenticinco mil seiscientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de pago por mayores gastos generales.

2.4 RESPECTO AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

1. El ARBITRO UNICO manifiesta que las reglas aplicables al proceso arbitral, son las reglas establecidas por las partes en el acta de instalación, la normativa sobre Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje.
2. En el punto 47 del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc de fecha 17 de marzo de 2014, se dispuso en la parte final del tercer párrafo la facultad del ARBITRO UNICO para pronunciarse sobre las costas y costos del presente proceso, señalando "*sin perjuicio de que el Árbitro Único pueda establecer que el pago del íntegro de las costas y costos corresponda a la parte vencida en el arbitraje*".
3. El artículo 73.1º de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, precisa que el Tribunal (entendiéndose en el presente caso al ÁRBITRO UNICO) tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

4. El artículo 59 del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje – R.N. 016-2004-CONSUCODE/PRE, se precisa que el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.
5. Que, el artículo 73.1 del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se precisa que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, estando que no existe acuerdo entre las partes respecto a ello.
6. Es por dichas consideraciones, que el Árbitro Único constatando que EL CONTRATISTA ha ejercido su derecho en el presente proceso en forma directa, sin asistencia de letrado, en virtud de los artículos 56.2, 69, 70 y 73.1 del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, corresponde otorgar los costos arbitrales, disponiendo que LA ENTIDAD cubra y reembolse únicamente lo pagado por EL CONTRATISTA respecto a los honorarios y gastos del Árbitro Único y de la Secretaría arbitral.

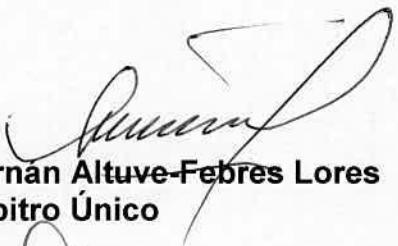
III. **RESOLUCION:**

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la excepción de caducidad formulada por LA ENTIDAD, estando que se ha constatando que EL CONTRATISTA ha ejercido su derecho dentro de los plazos legales estipulados.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA en parte la pretensión principal de la demandante por lo cual, corresponde que LA ENTIDAD pague a favor de EL CONTRATISTA la suma de **S/. 45,600.00** (Cuarentacincos mil

seiscientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de pago por mayores gastos generales.

TERCERO. En virtud de los artículos 56.2, 69, 70 y 73.1 del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, corresponde otorgar los costos arbitrales, disponiendo que LA ENTIDAD cubra y reembolse únicamente lo pagado por EL CONTRATISTA respecto a los honorarios y gastos del Árbitro Único y de la Secretaría arbitral.


Fernán Altuve-Febres Lores
Árbitro Único


Oscar Felipe Chirinos Casas
Secretaría Arbitral