

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 27 de septiembre de 2016

I INTRODUCCIÓN

LAS PARTES:

CONSORCIO LA LIBERTAD (en adelante EL CONTRATISTA y/o EL CONSORCIO y/o EL DEMANDANTE)

FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO (en adelante LA ENTIDAD y/o FONDEPES y/o EL DEMANDADO)

TRIBUNAL ARBITRAL: **JOSE TALAVERA HERRERA (Presidente)**
ARTURO BOCANEGRA TAPIA (Árbitro)
ELIO OTINIANO SÁNCHEZ (Árbitro)

SECRETARÍA ARBITRAL: MARIELA KELLY PEREZ RAMOS

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo a la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA para la Contratación de la ejecución de la obra: "Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, provincia de Virú, Región La Libertad" (en adelante el CONTRATO):

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

Las partes acuerdan que todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje institucional bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su reglamento.

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

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

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

Las partes acuerdan que las actuaciones arbitrales se realizarán en los plazos establecidos, sin que el Tribunal Arbitral tenga facultad alguna para ampliarlos o modificarlos, no siendo posible que el Tribunal Arbitral haga uso de la facultad contenida en el numeral 4 del artículo 34º del Decreto Legislativo N° 1071.

El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia.

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

En razón a ello, existiendo un conflicto en relación a la ejecución del presente CONTRATO, el Consorcio LA LIBERTAD solicitó el inicio del proceso arbitral, presentando su demanda arbitral el 27.02.14, conforme a la reglas del proceso y a la administración de arbitraje SNA.

Como acto seguido el 11.03.14 el Consorcio presentó el escrito de ampliación de pretensiones de Demanda Arbitral, conforme a las reglas del proceso y a la administración de arbitraje SNA.

Por su parte, el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES, el 20.03.14 presentó su escrito de excepciones y contestación de demanda, conforme a la reglas del proceso y a la administración de arbitraje SNA.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Por consiguiente, FONDEPES el 02.04.14 presentó el escrito de excepciones y absolución de traslado del escrito presentado por el consorcio, conforme a las reglas del proceso y a la administración de arbitraje SNA.

Mediante Carta N° 754-2014-OSCE/DDA se informa que en el proceso arbitral derivado de la controversia surgida por el CONSORCIO y FONDEPES, los Dres. Elio Otiniano Sánchez y Arturo Antonio Bocanegra Tapia, designan como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. José Alejandro Jesús Talavera Herrera y a su vez se remite reseña de materia controvertida, liquidación de gastos arbitrales, modelo de declaración jurada y un ejemplar de todos los escritos presentados por las partes en el transcurso del proceso.

Mediante Carta S/N el Presidente del Tribunal Arbitral designado, trasmite su aceptación y su respectiva declaración, conforme a lo dispuesto en el Art. 35 del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

Con fecha 20 de junio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación. En dicha oportunidad el Tribunal Arbitral ratifico su aceptación al cargo, señalando que no posee ninguna incompatibilidad para ejercerlo, ni compromiso alguno con las partes, con sus representantes, abogados ni asesores; obligándose a desempeñar su función con total independencia, imparcialidad y probidad. Asimismo, la parte asistente declara su conformidad con la designación del Tribunal Arbitral, manifestando que al momento de realizarse la audiencia no tiene conocimiento de causal o motivo alguno que pudiera motivar una recusación.

En cuanto al proceso arbitral, las partes ratificaron sus domicilios; se dejó constancia las normas aplicables al proceso arbitral; y se dejó constancia la liquidación de honorarios del tribunal arbitral y los gastos administrativos de la secretaría.

II. PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONSORCIO LA LIBERTAD, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LAS SUSTENTAN.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Mediante escrito presentado con fecha 27 de febrero de 2014, EL CONSORCIO presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

2.1. Pretensiones formuladas por el CONSORCIO LA LIBERTAD:

Primera Pretensión Principal: Que, se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J través de la cual FONDEPES declaró la nulidad de Oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013.

Primera Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que, se ordene a FONDEPES el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78 (DOS MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL CON 78/100 NUEVOS SOLES), incluido IGV, correspondiente a las prestaciones prestadas por el CONSORCIO LA LIBERTAD, por constituir enriquecimiento sin causa.

Segunda Pretensión Principal: Que se ordene a FONDEPES a asumir el íntegro de los costos y costas del presente proceso.

2.2. Fundamentos de hecho de la Demanda:

Con fecha 21 de noviembre del 2013 se convocó la adjudicación directa de menor cuantía N° 034-2013-FONDEPES, derivada de la Licitación Pública N° 03-2013-FONDEPES para la ejecución de la obra CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL MORIN ubicada en la provincia de Morín, departamento de La Libertad.

Con fecha 09 de diciembre de 2013, mi representada suscribió con FONDEPES, el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, por el monto de su propuesta a suma alzada ascendente a la suma de 11'599,605.04 (ONCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCO CON 04/100 NUEVOS SOLES) incluido IGV, y un plazo de ejecución de 365 días calendarios.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Mediante informe N° 02-2014-FONDEPES/OGA la Oficina General de Administración comunica a la Secretaria General del FONDEPES, los resultados del procedimiento de control posterior efectuados sobre el certificado obrante como folio 144 de la propuesta técnica presentada por el CONSORCIO LA LIBERTAD, concluyendo que el mismo es falso según lo indicado por el decano de la facultad de ciencias e ingeniería de la PUCP, indicando que se ha configurado la causal de nulidad de oficio de contrato por infracción al principio de veracidad contenida en el literal b) del artículo 56 de la ley de contrataciones del Estado.

La Secretaria General mediante Memorando N° 063-2014-FONDEPES/SG del 31.01.14 trasladada el indicado informe a la Dirección de Investigación Pesquera Artesanal y Acuícola, cuyo Director General, haciendo suyo, el Informe N° 007-2014-FONDEPES/DIGENIPAA/JRCM responde señalando que compete a la entidad declarar la nulidad o continuar con la ejecución del contrato en atención al interés público involucrado; sin embargo, manifiesta que la declaración de nulidad podría causar mayores costos al proyecto de inversión, debido a que la paralización implica a una afectación a una parte de las estructuras por la acción de la naturaleza y paso del tiempo, que van a requerir mayores recursos para su reparación o reemplazo. A mayor abundamiento el Informe N° 007-2014-FONDEPES/DIGENIPAA/JCRM establece que la declaración de nulidad podría causar mayores costos al proyecto de inversión, debido a que su paralización implicaría una afectación a una parte de las estructuras ya ejecutadas por la acción de la naturaleza y paso del tiempo, que van a requerir más recursos para su relación o reemplazo por una cantidad estimada de S/. 400,881.56 nuevos soles.

Con respecto a la PRETENSIÓN SUBORDINADA a la PRIMERA PRETENSIÓN:

Con fecha 09.12.13, mi representada suscribió con FONDEPES, el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, por el monto de su propuesta a suma alzada ascendente a la suma de 11'599,605.04 (ONCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCO Y 04/100 NUEVOS SOLES) incluido IGV, y un plazo de ejecución de 365 días calendarios.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Con fecha 13.12.13, se llevó a cabo el acto de entrega de terreno suscribiéndose el acta de entrega de terreno. Asimismo, con fecha 20.12.13, se efectivizó el pago del anticipo de adelanto directo, quedando determinada como fecha de inicio del plazo contractual el 14.12.13.

Con fecha 31.12.13 procedimos a presentar los metrados correspondientes a los avances de obra registrados en el mes de diciembre de 2013 (valorización N° 1). Efectuada la valorización de los mismos, conjuntamente con la supervisión se determinó que el monto de dicha valorización ascendía a la suma de S/. 72.737.47 incluido IGV, en señal de conformidad de la misma, FONDEPES solicitó y recibió la factura según lo siguiente:

• Factura N° 005960 (07-01-2014)	S/. 36,025.22
• Amortización Adelanto Directo	S/. 14,685.10
• Amortización Adelanto de Materiales	S/. 22,027.06
Total Valorizado incluido IGV	S/. 72,737.47

Nota: La amortización de los adelantos no fueron reconocidos por la entidad, por tanto la suma total a pagar por la entidad es S/. 72,737.42 nuevos soles incluidos IGV.

De la misma manera, con fecha 31 de enero del 2014 procedimos a presentar los metrados correspondientes a los avances de obra registrados en el mes de enero del 2014 (Valorización N° 2). Efectuada la valorización de los mismos, conjuntamente con la supervisión; se determinó que el monto de dicha valorización ascendía a la suma de S/. 1'405,982.10 nuevos soles, incluidos IGV, en señal de conformidad con la misma, FONDEPES solicitó y recibió la factura según lo siguiente:

• Factura N° 005970 (06-02-2014)	S/. 70.299.10
• Amortización Adelanto Directo	S/. 913,888.37
• Amortización Adelanto de Materiales	S/. 421,794.63
• Total Valorizado incluido IGV	S/. 1'405,982.10

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Nota: La amortización de los adelantos fueron reconocidos por la entidad, por tanto La suma total a pagar por la entidad es S/. 1'405,982.10 nuevos soles incluidos IGV

De la misma manera, los avances ejecutados en el mes de febrero 2014 (Valorización N° 3 – de cierre), incluyendo los materiales que quedan en obra, ascienden a la suma de S/. 832,911.21 nuevos soles incluidos IGV.

En conclusión la suma total de las valorizaciones asciende a S/. 2'311,630.78 nuevos soles, incluidos IGV.

De declararse que corresponde la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013, los trabajos ejecutados por mi representada, los mismos que cuentan con la conformidad de FONDEPES, constituirán enriquecimiento sin causa o injustificado.

2.3 Medios Probatorios ofrecidos por el CONSORCIO LA LIBERTAD:

A efectos de sustentar la presente demanda, como medios probatorios se adjunta como copia los siguientes documentos:

- Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA de fecha 09.12.13
- Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J
- Copia de la valorización de avance de obra N° 01, copia de la carta tramitada a la entidad con la cual se aprueba la valorización.
- Copia de la carta de la supervisión mediante la cual aprueba la valorización N° 01 y la remite a la entidad.
- Copia de la factura recepcionada por la entidad por la valorización de avance de obra N° 01.
- Copia de la valorización de avance de obra N° 02.
- Copia de la carta de la supervisión mediante la cual aprueba la valorización N° 02 y la remite a la entidad.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

- Copia de la factura recepcionada por la entidad por la valorización de avance de obra N° 02.

III. AMPLIACIÓN DE PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONSORCIO LA LIBERTAD, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito presentado con fecha 11 de marzo de 2014, EL CONSORCIO presento su escrito formulando ampliación de pretensiones:

3.1. Pretensiones Formuladas por EL CONSORCIO LA LIBERTAD:

Primera Pretensión Principal: Se declare la invalidez, la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J través de la cual FONDEPES declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: En caso el Tribunal Arbitral ampare la primera pretensión principal, solicitamos se declare que el CONSORCIO LA LIBERTAD, integrado por las empresas AMERIKA PROMASER S.R.L., CHAVIN DE HUANTAR E.I.R.L. e IBERICO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A., no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J del 13 de febrero de 2014 que declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: En caso el Tribunal Arbitral ampare la primera pretensión principal, solicitamos se declare la nulidad del acto de ejecución de: i) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 por adelanto de materiales; ii) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 del 11 de diciembre de 2013 hasta por la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo; ambas emitidas por el Banco Continental a favor del CONSORCIO LA LIBERTAD, y en consecuencia, nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

ejecución, ordenándose a FONDEPES reponer las cosas y las sumas de dinero indebidamente ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas fianzas.

Segunda Pretensión Principal: Se declare que FONDEPES se encontraba impedido legalmente de anular de oficio el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013, en mérito de que el CONSORCIO LA LIBERTAD ya había ejercitado con anterioridad al dictado de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, su derecho a solicitar la Resolución del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013 al amparo de la cláusula décimo sexta del citado contrato y de los artículos 44 de la Ley de Contrataciones del Estado – D.L. 1017 y los artículos 167, 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. 184-2008-EF y, en consecuencia, se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J a través de la cual FONDEPES declaró la nulidad de oficio del contrato.

Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: En caso el Tribunal Arbitral ampare la segunda pretensión principal, solicitamos se declare que el CONSORCIO LA LIBERTAD, integrado por las empresas AMERIKA PROMASER S.R.L., CHAVIN DE HUANTAR E.I.R.L. e IBERICO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A., no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J del 13 de febrero de 2014 que declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013.

Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: En caso el Tribunal Arbitral ampare la segunda pretensión principal, solicitamos se declare la nulidad del acto de ejecución de: i) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 del 13 de diciembre de 2013 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales; y, ii) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 del 11 de diciembre de 2013 hasta por la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo; ambas emitidas por el Banco Continental a favor del Consorcio La libertad, y en consecuencia, nulos

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a FONDEPES reponer las cosas y las sumas de dinero indebidamente ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas fianzas.

Tercera Pretensión Principal: Se declare que el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013 ha quedado resuelto por incumplimiento contractual imputable a FONDEPES de conformidad con la cláusula décimo sexta del citado contrato y de los artículos 44 de la Ley de Contrataciones del Estado – D.L. 1017 y los artículos 167, 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. 184-2008-EF, ello como consecuencia de los efectos jurídicos generados por las Cartas Notariales de fechas 12 de febrero de 2014 y 03 de marzo de 2014 dirigidas oportunamente a FONDEPES por parte del CONSORCIO LA LIBERTAD.

Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal: En caso el Tribunal Arbitral ampare la tercera pretensión principal, solicitamos se ordene a FONDEPES pagar al CONSORCIO LA LIBERTAD una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante (ganancias dejadas de percibir el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013) ascendente a la suma de S/. 11'599,605.04 más intereses legales, monto que representa el importe total del objeto del contrato.

Cuarta Pretensión Principal: Se ordene a FONDEPES el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311.630.78 (Dos millones trescientos once mil seiscientos treinta con 78/100 nuevos soles), incluido IGV, correspondiente a las prestaciones prestadas por el CONSORCIO LA LIBERTAD, por constituir enriquecimiento sin causa.

Quinta Pretensión Principal: Se declare que la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013 no otorgaba el derecho a FONDEPES a solicitar la ejecución de: i) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 del 13 de diciembre de 2013 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales; y, ii) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 del 11 de diciembre de 2013 hasta por la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo; ambas emitidas por el

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Banco Continental a favor del CONSORCIO LA LIBERTAD, y en consecuencia, nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a FONDEPES reponer las cosas y las sumas de dinero indebidamente ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas fianzas.

Sexta Pretensión Principal: Se ordene a FONDEPES asumir el integro de los costos y costas del presente proceso.

3.2. Fundamentos de hecho de las pretensiones:

Debemos señalar que en caso el Tribunal Arbitral declare fundada la primera pretensión principal y por ende la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, es propio que se excluya al recurrente de cualquier responsabilidad que se pueda originar del hecho que motivó la declaratoria de nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013, ya que al ser nula la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, todo lo relacionado a la misma también carece de sustento legal, más aún, cuando el CONSORCIO LA LIBERTAD ha actuado de buena fe en todo momento y sin posibilidad alguna de poder determinar sobre la supuesta "falsedad" del Certificado emitido por la Facultas de Ciencias e Ingeniería de la Pontifica Universidad Católica del Perú en el año 1985, según el cual el ingeniero Luis Manuel Martínez Luján, CIP 19232, había cursado y concluido estudios de maestría en la especialidad de estructuras, durante el período lectivo de 1976 al 179 y que obra como folio 144 de la propuesta técnica presentada por el CONSORCIO LA LIBERTAD.

Es importante señalar que FONDEPES, al momento de dictar la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, tenía pleno conocimiento que el propio ingeniero Luis Manuel Martínez Luján señala que el Certificado que obra folio 144 de la propuesta técnica presentada por el CONSORCIO LA LIBERTAD es cierto y que dicha postura la ha mantenido hasta cuando comenzó la etapa de evaluación posterior a la firma del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

De la misma forma, en caso se declare fundada la primera pretensión principal, todas aquellas consecuencias que se hayan generado a partir del dictado de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J también serán inválidas, nulas y/o ineficaces y entre tales consecuencias, se encuentra la ilegal ejecución de las Cartas Fianzas N° 0011-0962-9800007818-82 del 13 de diciembre de 2013 y 0011-0962-9800007680-86 del 11 de diciembre de 2013 y consecuente con ello, FONDEPES debe revertir dicha ejecución, así como revertir los fondos indebidamente cobrados.

Con fecha 21 de noviembre de 2013 se convocó la adjudicación directa de menor cuantía N° 034-2013-FONDEPES, derivada de la Licitación Pública N° 03-2013-FONDEPES para la ejecución de la obra CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL DESEMBARCADERO PESQUERO ARTESANAL MORIN ubicada en la provincia de Morín, departamento de La Libertad.

Con fecha 09 de diciembre de 2013, mi representada suscribió con FONDEPES, el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, por el monto de su propuesta a suma alzada ascendente a la suma de 11'599,605.04 (once millones quinientos noventa y nueve mil seiscientos cinco y 04/100 nuevos soles) incluidos IGV, y un plazo de ejecución de 365 días calendarios.

Debido a que no se obtuvo respuesta alguna, mediante carta notarial del 12 de febrero de 2014, se requirió a FONDEPES nos haga entrega de la aprobación correspondiente en el término perentorio de 15 días calendarios cumplan con la entrega del expediente técnico de obra completo (artículo 184 del reglamento), bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, por ser obligación esencial contractual de FONDEPES tal aprobación, pues el no contar con este proyecto aprobado nos impedía alcanzar el objeto del contrato dentro de los plazos previstos.

Luego de ello, mediante Carta Notarial N° 7180, enviada por FONDEPES, notificada con fecha 20 de febrero de 2014, contraviniendo el principio de la veracidad y la buena fe, FONDEPES señala referente el requerimiento de obligaciones esenciales contractuales solicitada por nuestra parte, que el Expediente Técnico de obra entregado cuenta con

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

todos los documentos técnicos necesarios e indica como responsabilidad a los trabajos de conexión a la RED EXISTENTE, tal como se expresa en la memoria descriptiva, en las especificaciones técnicas, en los metrados, presupuestos y planos específicos, dejando claro que la Entidad no incurrió en ningún incumplimiento contractual, lo cual resulta ser errado.

3.3. Medios Probatorios ofrecidos por el CONSORCIO LA LIBERTAD

A efectos de sustentar el presente escrito de ampliación de pretensiones, como medios probatorios se adjunta lo siguiente:

- Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 del 13.12.13 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales, emitida por el Banco Continental a favor del Consorcio.
- Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-82 del 11.12.13 hasta por la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo, emitida por el Banco Continental a favor del Consorcio.
- Asiento N° 57 del cuaderno de obra.
- Carta Notarial de fechas 12.02.14 dirigida oportunamente a FONDEPES por parte del Consorcio.
- Carta Notarial del 19.02.14 remitida por FONDEPES al CONSORCIO.
- Carta Notarial de fechas 03.03.14 dirigida oportunamente a FONDEPES por parte del CONSORCIO, la misma que lleva adjunta: 1.- Copia carta GR/P-277-2014 del 27.12.14 de HIDRANDINA; y 2.- Copia de la Pág. 1 de la SEC. 190-000 del Código Nacional de Electricidad.
- La Pericia que deberá practicarse a efectos de determinar con exactitud el monto de los daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante, demandados con nuestra tercera pretensión principal y su accesoria de resolución contractual e indemnización.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

IV. POSICIÓN DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO, RESPECTO A LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONSORCIO LA LIBERTAD.

Mediante escrito presentado con fecha 20 de marzo de 2014, LA ENTIDAD presentó su escrito de excepciones y contestación de demanda formulando las siguientes excepciones:

4.1.- EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD AL PROPONER LA DEMANDA

Que, formulan la excepción de oscuridad y ambigüedad al proponer la demanda, en tanto el demandante solicita como primera pretensión principal que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 052-2014-FONDEPES/J, mediante la que FONDEPES declaró la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, y seguidamente como pretensión subordinada el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa.

En este punto, cabe precisar que en las pretensiones del contratista existe una evidente incongruencia, en vista de que, por un lado, solicita la ineficacia de documento mediante el que se declaró la nulidad del contrato que suscribió con mi representada, lo que de ser amparado tendría como efecto que el contrato siga vigente y surta todos sus efectos y, por otro lado, solicita el reconocimiento y pago de la S/. 2'311,630.78 incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa, lo que implica la aceptación de la declaración de nulidad del contrato, toda vez que la figura de enriquecimiento sin causa, se aplica como un mecanismo para reconocer los costos de ejecuciones prestadas ante la inexistencia de un contrato u otra fuente de obligación que ampare las mismas.

Como puede apreciarse la Primera Pretensión Principal tiene como finalidad que se declare ineficaz la nulidad del contrato, por un supuesto defecto de motivación, lo que incluye directamente la búsqueda de la validez del contrato, no se puede pretender

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

que se reconozca las prestaciones ejecutadas como si no existiera contrato, bajo la figura del enriquecimiento indebido o sin causa (contrato o acuerdo).

Es más, en la propia demanda se india expresamente que: "... De declararse que corresponde la nulidad del Oficio del contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09 de diciembre de 2013, los trabajos ejecutados por mi representada; los mismos que cuentan con la conformidad de FONDEPES, constituirán enriquecimiento sin causa o injustificado". Posición que abona mucho más en la hipótesis de contradicción de las pretensiones planteadas en la demanda.

En ese sentido, no pueden subsistir ambas pretensiones, siendo abiertamente contradictorias, pues por un lado no se puede cuestionar la nulidad del Contrato, mientras que por el otro se busca reconocer la misma para sustentar el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa.

4.2.- EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

Que, formulan excepción de incompetencia, en tanto el demandante solicita como segunda pretensión subordinada el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa, cuando dicha materia no es arbitrable, en la medida que no existe un acuerdo válido de las partes para someter a controversia dicho hecho ni un precepto legal que ordene ello.

De la cláusula novena, que corresponde a la Solución de Controversias, resulta claro que las partes no han establecido bajo ninguna circunstancia que es susceptible de arbitraje un tema relacionado al enriquecimiento indebido o sin causa fuera del contrato. Tampoco, la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, establecen dicha materia como susceptible de arbitraje de derecho administrativo como consecuencia del sistema jurídico de contratación pública.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

4.3.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

4.3.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO:

Que, mediante carta s/n, de fecha 12/12/13, remitida por la empresa *ER Construcciones E.I.R.L.*, participante en el mencionado proceso de selección, comunicó que el certificado emitido por la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en el año 1985, que acreditaría que el Ingeniero Luis Manuel Martínez Luján había cursado y concluido estudios de maestría en la especialidad de estructuras, durante el periodo lectivo de 1976 al 1979 (folio 144 de la propuesta técnica), para acreditar el cumplimiento de requisitos técnicos mínimos en el proceso de selección, era inexacto.

Por otro lado, mediante Carta FCI-002/2014-D de fecha 21/01/14, el Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la PUCP comunicó que el certificado en cuestión es FALSO, toda vez que: i) la universidad no cuenta con una "*Facultad de Ingeniería Civil*", sino con una "*Facultad de Ciencias e Ingeniería, especialidad de Ingeniería Civil*", ii) los alumnos y egresados son identificados por su número de Código, no por el N° de CIP, iii) la universidad no cuentan con maestría en estructuras y finalmente; iv) la firma plasmada no corresponde a la del Secretario Académico de la Facultad de Ciencia e Ingeniería en el año 1985.

Es así, que por medio de la Resolución Jefatural N° 052-2014- FONDEPES/J se declaró la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, "*Construcción y Equipamiento del Desembarcadero Pesquero Artesanal Puerto Morín, Provincia de Virú, Región La Libertad*", por transgresión al principio de presunción de veracidad luego de suscrito el contrato, conforme a lo señalado en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por medio de las Cartas s/n de fecha 17/02/14, el demandante en atención a la nulidad formulada se comprometió a devolver el dinero que la entidad le entrego por concepto de adelanto de materiales y directo.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

4.4.- MEDIOS PROBATORIOS

Ofrecen como medio probatorio, lo siguiente:

- Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA, para la ejecución de la obra.
- Copia de la propia demanda.
- Carta S/N de fecha 12.12.13.
- Carta N° 507-2013-FONDEPES/OGA de fecha 16.12.13.
- Carta N° 508-2013-FONDEPES/OGA de fecha 16.12.13.
- Carta N° 516-2013-FONDEPES/OGA de fecha 23.12.13.
- Carta N° 011-2013-CLL/LIC de fecha 23.12.13.
- Carta N° FCI-002/2014-D de fecha 21.01.14.
- Carta N° 34-2014-FONDEPES/OGA de fecha 22.01.14
- Carta S/N de fecha 28.01.14.
- Carta S/N de fecha 18.02.14.
- Carta N° 081-2014/NRR de fecha 10.03.14.
- Oficio N° 3421-14-DIREICAJ-DIRAPJUS/DIVPIDDMP-D3.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 00394-2012-PA/TC.
- Carta N° 38-2014-FONDEPES/SG de fecha 06.03.14.
- Carta Notarial de fecha 03.03.14.
- Carta N° 032-2014-FONDEPES/SG de fecha 19.02.14. Carta N° 010-2014-CLL de fecha 12.02.14.

V. EXCEPCIONES Y ABSOLUCIÓN DE TRASLADO DEL ESCRITO DE AMPLIACIÓN DE PRETESIONES PRESENTADO POR EL CONSORCIO LA LIBERTAD.

5.1.- EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD AL PROPONER LA DEMANDA

Que, formulan excepción de oscuridad y ambigüedad al proponer la demanda, en tanto el demandante solicita como primera pretensión principal que se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 052-2014-FONDEPES/J, mediante la que FONDEPES declaró la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, y

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

seguidamente como cuarta pretensión principal autónoma solicita el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2' 311,630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa.

En este punto, cabe precisar que en las pretensiones del contratista existe una evidente incongruencia, en vista de que, por un lado, solicita la ineficacia del documento mediante el que se declaró la nulidad del contrato que suscribió con mi representada, lo que de ser amparado tendría como efecto que el contrato siga vigente y surta todos sus efectos, y por otro lado, solicita el reconocimiento y pago de la S/. 2'311.630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa, lo que implica la aceptación de la declaración de nulidad del contrato, toda vez que la figura de enriquecimiento sin causa, se aplica como un mecanismo para reconocer los costos de ejecuciones prestadas ante la inexistencia de un contrato u otra fuente de obligación que ampare las mismas dentro de las reglas de buena fé.

5.2.- EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

Que, formulan excepción de incompetencia, en tanto el demandante solicita como cuarta pretensión principal el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311.630.78, incluido IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa, cuando dicha materia no es arbitrable, en la medida que no existe un acuerdo válido de las partes para someter a controversia dicho hecho ni un precepto legal que ordene ello.

De la cláusula novena, que corresponde a la Solución de Controversias, resulta claro que las partes no han establecido bajo ninguna circunstancia que es susceptible de arbitraje un tema relacionado al enriquecimiento indebido o sin causa fuera del contrato. Tampoco, la Ley de Contrataciones del Estado ni su reglamento, establecen dicha materia como susceptible de arbitraje de derecho administrativo como consecuencia del sistema jurídica de contratación pública.

5.3.- CONTESTACIÓN DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONSORCIO

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

5.3.1.- SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS

En cuanto a la primera pretensión principal, nos reafirmamos en los argumentos expuestos en nuestro escrito de contestación de demanda, mediante los que se evidencia la validez de la Resolución Jefatural N° 052-2014-FONDEPES/J, que declaro la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, puesto que dicho acto administrativo cumple con el requisito de motivación establecido en el numeral 4 del artículo 3, así como en el numeral 6.1 del artículo 6 de la ley 27444.

Bajo este orden de ideas, en base al principio de que el accesorio sigue la suerte del principal, también corresponde declarar INFUNDADAS las dos prestaciones accesorias a la primera pretensión principal. Además de lo señalado, dichas pretensiones no tienen un sustento fáctico ni legal que las respalde, pues no existe eximente de responsabilidad del demandante respecto de la presentación de un documento falso como parte de su propuesta técnica.

5.3.2.- SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y ACCESORIAS

En cuanto a la nulidad posterior a la celebración del contrato cabe traer a colación lo señalado en el literal b) del artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

En el presente caso, como se ha indicó a mayor detalle en nuestro escrito de contestación de demanda, el consorcio, en el folio 144 de su propuesta técnica, presentó el certificado de conclusión de estudios de maestría en la especialidad de estructuras, durante el período lectivo de 1976 al 1979, correspondiente al Ingeniero Luis Manuel Martínez Luján, el cual supuestamente habría sido emitido por la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en el año 1985, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos técnicos mínimos para que su propuesta sea aceptada en el proceso de selección Adjudicación

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

de Menor Cuantía N° 034-2010/FONDEPES, derivada de la Licitación Pública N° 03-2013-FONDEPES.

La no declaración de nulidad del contrato, en el presente caso, tiene un efecto nocivo sobre la esencia misma del sistema jurídico que rige las contrataciones públicas, toda vez que tendría el mismo efecto que otorgar directamente la buena pro a un particular sin que exista un proceso válido y respetuoso de los principios que rigen las contrataciones públicas.

En consecuencia, la nulidad fue una declaración válidamente emitida por el titular de la Entidad, lo que debe surtir todos sus efectos jurídicos, sin impedimento de ningún tipo dentro del marco legal establecido. Es más, con relación a la imposibilidad se declara la nulidad ante la existencia de un requerimiento de cumplimiento de obligaciones, como pretende argüir sin sustento del demandante, cabe señalar que no existe norma alguna que prohíba declarar la nulidad del contrato por ese motivo ni tampoco por

algún otro motivo cuando se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 56° de la Ley, como se indicó esta norma se sustenta en el respeto a los principios antes señalados y el respeto al propio sistema de contratación pública.

5.3.3.- SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU ACCESORIA

Como hemos señalado con anterioridad, el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA "*Construcción y equipamiento del desembarcadero pesquero artesanal Puerto Morín, provincia de Virú, Región La Libertad*" fue declarado NULO, mediante Resolución Jefatural N° 052-2014-FONDEPES/J, por transgresión al principio de veracidad, al haberse comprado fehacientemente que su consorcio presentó un documento falso como parte de los requisitos de admisión de su propuesta técnica.

En el presente caso, al haberse declarado nulo el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, el mismo no puede generar obligaciones para las partes ni incumplimientos de dichas obligaciones, toda vez que el efecto de la declaración de

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

nulidad es la inexistencia del contrato por un vicio en su origen (no sobreviniente). De ahí que, no resulta valida alguna exigencia formulada por el consorcio o la entidad, tendientes al cumplimiento del contrato bajo apercibimiento de resolución de contrato, pues no existe contrato que respalde o sustente el cumplimiento de obligaciones reciprocas entre dichas partes. En igual sentido, tampoco resulta válida la llamada resolución de contrato realizada por el consorcio ante un supuesto incumplimiento. En consecuencia, el requerimiento formulado por el demandante mediante Carta Notarial N° 010-2014-CLL, es inválido e ineficaz desde su origen, cuyo efecto se extiende a la llamada resolución contractual y demás actos posteriores.

5.3.4.- SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En cuanto a la cuarta pretensión principal, nos reafirmamos en los argumentos expuestos en nuestro escrito de contestación de demanda, con relación al pedido de reconocimiento y pago de la suma de S/. 2' 311.630.78, los mismos que deben tenerse en cuenta por el Tribunal Arbitral al resolver. No obstante lo señalado, como

se indicó en la primera excepción planteada, existe una contradicción entre la Primera Pretensión Principal y la presente pretensión, pues por un lado la Primera Pretensión principal tiene como finalidad que se declare ineficaz la nulidad del contrato lo que incluye directamente la búsqueda de la validez del contrato suscrito entre las partes, mientras que en la cuarta pretensión principal el demandante pretende que se reconozca las prestaciones ejecutadas como si no existiera contrato o acuerdo, bajo la figura del enriquecimiento indebido o sin causa. Adicionalmente, como se indicó en la segunda excepción planteada esta pretensión no es objeto de arbitraje, toda vez que las partes no han pactado ello, ni la ley en reemplazo de la autonomía de voluntad de las partes establece algo similar.

5.3.5.- SOBRE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Con esta pretensión el demandante busca que se declare que la nulidad del Contrato N° 075-2014-FONDEPES/OGA, no otorga el derecho a la entidad de ejecutar: i) la

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 por la suma de S/.3' 479,882.00 por concepto de adelanto de materiales; y ii) la Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 por la suma de S/. 2' 319.921.00 por concepto de adelanto directo, así como de los actos que se deriven de ello, reponiendo las cosas y las sumas de dinero al estado anterior de la ejecución.

El Consorcio presento a favor de mi representada las cartas fianzas: i) N° 0011-0962-9800007818-82 por la suma de S/. 3'479,882.00 y por concepto de adelanto de materiales; y ii) N° 0011-0962-9800007680-86 por la suma de S/. 2' 319,921.00 y por concepto de adelanto directo; las mismas que van a respaldar los adelantos de materiales y directo que le fueron entregados por la Entidad para la utilización de dichos recursos en la ejecución de la obra antes indicada. Es así, que ante la imposibilidad de amortizar dichos adelantos (utilizar los recursos), al no ser posible ejecutar la obra, ya sea por un hecho que existió a la celebración del contrato (nulidad) o sobrevenido a él (resolución), la Entidad estaría facultada para ejecutar las garantías que le fueron entregadas, lo que finalmente le va a permitir el aseguramiento de la recuperación del dinero entregado bajo un cargo específico (utilización en la obra y amortización de los mismos).

5.3.6.- SOBRE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Correspondiendo declarar INFUNDADAS todas las pretensiones alegadas por el demandante, el Tribunal Arbitral deberá ordenar que aquel cumpla con el pago de los costos y costas que se le irrogue a la Entidad en el presente proceso.

5.4.- MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA ENTIDAD

Ofrecen como medio probatorio, los siguientes:

- Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA.
- Copia de la demanda
- Carta S/N de fecha 12.12.13

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

- Carta N° 507-2013/FONDEPES/OGA, de fecha 13.12.13
- Carta N° 508-2013-FONDEPES/OGA, de fecha 16.12.13
- Carta N° 516-2013-FONDEPES/OGA, de fecha 23.12.13
- Carta N° 011-2013-CLL/LIC de fecha 23.12.13
- Carta N° FCI-002/2014-D de fecha 21.01.14
- Carta N° 34-2014-FONDEPES/OGA de fecha 22.01.14
- Carta S/N de fecha 28.01.14
- Carta S/N de fecha 18.02.14
- Carta N° 081-2014/NRR de fecha 10.03.14
- Oficio N° 3421-14-DIREICAJ-DIRAPJUS/DIVPIDDMP-D3
- Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 00394-2012-PA/TC
- Carta N° 38-2014-FONDEPES/SG de fecha 06.03.14
- Carta notarial de fecha 03.03.14
- Carta N° 032-2014-FONDEPES/SG de fecha 19.02.14
- Carta N° 010-2014-CLL de fecha 12.12.14.

VI. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 18 de febrero de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de los Medios Probatorios.

6.1. CONCILIACIÓN

El Tribunal Arbitral explicó las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio e invitó a las partes a conciliar, sin embargo, las mismas manifestaron que de momento no es posible. Asimismo, el Tribunal dejó constancia de ello, expresando que la misma podría darse en cualquier estado del proceso.

6.2. MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

En este acto el Tribunal Arbitral deja constancia que mediante escrito presentado con fecha 11.03.14 el Contratista planteó la **modificación de la demanda** ("Ampliación de pretensiones de la demanda") indicando las siguientes pretensiones:

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

- PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52.2014-FONDEPES/J, a través de la cual FONDEPES declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA del 09.12.13.
- PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En caso el Tribunal Arbitra ampare la primera pretensión, se declare que el consorcio no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J del 13.12.14
- SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL ACCESORIA: En caso el Tribunal Arbitral ampare la pretensión principal, se declare la nulidad del acto de ejecución de:
a) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 hasta por la suma de S/. 3' 479,882.00 y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 hasta la suma de S/. 2' 319,921.00 por adelanto directo, y en consecuencia, nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a la Entidad a reponer las cosas y sumas de dinero ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas fianzas.
- SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare que la Entidad se encontraba impedida de anular de oficio el contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09.12.13, en mérito a que el contratista ya había ejercitado con anterioridad al dictado de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J su derecho a solicitar la resolución del contrato; y en consecuencia, se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J a través de la cual la entidad declaró la nulidad de oficio del contrato.
- PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En caso el Tribunal Arbitral ampare la segunda pretensión principal, se declare que el Contratista no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J.
- SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En caso el Tribunal Arbitral ampare la Segunda Pretensión Principal solicita se declare la nulidad del acto de ejecución de a) La Carta Fianza N° 0011-0962-

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

9800007818-82 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 hasta la suma de S/. 2'319,921.00, y en consecuencia, nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a la entidad reponer las cosas y sumas de dinero indebidamente ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas.

- TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare que el Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA ha quedado resuelto por incumplimiento contractual imputable a la entidad, como consecuencia de las cartas notariales de fechas 12 de febrero y 13 de marzo de 2014 dirigidas a la entidad.
- PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En caso el Tribunal Arbitral ampare la tercera pretensión principal, se orden a la entidad pague al contratista una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante ascendente a S/. 11'599,605.04 más intereses legales.
- CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene a FONDEPES el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78 correspondiente a las prestaciones prestadas por el contratista por constituir enriquecimiento sin causa.
- QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare que la nulidad del Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA no otorgaba el derecho a la entidad a solicitar la ejecución de a) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86, y en consecuencia, que se declaren nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a la entidad a reponer las cosas y las sumas de dinero ejecutadas al estado anterior a la solicitud de ejecución de dichas cartas.
- SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene a FONDEPES asumir el integro de los costos y costas del presente proceso.

6.3. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral y las partes, tomando en cuenta las pretensiones planteadas en la demanda y en el escrito de modificación de la misma, consideran que los puntos controvertidos del presente arbitraje son los siguientes:

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

- Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J mediante la cual la entidad declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA.
- Determinar si corresponde o no declarar que el contratista no tiene responsabilidad legal ni de ninguna naturaleza que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J.
- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del acto de ejecución de: a) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 hasta la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo.
- Determinar si corresponde o no declarar que la entidad se encontraba impedida legalmente de anular de oficio el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 09.12.13, en mérito a que el contratista ya había ejercitado con anterioridad al dictado de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J su derecho a solicitar la resolución del contrato, y en consecuencia, se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J a través de la cual la entidad declaró la nulidad de oficio del contrato.
- Determinar si corresponde o no declarar que el contratista no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J.
- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del acto de ejecución de a) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86, y en consecuencia, nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a la entidad reponer las cosas y sumas de dinero indebidamente ejecutadas al estado anterior a su solicitud de ejecución de dichas cartas.
- Determinar si corresponde o no declarar que el Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA ha quedado resuelto por incumplimiento contractual imputable a la entidad, como consecuencia de las cartas notariales de fechas de 12 de febrero y 13 de marzo de 2014 dirigidas a la entidad.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

- Determinar si corresponde o no ordenar que la entidad pague al contratista una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante ascendente a S/.11'599,605.04 más intereses legales.
- Determinar si corresponde o no que se ordene a la entidad el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78 incluido IGV, correspondiente a las prestaciones prestadas por el contratista por constituir enriquecimiento sin causa.
- Determinar si corresponde o no declarar que la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA no otorgaba el derecho a la entidad a solicitar la ejecución de a) La Carta Fianza N° 0011-0962-980000781882 hasta por la suma de S/. 3'479,882.00 y b) La Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86, y en consecuencia, que se declaren nulos todos los actos materiales y procesales que deriven de dicha ejecución, ordenándose a la entidad a reponer las cosas y las sumas de dinero ejecutadas al estado anterior a la solicitud de ejecución de dichas cartas.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la entidad a asumir el íntegro de los costos y costas del proceso.

6.4. EXCEPCIONES

El Tribunal Arbitral en este acto manifiesta que revisado el expediente se advierte que mediante el escrito de contestación de demanda presentado con fecha 20.03.14, la entidad propuso:

- **EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD:** Respecto de la Primera Pretensión Principal y de la Primera Pretensión Subordinada argumentando que en dichas pretensiones existe incongruencia, invocando el Artículo N° 1954 del Código Civil.
- **EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA:** En tanto el demandante solicita como Segunda Pretensión Subordinada el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78, incluido el IGV, por concepto de enriquecimiento sin causa, afirmando la entidad que dicha materia no es arbitrable, en la medida que no

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

existe un acuerdo valido de las partes para someter a controversia dicho hecho ni un precepto legal que ordene ello.

Mediante cédula de notificación N° 2127-2014 de fecha 31.03.14 y notificado el 03 de abril de dicho año, la secretaria del SNA-OSCE cumplió con remitir al contratista el indicado escrito de fecha 20.03.14.

Asimismo, mediante el escrito de fecha 02.04.14 la entidad propuso dos excepciones al absolver la modificación de la demanda ("*Ampliación de las pretensiones*"):

- **EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD:** En tanto el demandante solicita como primera pretensión principal que se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 052-2014-FONDEPES/J, mediante la que FONDEPES declaró la nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, y seguidamente como cuarta pretensión principal autónoma solicita el reconocimiento y pago de la suma de s/. 2'311,630.78 por concepto de enriquecimiento sin causa, respecto a lo cual habría incongruencia.
- **EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA:** En tanto el demandante solicita como cuarta pretensión principal el reconocimiento y pago de la suma de S/. 2'311,630.78 por concepto de enriquecimiento sin causa, afirmando la entidad que dicha materia no es arbitrable, en la medida que no existe un acuerdo valido de las partes para someter a controversia dicho hecho ni un precepto legal que ordene ello.

Por su parte mediante escrito presentado con fecha 15.04.14 el contratista procede a absolver las excepciones formuladas por la entidad, habiendo ofrecido dos medios probatorios documentales en el acápite II de dicho escrito.

6.5. RESPECTO A LA PRECISIÓN DE LA CUANTÍA DE LA DEMANDA A QUE SE REFIERE EL ESCRITO DE FECHA 6 DE MARZO DEL 2015

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

En este acto el Tribunal deja constancia que de la revisión de las pretensiones que comprenden la Demanda del Contratista, se advierte que las mismas fueron cuantificadas inexactamente en S/. 11'599,605.04, al verificarse que de una lectura de las mismas dicho monto corresponde únicamente a la pretensión indemnizatoria.

En atención a lo anterior, habiéndose efectuado la verificación de las pretensiones cuantificadas de manera individualizada, el monto total correcto de la cuantía asciende a **S/. 19'711,038.00**, suma que se obtiene de la sumatoria de las pretensiones que se precisan a continuación:

- Segunda pretensión principal accesorio
- Pretensión accesorio a la tercera pretensión principal
- Cuarta pretensión principal

Si bien la parte asigno a este escrito sobre todo, un fin de regulación de honorarios arbitrales, como dice el propio escrito, cuando se señala que en conclusión no deben ser reajustados los honorarios arbitrales, el Tribunal estima que tampoco hubiera sido posible en merito a dicho pedido modificar las pretensiones, pues ello atentaría contra la regla del artículo 39 inciso 3 de la Ley de Arbitraje, pues era manifiestamente tardío el pedido.

6.6. RESPECTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL CONSORCIO LA LIBERTAD

PRUEBAS DOCUMENTALES: Se admiten los medios probatorios referidos en el acápite "OFRECIMIENTO DE MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado con fecha 27.02.14, signados con los numerales 1) al 8); asimismo en el acápite XI "OFRECIMIENTO DE MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito presentado con fecha 11.03.14, signados con los numerales 1) al 6).

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

PRUEBA PERICIAL: Como consta en el acápite IX del escrito de modificación de la demanda de fecha 11.03.14, el contratista ofreció una prueba pericial (*"Pericia que deberá practicarse a efectos de determinar con exactitud el monto de los daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante, demandados con la tercera pretensión principal y su accesoria de resolución contractual e indemnización"*).

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera admitir la Pericia en calidad de medio probatorio con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio que generen una convicción de certeza o falsedad de lo expuesto por las partes, lo que permitirá decidir de manera más acertada respecto del punto controvertido referido a la indemnización. No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral otorga un plazo de cinco (05) días hábiles al contratista, a fin de que delimite claramente el objeto de la pericia, y cuáles son los puntos que debe pronunciarse el dictamen pericial.

Posteriormente el Contratista se desistió de éste medio probatorio, siendo que el Tribunal Arbitral dispuso la no actuación de la misma por desistimiento.

6.7. RESPECTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO:

Se admiten los medios probatorios referidos en el acápite 5.2 "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 20.03.14, signados con los numerales 1) al 19). Asimismo, se precisa que los medios probatorios ofrecidos en el escrito de absolución a la modificación, de la demanda son los mismos que fueron ofrecidos al absolver el traslado de la demanda, por lo que ya se tiene por admitidos.

VII. ALEGATOS ESCRITOS E INFORME ORAL

7.1. Mediante Resolución N° 09 de fecha 08 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral, conforme a las reglas del proceso, estimó pertinente dar por concluida la etapa probatoria, en la medida que no existían medios probatorios pendientes de actuación.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

En ese sentido, se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días para la presentación de sus alegatos escritos. Asimismo, cito a las partes a la Audiencia de Informe Orales.

7.2. Mediante Resolución N° 11 de fecha 30 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral, resolvió tener por presentados los alegatos de la Entidad y el Contratista en lo que fuere de ley, con conocimiento de su respectiva contraparte.

7.3. Con fecha 02 de junio de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, en dicha Audiencia, el Presidente del Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra al representante del Contratista y al representante de la entidad, quienes informaron por un espacio de (10) minutos.

7.4. Posteriormente, se concedió a las partes el derecho de réplica y duplica respectivamente.

7.5. El Tribunal Arbitral, luego de finalizado los Informes Orales procedió a formular preguntas que consideró pertinente, las mismas que fueron absueltas por los asistentes, terminando con ello el Informe Oral.

7.6. Mediante Resolución N° 14 de fecha 06 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito remitido por el Consorcio La Libertad. Asimismo, se fijó plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución a ambas partes, el mismo que podrá ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales.

7.7. Mediante Resolución N° 15 de fecha 5 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar en quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el término original.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en la Cláusula Décimo Novena del CONTRATO; ii) que, una vez instalado las partes no han cuestionado ninguna actuación o han recusado al Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, el CONSORCIO LA LIBERTAD presentó su escrito de demanda en la forma y dentro de los plazos dispuestos en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE; iv) que, el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, los medios probatorios aportados deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en nuestro país, el cual dispone que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

Ello ha sido resaltado además por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que *"...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..."*, habiéndose resuelto por sentencia de fecha 30/11/87, por ejemplo, *"...que el árbitro, según su leal saber y entender, practicó la prueba que estimó oportuna, en cuya actividad no puede ser obligado a practicar otras por*

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

imposición de ninguna de las partes..."⁽¹⁾ Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...", habiéndose resuelto por sentencia de fecha 30/11/87, por ejemplo, "...que el árbitro, según su leal saber y entender, practicó la prueba que estimó oportuna, en cuya actividad no puede ser obligado a practicar otras por imposición de ninguna de las partes..."⁽²⁾

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

IX NORMATIVA APLICABLE

En este punto, corresponde analizar al Tribunal Arbitral la normativa aplicable al caso materia de controversia.

Sobre este aspecto, se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado (aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017) y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF), el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 2 de julio de 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE).

XI ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCION DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD

En primer lugar debemos señalar que las excepciones son un medio de defensa formal a través de los cuales las partes denuncian la existencia o presencia defectuosa de un

⁽¹⁾ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

⁽²⁾ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

presupuesto procesal de la acción o de una condición de la acción que determina una relación jurídico - procesal válida o la imposibilidad de pronunciamiento sobre el fondo.

Para llevar a cabo el análisis de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, deducida por la ENTIDAD, debemos establecer previamente en qué consiste y a qué hace referencia la excepción planteada.

La mencionada excepción figura en la lista de excepciones contenidas en el artículo 446° del Código Procesal Civil; la cual procede cuando la exposición de los hechos de la demanda no es suficientemente clara, de tal forma que si la demanda adoleciera de oscuridad o insuficiencia tal, que no permita con precisión y seguridad identificar a las personas involucradas en el reclamo o el objeto que se pretende o los hechos que valen de título o causa de pedir, no existiría el presupuesto de un proceso válido.³

Una de las cosas importantes que debe observarse en esta excepción es que las falencias que pueda adolecer la demanda, deben ser suficientes como para afectar el derecho de defensa del demandado (en este caso el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES), privando a éste de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultando la eventual producción de la prueba.

También se produce cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud lo demandado, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminación. Lo importante de esta excepción es que la imprecisión en el planteamiento de la demanda dificulta en mayor medida la posibilidad de una defensa adecuada. Sin embargo, ello no justifica que se ampare esta excepción ante la omisión o la errónea invocación de las normas legales en que se funda la demanda, ya que por aplicación iura novit curia, el juez está facultado para suplir ese tipo de deficiencias.

En el caso que nos ocupa tenemos que el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES ha interpuesto la mencionada excepción ya que considera que en la demanda arbitral presentada por el Consorcio La Libertad; existe una incongruencia, porque por un lado, solicita la ineficacia del documento mediante el que se declaró la nulidad del contrato que suscribió con la Entidad, y por otro lado, solicita el reconocimiento y pago de S/. 2'311,630.78, incluido IGV, por concepto de

³ ALSINA, I ;Ligo; Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Torno III, Segunda Edición; Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, p.112

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

enriquecimiento sin causa, lo que implica la aceptación de la declaración de nulidad del contrato, toda vez que la figura de enriquecimiento sin causa, se aplica como un mecanismo para reconocer los costos de ejecuciones prestadas ante la inexistencia de un contrato u otra fuente de obligación que ampare las mismas.

Al respecto, el Tribunal Arbitral debe considerar que la razón por la que el demandado deduce la mencionada excepción, es porque considera que, al no comprender el contenido de la demanda ni del petitorio, su derecho de defensa se ve afectado, ya que al no entender cuáles son las razones por las cuales se demanda, no podrá hacer una efectiva defensa de sus intereses dentro del proceso.

Que respecto a este punto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES contestó la demanda arbitral deduciendo excepciones (entre ellas, la que es ahora materia de análisis), siendo que, al contestar la demanda, demostró que su derecho de defensa no se vio en modo alguno vulnerado ni disminuido en razón a la aparente incomprensión de la demanda arbitral. Es más, en el mencionado escrito de contestación de demanda de fecha 20 de marzo de 2014, la Entidad presentó su contestación de demanda tomando en consideración lo pedido por la Contratista en la primera pretensión principal y la subordinada, esto significa que, en base a los argumentos establecidos en la demanda arbitral y en su petitorio, consideró a bien contestar sobre la base de lo solicitado.

En base a estas consideraciones, el Tribunal Arbitral considera que cuando se deduzca esta excepción, es importante comprobar que la imprecisión en el planteamiento de la demanda, dificulta en mayor medida la posibilidad de una defensa adecuada; sin embargo, a criterio de este colegiado, ello no ha sucedido en este caso.

Asimismo, es necesario precisar que esta excepción se deduce al colocarse el demandado en un verdadero estado de indefensión al tener que contestar la demanda antes que el árbitro resuelva la excepción planteada, sobre una demanda oscura o ambigua, violentando el debido proceso ya que se le obliga a formular su defensa sin tener un conocimiento exacto de los alcances de la demanda.

A consideración del Tribunal, este hecho no ha ocurrido, ya que el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES ha ejercido correctamente su derecho a la defensa a lo largo del proceso, no viéndose impedido para ello, y demostrando con los escritos

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

presentados a lo largo del mismo, que comprendía perfectamente los alcances y petitorio de la demanda presentada.

Por tales razones, corresponde declarar infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, planteada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA

A continuación, el Tribunal Arbitral procederá con el análisis de la excepción formulada por el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES según la cual, la Entidad dedujo excepción de incompetencia contra la Contratista, alegando que el “enriquecimiento sin causa” no resulta arbitrable.

Al respecto debemos señalar que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas, esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratando en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, las normas en contratación estatal exigen la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, la misma que dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la normativa de contrataciones del Estado.

En este sentido, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito, por lo que su incumplimiento conllevaría la responsabilidad de los funcionarios involucrados, correspondiendo al Titular de la Entidad determinar responsabilidades y, de ser el caso, imponer las sanciones que corresponda, de conformidad con el artículo 46 de la Ley.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

De otro lado, se debe indicar lo mencionado en el artículo 2 del Reglamento establece que: *"La Ley y el presente Reglamento son aplicables a la contratación de bienes, servicios y obras, siempre que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada por la Entidad con fondos públicos."* Del artículo citado se desprende que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, es que estos involucran prestaciones reciprocas. Así, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre estas, el pago de la respectiva contraprestación al Contratista.

Al respecto, cabe precisar que si bien en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado prima el interés público cuya satisfacción persigue la Entidad contratante, ello no afecta el hecho que, desde la perspectiva del contratista, el interés en participar en una contratación estatal sea el de obtener una retribución económica a cambio de las prestaciones ejecutadas en favor de la Entidad contratante.

Tal hecho no ha sido soslayado por la normativa de contrataciones del Estado, sino que, por el contrario, en el artículo 42 de la Ley se reconoce expresamente que los contratos concluyen cuando el contratista cumple con ejecutar las prestaciones a satisfacción de la Entidad, y esta cumple con pagarle la contraprestación convenida.

Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado - aun cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*. (El subrayado es agregado).

Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

En tal sentido, en la relación patrimonial del Estado con los particulares puede darse también esta figura. Es así que, para verificar un enriquecimiento sin causa en una relación patrimonial entre una entidad del Estado y un particular es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual corresponderá determinar si la Entidad se ha beneficiado - enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación ejecutada, y de ser así, en aplicación de los principios generales del enriquecimiento sin causa, la Entidad no sólo debe reconocer el íntegro del precio de mercado del servicio prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

En virtud de lo expuesto, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que esta lo haya aprobado o no este estipulado en el contrato, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad; ello en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954° del Código Civil.

Cabe precisar que corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, que resultaría lo más adecuado y justo, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa.

Habiendo establecido, de acuerdo a nuestro ordenamiento civil, que es lo que persigue una acción de enriquecimiento sin causa y habiendo también determinado cuales son las consecuencias de dicha acción en el caso de las relaciones entre una Entidad del

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Estado y los particulares, corresponde ahora que el Tribunal Arbitral determine si la acción invocada de "enriquecimiento sin causa" resulta materia arbitrable y si como consecuencia de dicho análisis, el Tribunal es competente para avocarse a resolver sobre la misma.

En el presente caso, estamos ante una situación en la que la Entidad ha declarado la Nulidad de un Contrato y el Contratista ha solicitado el reconocimiento de una suma de dinero por prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad, invocando el enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad.

En primer lugar resulta conveniente precisar que no corresponde, en este estadio del Laudo, determinar si la Nulidad de Contrato efectuada por la Entidad estuvo o no ajustada a derecho, sino únicamente establecer si la acción de "enriquecimiento sin causa", invocada por la parte demandante para efectos de resarcirse una suma de dinero por las prestaciones ejecutadas, resulta materia arbitrable.

En tal sentido, debemos señalar que la Nulidad de un Contrato Administrativo produce en estricto la destrucción del acto jurídico contractual con fuerza retroactiva. La nulidad del contrato impide el efecto pretendido por las partes, cual es la existencia de una relación contractual válida. En consecuencia, la nulidad del contrato conlleva la consecuente inexistencia del mismo. Es decir, ni produce, ni modifica, ni extingue obligaciones.

Es así que, ante la inexistencia del contrato como consecuencia de haberse declarado su nulidad, el resarcimiento económico de las prestaciones reclamadas vía "enriquecimiento sin causa" no puede formar parte de las controversias surgidas de una ejecución contractual, siendo entonces que esta figura representa una fuente de obligaciones ajena a una relación contractual.

Volvemos entonces a referirnos a los artículos 1954° y 1955° del Código Civil que regulan el "enriquecimiento sin causa" y precisamos que los mismos tienen una fuente de obligaciones distinta al contrato, lo que refuerza esta posición legal.

Ahora bien, el presente arbitraje se regula dentro del marco normativo de las Contrataciones del Estado y tiene por objeto la solución de controversias surgidas dentro de la relación contractual entre el Estado y sus contratistas. En consecuencia,

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

siendo que la pretensión de "enriquecimiento sin causa" resulta ajena a una relación contractual, no deviene en materia arbitrable.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones, se resolverán mediante conciliación o arbitraje "(...) Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez (...)". Conforme apreciamos, no resultan arbitrables controversias extra contractuales como es el "enriquecimiento sin causa".

Corresponde precisar que si bien el artículo 52° hace referencia expresa a que si es materia arbitrable la controversia relativa a la Nulidad del Contrato, esto no implica de modo alguno que la pretensión por enriquecimiento sin causa para efectos de resarcimiento económico de prestaciones ejecutadas con anterioridad a la declaratoria de nulidad estén intrínsecamente incluidas en dicho concepto, pues éste resulta específico al cuestionamiento del acto que dispone la nulidad del contrato.

Finalmente, resulta necesario señalar que el Tribunal Arbitral ha revisado la cláusula o convenio arbitral contenido en el Contrato verificando la inexistencia de un pacto que determine que se someterá a arbitraje una controversia sobre "enriquecimiento sin causa", por lo que tampoco existe asidero legal proveniente del acuerdo entre las partes para que se ejerza competencia en esta materia.

Podemos concluir entonces, que si bien el derecho del demandante de entablar una acción por enriquecimiento indebido o sin causa es válido, la vía arbitral no resulta la idónea para ejercerlo, debiendo recurrir a la vía correspondiente.

En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que la excepción de incompetencia respecto a la arbitrabilidad de la acción por enriquecimiento sin causa deducida por la entidad FONDEPES debe declararse fundada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN N° 52-2014-FONDEPES/J MEDIANTE LA CUAL LA ENTIDAD DECLARO LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO N° 075-2013-FONDEPES/OGA.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Que, el demandante solicita al Tribunal Arbitral que amparando su pretensión declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J mediante la cual la Entidad declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OPA. Para efectos de evaluar el pedido el Tribunal debe remitirse a la normativa de contrataciones del Estado que ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito. De esta manera, la suscripción de un contrato sin observar las disposiciones de esta normativa conllevaría, entre otras consecuencias, la posibilidad de declarar la nulidad de dicho contrato.

En relación con lo anterior, debe indicarse que la potestad para declarar la nulidad de un contrato se encuentra regulada en el literal b) artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dispone lo siguiente:

"Artículo 56º.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato. (...)"

Al respecto, el referido artículo señala que existe el supuesto de nulidad por la transgresión del principio de presunción de veracidad, pese a haberse celebrado el

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio a efectos de salvaguardar la legalidad de la contratación y los fines que esta persigue.

En el presente caso la Entidad resolvió el contrato mediante la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, señalando que se transgredió el principio de presunción de veracidad regulado en el literal b) del referido artículo, el mismo que faculta a la Entidad a declarar la nulidad de oficio "Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato".

En este punto es importante resaltar que la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y/o formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tales, incapaces de producir efectos.

En esa medida, la declaración de nulidad de un contrato implica la inexistencia del mismo y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en este; por lo que, los efectos de la nulidad impiden a las partes exigirse el cumplimiento de las obligaciones que derivaban del contrato declarado nulo.

Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando una Entidad haya declarado la nulidad de un contrato, el proveedor que ejecutó prestaciones a su favor tiene derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio de dichas prestaciones a modo de indemnización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1954 del Código Civil: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo." (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa, otorgándole al afectado la acción por enriquecimiento sin causa como mecanismo de tutela.

Por otro lado el Tribunal aprecia que la mencionada Resolución Jefatural N° 052-2014-FONDEPES/J que declaró nulo el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, está en concordancia a lo regulado en el literal b) del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. Que está debidamente comprobado que el Consorcio presentó un

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

documento fraudulento, respecto al certificado de estudios de maestría en la especialidad de estructuras correspondiente al Sr. Luis Manuel Martínez Lujan, dicho documento lo presento con la finalidad de acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos técnicos mínimos para que su propuesta sea aceptada en el proceso de selección y adjudicación de menor cuantía N° 034-2013-FONDEPES derivada de la Licitación Publica N° 03-2013-FONDEPES.

En el presente caso se verifica que la Entidad siguió con el procedimiento de verificar los documentos presentados para la adjudicación, es así que la Oficina General de Administración constató que dicho documento es falso, en virtud a la comunicación cursada por el Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante carta FCI-002/2014-D, de fecha 21.01.14, la misma que señala que el documento no ha sido emitido por dicha Facultad.

La parte demandante ha sostenido que no ha incurrido en trasgresión del principio de veracidad, no habiéndose acreditado su responsabilidad, ya que la misma, en todo caso, recaería en quien le otorgó dicho documento y no en el Postor que actuó siempre de buena fe, no siendo mérito suficiente para declarar la nulidad del contrato.

Al respecto, conviene remitirse a lo señalado por el Tribunal de Contrataciones del Estado en su Resolución N° 187/2007.TC-SU del 20 de febrero del 2007, que señala lo siguiente:

"(...) el supuesto de hecho contenido en la infracción imputada está referido a la sola presentación de documentos falsos o inexactos, de modo que para que la conducta infractora se configure, únicamente se requiere acreditar que el documento presentado por el Postor es efectivamente discordante con la realidad, independientemente de quién hay sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación. (...) Así, en atención a los criterios utilizados por el Tribunal en anteriores oportunidades, la falsedad de un documento puede plasmarse de dos maneras: la primera de ellas supone que el documento cuestionado no haya sido expedido por su emisor, mientras que la segunda implica que aún cuando el documento haya sido válidamente expedido, haya sido posteriormente adulterado en su contenido. (...) Precisamente, en aplicación de dicho principio, la Administración Pública se encuentra en el deber de presumir como veraces los documentos presentados por el

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

administrado, mientras no se pruebe lo contrario. En consecuencia, debido a que en el presente caso se ha comprobado la falsedad del Certificado en cuestión, corresponde tener por quebrantado el Principio de Presunción de Veracidad que amparaba al Postor. Asimismo, mediante el referido principio, recaía en el Postor la obligación de verificar que toda la documentación e información a presentar se ajustara a la verdad, pues, conforme al artículo 42 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos."

Entonces, vemos que para incurrir en la trasgresión del principio de veracidad bastaría demostrar que el documento presentado por el Postor era falso, siendo además importante resaltar que para las normas de contratación estatal, el responsable y acreedor de la sanción es quien presenta la documentación falsa, es decir el Postor, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudiera ameritar contra el emisor del documento falso. Estando a lo expuesto ha quedado demostrada la transgresión a la presunción de veracidad por culpa de la demandante, al presentar documentación falsa.

En este punto el Tribunal Arbitral considera necesario precisar que a lo largo del proceso arbitral la parte demandante no ha demostrado lo contrario, ni presentado pruebas que acrediten que la imputación efectuada por la Entidad no era real o válida, es decir, que el documento presentado no era falso. Siendo así, el hecho acontecido concuerda con lo dispuesto en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo tanto va en contra de la presunción de veracidad y correspondía que la Entidad aplique la consecuencia jurídica de la nulidad.

Entonces se determina que la Entidad con arreglo a las facultades que le otorga la Ley de Contrataciones del Estado, declaró la Nulidad del contrato mediante la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, por la transgresión al principio de presunción de veracidad regulado en el literal b) del artículo 56°.

Ahora bien, de otro lado, la demandante ha sostenido a lo largo del proceso que la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J resulta inválida y/o ineficaz en razón a que la

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

misma fue emitida cuando el Consorcio La Libertad había iniciado el procedimiento de resolución de Contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido sostiene que la declaración de nulidad, al emitirse con posterioridad a la Carta de Apercibimiento, no resulta válida ni eficaz, teniendo mérito legal la resolución contractual efectivizada por la demandante dentro del plazo establecido en el mencionado artículo.

Al respecto, debemos señalar que en efecto, mediante Carta Notarial N° 010-2014-CLL de fecha 12 de febrero de 2014 la demandante emplazó a la Entidad para que cumpla con sus obligaciones contractuales, argumentando que el Expediente Técnico había sido entregado en forma incompleta, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA.

Por su parte la Entidad mediante Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J notificada al Consorcio con fecha 14 de febrero de 2014 declaró la Nulidad del Contrato. Con posterioridad a este acto, mediante Carta Notarial de fecha 13 de marzo de 2014 el Consorcio La Libertad resuelve el Contrato.

Para efectos de meritar lo señalado por la parte demandante debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que regula el Procedimiento de Resolución del Contrato. Dicho artículo en la parte pertinente señala:

"(...) 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 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 incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)"

Conforme apreciamos, la norma establece la facultad de la parte perjudicada con algún incumplimiento de obligaciones, de requerir a la otra para que las satisfaga en un plazo de quince días, tratándose de contrato de obras, bajo apercibimiento de resolver el

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Contrato. Asimismo la norma señala que vencido este plazo sin que se satisfaga el requerimiento, la parte perjudicada "podrá" resolver el Contrato, es decir, establece que esta decisión es potestativa.

Vemos entonces que la norma no establece una consecuencia o efecto inmediato derivado de la comunicación de apercibimiento, en consecuencia la mencionada misiva no impide de modo alguno que la parte emplazada pueda seguir ejerciendo los derechos y prerrogativas que las normas de contrataciones le confieren.

En el presente caso, la parte demandada pretende que se establezca que FONDEPES estaba impedido de emitir la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J que declara la Nulidad del Contrato en razón a que le había cursado con anterioridad una Carta de apercibimiento de resolución de Contrato.

Conforme reiteramos, está dispuesto en el artículo 169° antes referido, que la única consecuencia legal derivada de la Carta de apercibimiento de resolver el Contrato, es justamente la resolución del Contrato, que es además una decisión potestativa del recurrente. No existe norma alguna que establezca que el hecho de cursar una carta de apercibimiento de resolver el Contrato, pueda impedir a la Entidad declarar la Nulidad del Contrato,

Estando a lo expuesto, habiéndose declarado la Nulidad del Contrato con fecha 14 de febrero de 2014 y siendo que se ha determinado que esta nulidad surte efectos al haberse emitido conforme a ley, la resolución del contrato efectuado por el Consorcio La Libertad con fecha 13 de marzo de 2014, es decir con posterioridad a la nulidad del contrato, carecería de eficacia legal.

El Tribunal considera declarar Infundada la Pretensión de la demandante respecto a que se declare la Invalidez y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J que declara la Nulidad del Contrato.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL CONTRATISTA NO TIENE RESPONSABILIDAD LEGAL NI DE NINGUNA NATURALEZA QUE MOTIVÓ LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 52-2014-FONDEPES/J.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Que sobre este punto controvertido, el Tribunal Arbitral ha analizado en detalle las consideraciones que conllevaron la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, habiendo quedado acreditado según se aprecia en el punto anterior, que el Consorcio La Libertad presentó un documento falso en el proceso de selección que derivó en la adjudicación del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA.

Es por esa razón que la Entidad declaró la Nulidad del Contrato mediante la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, señalando que se transgredió el principio de presunción de veracidad regulado en el literal b) del artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que facultad a la Entidad a declarar la nulidad de oficio.

Asimismo hemos señalado que para las normas de contratación estatal, el responsable es quien presenta la documentación falsa, es decir el Postor participante del proceso de selección, en este caso el Consorcio La Libertad, sin perjuicio de otras responsabilidades que se determinen contra el emisor del documento falso. Entonces queda demostrada la responsabilidad por parte de la Contratista la cual motivó que la entidad declare la nulidad del contrato.

Se concluye en declarar Infunda esta Pretensión.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO DE EJECUCIÓN DE: A) LA CARTA FIANZA N° 0011-0962-9800007818-82 HASTA POR LA SUMA DE S/. 3'479,882.00 POR ADELANTO DE MATERIALES Y B) LA CARTA FIANZA N° 0011-0962-9800007680-86 HASTA LA SUMA DE S/. 2'319,921.00 POR ADELANTO DIRECTO.

Que en el presente punto controvertido el Tribunal Arbitral analizará si corresponde declarar la nulidad de los actos de ejecución de las Cartas Fianzas de Adelanto de Materiales y de Adelanto Directo efectuados por el FONDEPES luego de haber emitido la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J mediante la cual declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OPA por trasgresión del principio de veracidad por parte del Consorcio La Libertad.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Al respecto, según lo establecido en el último párrafo del artículo 56° de la Ley, después de celebrados los contratos es posible declarar la nulidad de oficio cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad.

Complementando lo anterior, el artículo 144° del Reglamento establece que son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas en el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará la Carta Notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con CABANELLAS⁴, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

Ello derivaría del hecho que el ordenamiento jurídico "*constituye un todo coherente y armónico que vive de acatamientos y de transgresiones (en esa medida) cuando se transgrede una norma forzosa ese ordenamiento jurídico queda violado porque los individuos no pueden derogar lo establecido en un tal tipo de normas*"⁵ (sic).

En tal sentido, en principio, la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido e implica que éste no surta efectos. Ahora bien, la declaración de nulidad de un contrato celebrado por el Estado genera consecuencias trascendentes.

Al respecto, es importante precisar que la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y/o formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tales, incapaces de producir efectos⁶.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1981. Pág. 587.

⁵ **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**. Buenos Aires: Driskill S.A., 1982. Tomo XX. Pág. 455.

⁶ De acuerdo con CABANELLAS, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

De esta manera, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, en consecuencia, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en este.

De otro lado, el artículo 164 del Reglamento establece los supuestos en los que pueden ejecutarse las garantías al solo requerimiento de la respectiva Entidad.

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a este sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutaran, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutaran cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista."

existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1981, pág. 587.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Como se advierte, la normatividad en contratación estatal al regular la ejecución de garantías no considera el supuesto en el que procede la ejecución de las garantías por adelantos como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato. No obstante, de lo dispuesto en dicha normatividad, la ejecución de las garantías de adelantos correspondería para resarcirse los montos no amortizados en la ejecución contractual.

En esa medida, si bien el artículo 164 del Reglamento no lo establece expresamente como supuesto de ejecución de la garantía por adelantos, una Entidad puede ejecutar este tipo de garantía ante la declaración de nulidad de un contrato con el objeto de salvaguardar la finalidad para la cual fue emitida dicha garantía, esto es, asegurar la recuperación de los fondos públicos otorgados al contratista como adelantos.

Ahora bien, es importante señalar que resulta evidente que la declaración de nulidad de un contrato tiene un efecto material inmediato: la paralización de la ejecución de la obra cuando ésta haya estado en proceso.

De esta manera, considerando que la declaración de nulidad de un contrato de obra tiene como efecto material la paralización de la ejecución de la obra y que ello impedirá la amortización del adelanto otorgado según lo programado, una Entidad puede ejecutar las garantías por adelantos cuando decida declarar la nulidad de oficio de un contrato de obra, con el objeto de asegurar la recuperación de los montos adelantados pendientes de amortizar. Así lo ha establecido en reiteradas opiniones el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

En esa medida, el Tribunal Arbitral considera que ante la inexistencia de contrato como consecuencia de haberse declarado la Nulidad del mismo, correspondía que la Entidad accione el mecanismo para recuperar los montos otorgados como adelantos, siendo la única vía la de ejecutar las fianzas que garantizan dichos adelantos.

Sin embargo, la inexistencia de contrato por haberse declarado su nulidad no implica dejar de tener en cuenta las amortizaciones que se hubiesen efectuado, ya que no

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

hacerlo constituiría incurrir en un abuso de derecho por parte de la entidad. Siendo así, en estricto, correspondería que la ejecución de las fianzas por adelantos en caso de nulidad de contrato tenga como único objeto resarcir a la entidad hasta por los montos que no hubiesen sido amortizados, siempre y cuando dichas amortizaciones hayan contado con la aprobación de la entidad antes de la declaración de nulidad del contrato, esto en razón a que aún cayendo fuera de la esfera de obligación contractual –como consecuencia de la nulidad del contrato–, constituirían acuerdos patrimoniales que no admiten ser discutidos y que son concluyentes.

En el presente caso si bien el Consorcio presentó valorizaciones y estas contaban incluso con la aprobación de la Supervisión, lo cierto es que no contaron con la aprobación de la Entidad por lo que no pueden considerarse como amortizaciones legalmente válidas para efectos de la ejecución de las cartas fianzas por adelantos, por lo que la ejecución de las mismas deviene en legalmente válidas.

No sucede lo mismo respecto a la Garantía de Fiel Cumplimiento, la misma que tiene por objeto garantizar la ejecución contractual, por lo que al declararse la nulidad del contrato, deviniendo éste en inexistente para efectos obligacionales, esta garantía no puede ejecutarse sino que debe devolverse al contratista.

Estando a lo expuesto el Tribunal Arbitral concluye en declarar infundado el pedido de declarar la nulidad del acto de ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0962-9800007818-82 por la suma de S/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales y la Carta Fianza N° 0011-0962-9800007680-86 por la suma de S/. 2'319,921.00 por adelanto directo.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA ENTIDAD SE ENCONTRABA IMPEDIDA LEGALMENTE DE ANULAR DE OFICIO EL CONTRATO N° 075-2013-FONDEPES/OGA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 2013, EN MERITO A QUE EL CONTRATISTA YA HABÍA EJERCITADO CON ANTERIORIDAD AL

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

DECRETADO DE LA RESOLUCIÓN N° 52-2014-FONDEPES/J SU DERECHO A SOLICITAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, Y EN CONSECUENCIA, SE DECLARE LA INVALIDEZ, NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN N° 52-2014-FONDEPES/J A TRAVÉS DE LA CUAL LA ENTIDAD DECLARO LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO.

Para poder determinar si la Entidad se encontraba impedida legalmente de anular de oficio el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA, se debe considerar si la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, estaba dentro de sus potestades. Es por eso que debe tenerse presente que la normatividad en contrataciones del Estado ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito. De esta manera, la suscripción de un contrato sin observar las disposiciones de esta normativa conllevaría, entre otras consecuencias, la posibilidad de declarar la nulidad de dicho contrato.

En relación con lo anterior, debe indicarse que la potestad para declarar la nulidad de un contrato se encuentra regulada en el literal b) artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dispone lo siguiente:

"Artículo 56º.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

(...)

b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato. (...)"

Al respecto, el referido artículo señala que en el supuesto de nulidad, con la transgresión del principio de presunción de veracidad, pese a haberse celebrado el contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio a efectos de salvaguardar la legalidad de la contratación y los fines que esta persigue. Entonces la Ley le faculta a la Entidad el poder declarar la nulidad de oficio ante la transgresión a la presunción de veracidad.

En el presente caso se ha determinado que la entidad declaró la nulidad del contrato debido a que el Consorcio presentó, en su propuesta para efectos de acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos técnicos mínimos en el proceso de selección, un documento cuya falsedad fue comprobada por la Entidad en su oportunidad, hecho que además no ha podido ser desvirtuado por la parte demandante en el presente proceso arbitral.

Por otro lado, respecto al acto de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales, efectuado por parte de la Contratista mediante Carta Notarial recibida por la Entidad el 03 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral considera que dicho acto carece de eficacia legal, ya que dicha resolución de Contrato fue con posterioridad a la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J de fecha 14 de febrero de 2014, la que fue notificada a la Contratista por medio de la Carta Notarial de la misma fecha, y que declaró la Nulidad del Contrato. Por lo tanto si nos ceñimos al principio de preclusión, resulta evidente que el Consorcio cursó la carta notarial resolviendo el contrato cuando éste ya había sido declarado nulo y en consecuencia era inexistente.

Por lo tanto el Tribunal Arbitral considera, tal como lo estableció en el Tercer Punto Controvertido; que la Entidad declaró la nulidad del contrato de manera adecuada y dentro de sus facultades, por lo que decide declarar infundada esta pretensión.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL CONTRATISTA NO TIENE RESPONSABILIDAD LEGAL DE NINGUNA NATURALEZA DERIVADA DEL HECHO QUE MOTIVÓ LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 52-2014-FONDEPES/J.

El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado respecto a esta controversia al momento de resolver el cuarto punto controvertido, el mismo que establece la existencia de responsabilidad por parte del postor que presenta documentación falsa aún cuando ésta haya sido emitida por un tercero. En efecto de acuerdo a lo regulado en las normas de contratación estatal, la responsabilidad le es inherente al quien presenta el documento falso en un proceso de selección.

En tal sentido se debe declarar infundada la pretensión de acuerdo a lo analizado en el Cuarto punto controvertido.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO DE EJECUCIÓN DE A) LA CARTA FIANZA N° 0011-0952-9800007680-86, Y EN CONSECUENCIA, NULOS TODOS LOS ACTOS MATERIALES Y PROCESALES QUE DERIVEN DE DICHA EJECUCIÓN, ORDENÁNDOSE A LA ENTIDAD REPONER LAS COSAS Y SUMAS DE DINERO INDEBIDAMENTE EJECUTADAS AL ESTADO ANTERIOR A SU SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE DICHAS CARTAS.

El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre esta controversia jurídica, ya que se ha resuelto en el quinto punto controvertido, declarando infundada la pretensión de declarar la nulidad del acto de ejecución de las cartas fianzas.

Consecuentemente carece de objeto volver a analizar la pretensión, debiendo estarse a lo resuelto en el Quinto Punto Controvertido.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL CONTRATO N° 75-2013-FONDEPES/OGA HA QUEDADO RESUELTO POR INCUMPLIMIENTO

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

CONTRACTUAL IMPUTABLE A LA ENTIDAD, COMO CONSECUENCIA DE LAS CARTAS NOTARIALES DE FECHAS 12 DE FEBRERO Y 13 DE MARZO DE 2014 DIRIGIDAS A LA ENTIDAD.

Conforme ha determinado el Tribunal Arbitral al analizar detalladamente el tercero y el sexto punto controvertido, la Carta Notarial de fecha 13 de marzo de 2014 que tiene por objeto resolver el contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA, no tiene eficacia legal en razón de haberse emitido con posterioridad a la declaración de nulidad del contrato efectuada con la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J de fecha 14 de febrero de 2014.

Es decir, el Consorcio resolvió el contrato cuando este era legalmente inexistente como consecuencia de haberse declarado legalmente válida la nulidad del contrato.

Consecuentemente carece de objeto un nuevo pronunciamiento, debiendo estarse a lo resuelto en el Tercer y Sexto Puntos Controvertidos.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR QUE LA ENTIDAD PAGUE AL CONTRATISTA UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE ASCENDENTE A S/. 11'599,605.04 MÁS INTERESES LEGALES

La responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre". Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz. Segundo, debe producirse un incumplimiento

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño. Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

El Tribunal Arbitral, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la Contratista pretende es evidentemente una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le ocasionó la Entidad por la declaración de nulidad del Contrato N° 75-2013/FONDEPES/OGA. En consecuencia, habiéndose determinado que la declaración de nulidad es legalmente válida, el contrato deviene en inexistente para efectos obligacionales, por lo que no existiría responsabilidad contractual ni mucho menos nexo causal que pueda dar origen una indemnización. En tal sentido el Tribunal Arbitral declara Infundada la presente pretensión.

DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE A LA ENTIDAD EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SUMA DE S/. 2'311,630.78 INCLUIDO IGV, CORRESPONDIENTE A LAS PRESTACIONES PRESTADAS POR EL CONTRATISTA POR CONSTITUIR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Conforme hemos señalado en las consideraciones del presente Laudo, la nulidad de un contrato al tener un efecto retroactivo, genera la restitución de las prestaciones realizadas, por lo que correspondería, en el caso de obras, el reconocimiento del valor de lo ejecutado por el contratista.

Al respecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en reiteradas opiniones ha manifestado que en el caso de la declaración de nulidad de contratos administrativos es derecho del contratista que la entidad le reconozca lo efectivamente ejecutado.

Así podemos citar algunas opiniones como la N° 083-2009/DTN del 31 de agosto de 2009 que reconoce que en los contratos celebrados con el Estado puede generarse

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

supuestos de enriquecimiento sin causa y que en aplicación de los principios que vedan el enriquecimiento indebido, corresponderá al contratista ejercer las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades.

Asimismo, la Opinión N° 081-2010/DTN del 29 de diciembre de 2010, que al igual que el caso anterior reconoce al contratista en caso de declararse la nulidad del Contrato, el Derecho al reconocimiento de los costos de las prestaciones ejecutadas en favor de la Entidad, resultando irrelevante la tramitación de una denuncia en contra del contratista por documentación falsa, puesto que la Entidad, mantiene la obligación de retribuir económicamente por dichas prestaciones ejecutadas.

En el mismo sentido, la Opinión N° 051-2012/DTN del 27 de marzo de 2012, señala que aún cuando la declaración de nulidad de un contrato conlleve la inexistencia del mismo y de la inexigibilidad de las obligaciones que nacen de aquel, confirma que aún en este supuesto, si el proveedor cumplió con alguna prestación, se da nacimiento a su derecho a que la Entidad le reconozca el precio de dicha prestación al configurarse un enriquecimiento sin causa.

Iguales consideraciones legales son reiteradas por el OSCE en las Opiniones N° 083-2012/DTN del 08 de agosto de 2012, 048-2007-DOP, 020-2008-DOP, 050-2008-DOP y 059-2009-DTN.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el presente caso, el Tribunal Arbitral al momento de resolver la Excepción de Incompetencia ha sustentado en extenso las razones por las que no resulta materia arbitrable una pretensión indemnizatoria por causal de enriquecimiento sin causa, motivo por el cual declaró fundada la excepción planteada por la entidad, dejando a salvo el derecho del Consorcio de recurrir a la vía correspondiente para efectos del reconocimiento de las prestaciones efectivamente ejecutadas y al pago de las mismas, esto en caso de que la entidad se niegue a efectuar dicho reconocimiento en forma directa sin necesidad de mayores dilaciones procedimentales que perjudican a ambas partes.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

Estando a lo expuesto y habiéndose declarado la Excepción de Incompetencia para resolver sobre acción por enriquecimiento sin causa, el Tribunal Arbitral declara Improcedente el reconocimiento y pago de la suma s/. 2'311,630.78, dejando a salvo el derecho del Consorcio de recurrir a las instancias correspondientes.

DÉCIMO SEGUNDO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA NULIDAD DEL CONTRATO N° 075-2013-FONDEPES/OGA NO OTORGABA EL DERECHO A LA ENTIDAD A SOLICITAR LA EJECUCIÓN DE A) LA CARTA FIANZA N° 0011-0962-980007818-86, Y EN CONSECUENCIA, QUE SE DECLAREN NULOS TODOS LOS ACTOS MATERIALES Y PROCESALES QUE DERIVEN DE DICHA EJECUCIÓN, ORDENÁNDOSE A LA ENTIDAD A REPONER LAS COSAS Y LAS SUMAS DE DINERO EJECUTADAS AL ESTADO ANTERIOR A LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE DICHAS CARTAS

El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre esta controversia jurídica al momento de resolver el quinto punto controvertido, en consecuencia carece de objeto emitir un nuevo pronunciamiento debiendo estarse a lo resuelto en el Quinto Punto Controvertido.

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD A ASUMIR EL INTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

En relación a este punto controvertido, es pertinente señalar que de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**

"Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

En tal sentido, siendo facultad del Tribunal Arbitral establecer la condena de costas y costos del proceso y estando a que ambas partes tenían razones suficientes para plantear y asumir la controversia, el Tribunal estima pertinente disponer que las dos partes asuman en partes iguales los gastos incurridos en soportar la tramitación del presente proceso arbitral.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

Dentro de este marco, el Tribunal ha apreciado que durante la prosecución del proceso arbitral, ha sido el Consorcio La Libertad quien ha asumido la totalidad de los honorarios profesionales de los árbitros y los costos de la sede arbitral.

En tal consideración, se dispone que el FONDEPES reintegre al Consorcio La Libertad la suma de S/ 28,396.75 (Veintiocho mil trescientos noventa y seis y 75/100 Soles), monto equivalente al cincuenta por ciento de la totalidad de los gastos del proceso⁷, suma que fue asumida en subrogación por la parte demandante.

CUESTIONES FINALES

Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Tribunal Arbitral se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.

FALLO ARBITRAL:

Por las consideraciones antes expuestas el **TRIBUNAL ARBITRAL, LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Oscuridad y Ambigüedad, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Primer Punto Controvertido.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Excepción de Incompetencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Segundo Punto Controvertido.

⁷ Cabe precisar que mediante Liquidación de Gastos Arbitrales de fecha 2 de abril de 2014 la Secretaría del SNA-OSCE estableció que por concepto de honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral cada parte debía pagar S/ 16,266.34 y por concepto de gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE la suma de S/ 12,130.41.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la demanda respecto a que se declare la Invalidez y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J que declaró la Nulidad del Contrato, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Tercer Punto Controvertido.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la demanda de declarar que el contratista no tiene responsabilidad legal ni de ninguna naturaleza que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J.LA, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Cuarto Punto Controvertido.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda de declarar la nulidad del acto de ejecución de la carta fianza N° 0011-0962-9800007818-82 hasta por la suma de s/. 3'479,882.00 por adelanto de materiales y de la carta fianza N° 0011-0962-9800007680-86 hasta la suma de s/. 2'319,921.00 por adelanto directo, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Quinto Punto Controvertido.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda de declarar que la entidad se encontraba impedida legalmente de anular de oficio el Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA del 9 de diciembre de 2013 y se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J a través de la cual la entidad declaró la nulidad de oficio del contrato, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Sexto Punto Controvertido.

SEPTIMO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda de declarar que el contratista no tiene responsabilidad legal de ninguna naturaleza derivada del hecho que motivó la emisión de la Resolución N° 52-2014-FONDEPES/J, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Cuarto Punto Controvertido.

Expediente N° : S35-2014/SNA-OSCE
Demandante : CONSORCIO LA LIBERTAD
Demandado : FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda de declarar la nulidad del acto de ejecución de la carta fianza N° 0011-0962-9800007680-86, de acuerdo a los fundamentos contenidos al analizar el Quinto Punto Controvertido.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda de declarar que el Contrato N° 75-2013-FONDEPES/OGA ha quedado resuelto por incumplimiento contractual imputable a la entidad, como consecuencia de las cartas notariales de fechas 12 de febrero y 13 de marzo de 2014, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Tercer y Sexto Puntos Controvertidos.

DECIMO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda referida a disponer que la entidad pague al contratista una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante ascendente a s/. 11'599,605.04 más intereses legales, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Décimo Punto Controvertido.

DECIMO PRIMER: DECLARAR IMPROCEDENTE la Pretensión de la Demanda referida a que se ordene a la entidad el reconocimiento y pago de la suma de s/. 2'311,630.78 incluido IGV, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Segundo y Décimo Primer Puntos Controvertidos.

DECIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión de la Demanda referida a declarar que la Nulidad del Contrato N° 075-2013-FONDEPES/OGA no otorgaba el derecho a la entidad a solicitar la ejecución de la carta fianza n° 0011-0962-980007818-86, de acuerdo a los fundamentos expuestos al analizar el Quinto Punto Controvertido.

DECIMO TERCERO: DISPONER que las dos partes procesales asuman en partes iguales la totalidad de los gastos generados en el presente proceso. En consecuencia, **DISPÓNGASE** que el FONDEPES cumpla con pagar al Consorcio La Libertad la suma de S/ 28,396.75 como reintegro de los pagos efectuados en subrogación por renuencia de la Entidad.

Expediente N° : **S35-2014/SNA-OSCE**
Demandante : **CONSORCIO LA LIBERTAD**
Demandado : **FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO**



JOSÉ TALAVERA HERRERA

Presidente del Tribunal Arbitral



ARTURO BOCANEGRA TAPIA

Árbitro



ELIO OTINIANO SANCHEZ

Árbitro