

**LAUDO ARBITRAL**

503

**PARTES:**

**Demandante:**

Consorcio San Francisco: (i) Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia; (ii) Limberg Waldir Luque Ortíz

Representante común: Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia.

**Demandado**

Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES

Procuraduría Pública: Blanca Estela Zumaeta Oropeza

**ÁBITROS:**

Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente)

Carlos Luis Ireijo Mitsuta (Árbitro)

Adela Virginia Arteta Salinas (Árbitro)


**Secretario Arbitral**

Omar José García Chávez

Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

Lima, 12 de julio de 2019

**I. DE LA DEMANDA:**

**1.1.** Con fecha 10 de diciembre de 2015, el Consorcio San Francisco, en adelante El Consorcio o la Entidad, interpuso demanda arbitral contra el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES), y solicitó las siguientes pretensiones:

**1.1.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Declarar la nulidad de la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual FONDEPES decidió resolver el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.

**1.1.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Declarar que la Resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA es culpa de FONDEPES.

**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Disponer que FONDEPES abone el íntegro de la utilidad no percibida en el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.

**SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Disponer que FONDEPES indemnice al Consorcio por la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, por el monto citado en el contrato.

**1.1.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Disponer que FONDEPES abone el pago restante, correspondiente al porcentaje efectivamente ejecutado.

**1.1.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Disponer que FONDEPES otorgue la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado, precisando que hemos realizado la misma sin incurrir en penalidades.

**1.1.5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Disponer que FONDEPES asuma todos los gastos correspondientes al presente proceso arbitral, incluyendo costas y costas, incurridos por el Consorcio.

**1.2. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO:**

**1.2.1.** El 19 de noviembre de 2015, FONDEPES y el Consorcio suscribieron el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, para que éste – el Consorcio – supervise la construcción de infraestructura pesquera para consumo humano directo de San José, Lambayeque, Región

Lambayeque. El contrato está bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF.

El Consorcio indicó que el plazo de ejecución fue de seiscientos (600) días calendario, divididos en: (i) 30 días para elaborar el informe de compatibilidad; (ii) 540 días para la supervisión de la obra; (iii) 30 días para la entrega de los planos finales de replanteo y expediente de liquidación de obra.

Asimismo, señaló que el monto del contrato fue de S/. 1'367,069.40 (Un millón trescientos sesenta y siete mil sesenta y nueve con 40/100 Soles), distribuida de la siguiente forma: (i) 10% a la entrega del informe de compatibilidad del expediente técnico; (ii) 80% pagado mensualmente en forma proporcional al plazo de ejecución de obra y; (iii) 10% pagado a la entrega de los planos de replanteo y el expediente de liquidación de obra, previa aprobación y conformidad de la DIGENIPAA.

- 1.2.2.** El 4 de noviembre de 2015, mediante Carta Notarial 314-2015-FONDEPES/SG, se efectúa un apercibimiento notarial para que en el plazo de cinco (5) días calendarios cumpla con justificar la ausencia del supervisor y su personal los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015 y; (ii) *"Anotar en el Cuaderno de Obra que se dejan sin efecto los asientos relativos a los establecimientos a un horario de trabajo para la ejecución de la obra, en tanto que se ha establecido contractualmente que la ejecución de la obra y la supervisión es en días calendario"*.
- 1.2.3.** El Consorcio respondió el requerimiento mediante Carta 0227-2015-CP 005-2015-FONDEPES-CSF/GCV, precisando las razones por las que el representante legal y jefe de supervisión no se encontraba presente los días indicados, *"dejando claramente establecido que siempre estuvo presente en la obra (durante los días que legal y contractualmente corresponde trabajar) el Bachiller de Ingeniería Gonzalo Cabrera Castillo"*. Asimismo, indicó que los profesionales aludidos por FONDEPES tienen, en su mayoría, contratos a tiempo parcial y no a tiempo completo como lo pretende entender FONDEPES; y que el horario de trabajo establecido responde al marco normativo previsto por el Estado Peruano para la ejecución de obras.
- 1.2.4.** El 18 de noviembre de 2015, FONDEPES remite la Carta Notarial 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual resuelve el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.
- 1.2.5.** El Consorcio señaló que FONDEPES argumentó – para la resolución contractual – el incumplimiento injustificado de obligaciones que no pueden ser revertidas, específicamente la ausencia del jefe de

supervisión los días 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015 por un viaje a México y los días 8, 9, 10 y 11 de octubre por un viaje a Argentina. Del mismo modo, precisó que el jefe de supervisión realizó anotaciones en el cuaderno de obra en las fechas indicadas, como es el caso de los Asientos 385, 387, 389 y 391, así como los Asientos 543 y 545.

De otro lado, también se formuló el incumplimiento de obligaciones contractuales pese a haber sido requerido para ello, específicamente la ausencia del jefe de supervisión y su personal en la obra los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015, así como anotar en el cuaderno de obra que se dejan sin efecto los asientos relativos al establecimiento de un horario de trabajo para la ejecución de la obra, en tanto que se estableció contractualmente que la ejecución de la obra y supervisión son en días calendario.

- 1.2.6. Sobre estas imputaciones, el Consorcio indicó que sus descargos fueron precisados en la Carta 0227-2015-FONDEPES-CSF/GCV, pero éstos no fueron admitidos por FONDEPES, *"razón por la que su decisión de resolver el contrato incurre en uno de los supuestos de nulidad del acto administrativo, hecho por el cual consideramos que el Tribunal debe amparar nuestra demanda y declarar la nulidad de la Carta 329-2015-FONDEPES/SG"*.

Esta Carta (239-2015-FONDEPES/SG) adolece, según el Consorcio, de una falta de motivación y como tal constituye un acto administrativo que debe ser declarado nulo, según la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que la motivación debe ser expresa, a través de una relación concreta y directa entre hechos probados y relevantes y la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado.

## II DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- 2.1 El 9 de marzo de 2016, FONDEPES contesta la demanda arbitral y solicitó que las pretensiones formuladas sean declaradas INFUNDADAS o IMPROCEDENTES.

### Sobre la primera pretensión principal de la demanda

- 2.2 En relación con la Primera Pretensión Principal, FONDEPES señaló que *"la legítima decisión de resolver el contrato (...) radica en un incumplimiento contractual por parte del contratista y que las razones fueron expuestas oportunamente en la Carta 329-2015-FONDEPES/SG y los informes anexos a la misma"*. Sobre este particular, indicó que FONDEPES, a través del coordinador de la obra, Ingeniero Víctor Huamán Landa, se apersonó en la obra para verificar la presencia del personal del contratista los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015, pero éste – el personal – no se encontró, tal como lo demuestran las actas de constatación policial. Estas ausencias



constituyen un incumplimiento en los términos del contrato, "en razón que la prestación del servicio para el cual ha sido contratado quedó virtualmente interrumpido, de manera unilateral, los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015".

- 2.3 De otro lado, se designó al Ingeniero Víctor Ricardo Huamán Landa para realizar la visita a la obra los días 23, 24, 25 y 26 de octubre de 2015, visita que se realizó con presencia del notario público de Lambayeque, dejando constancia que en ninguno de los días mencionados se encontró al personal completo, evidenciándose un incumplimiento a sus obligaciones contractuales.
- 2.4 Asimismo, señaló que en el Informe 025-2015-DIGENIPAA/AFQ, el área de obras y mantenimiento comunicó que el jefe de supervisión y representante del Consorcio no estuvo presente en la obra los días 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015, y los días 8, 9, 10, 11 de octubre de 2015, por encontrarse en México y Argentina, respectivamente, conforme consta del certificado de movimiento migratorio 37482/2015-MIGRACIONES-AF-C.
- 2.5 Respecto al jefe de supervisión, el mismo Informe (025-2015-DIGENIPAA/AFQ) señaló que existen anotaciones en el cuaderno de obra en las fechas que estuvo de viaje. Que, continúa FONDEPES, se tienen los asientos 385, 387, 389, 391, de fechas 25, 26, 30 y 31 de julio, así como los asientos 543, 545, del 8 y 9 de octubre de 2015, corroborando que "fueron suscritos (firma y sellos) por el Ingeniero Gonzales Francisco Cáceres Valdivia – Jefe de Supervisión y Representante del Consorcio San Francisco este se encontraba fuera del país, hecho que a todas luces resulta físicamente imposible".

Sobre este punto, argumentó que estos hechos transgreden los artículos 190 y 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que "El jefe de supervisión de la obra debía efectuar el control de los trabajos en la obra de forma directa y permanente, más aún si tal como se refleja del numeral 5.2.20 de los Términos de Referencia de las Bases, el Consorcio estaba en la obligación de informar y coordinar con el FONDEPES una posible necesidad de ausencia, hecho que no fue registrado ni informado".

- 2.6 Sobre los descargos presentados por el Consorcio, sostiene que éste no justificó la ausencia del jefe de supervisión en un hecho fortuito o fuerza mayor, lo que hubiera podido eximirlo de responsabilidad; y respecto del horario de trabajo en virtud a lo dispuesto en el Decreto Supremo 007-2002-TR, así como el acta de negociación colectiva CAPECO – FTCCP 2016, que ratifica la jornada de trabajo en construcción civil, el Informe 18-2015-FONDEPES/DIGENIPAA precisa que "la obligación asumida por el consorcio (...) en el contrato (...) es de supervisar directa y permanentemente la ejecución de la obra, cuyo plazo de ejecución es en días calendario, bajo el sistema de contratación de suma alzada, lo

que implica que realice la supervisión de acuerdo al ritmo de ejecución de la obra asumiendo los costos que esta le irroga".

- 2.7 FONDEPES consideró en su fundamentación que los plazos contractuales se computan en días calendario, salvo que el Reglamento establezca lo contrario, y expuso como ejemplo que *"si la obra se ejecuta por el contratista a dos o tres turnos, bajo el referido sistema de contratación y por los días ofertados, la supervisión también tiene que trabajar a dicho ritmo, sin requerir un costo adicional por ello"*.
- 2.8 En consecuencia, y considerando lo expresado por el área usuaria, se advierte que el Consorcio no cumplió con el requerimiento de cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA y que durante las visitas a la obra, según constatación policial y notarial, se acreditó la ausencia del personal técnico, específicamente del jefe de supervisión.
- 2.9 Entre los fundamentos FONDEPES indicó que: (i) *"Todo personal asignado a la obra será contratado con carácter de dedicación exclusiva por el tiempo y en la oportunidad que señalen en la propuesta técnica y económica"* (Numeral 9.3 de las Bases); y que, de acuerdo con el artículo 193 del Reglamento, el inspector o supervisor serán los responsables de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato; (ii) Si la supervisión tuviese la necesidad de ausentarse de la obra, tendrá que realizar las coordinaciones previamente con la Entidad (DIGENIPAA), para efectuar actividades debidamente justificadas (Numeral 2.2.20 de las Bases); (iii) La ausencia injustificada en obra de tres (03) días será causal de resolución de contrato (Numeral 5.2.21 de las Bases). Asimismo, según el artículo 190 del Reglamento, indica que toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra.

#### **Sobre la segunda pretensión principal de la demanda**

- 2.10 Respecto de la Segunda Pretensión Principal, FONDEPES señaló que no existe argumento que sustente esta pretensión por lo que debe ser desestimada de pleno derecho en base a los argumentos antes señalados, en la medida que la resolución contractual fue por causa atribuible al contratista.

#### **Sobre la tercera pretensión principal de la demanda**

- 2.11 Sobre la Tercera Pretensión Principal, FONDEPES señaló que la Entidad cumplió con pagar al contratista por los servicios efectivamente prestado, conforme consta del Informe 064-2015-FONDEPES/DIGENIPAA/LFQ; esto es, la suma de S/. 55,492.89 (Cincuenta y cinco mil cuatrocientos noventa y dos con 89/100 Soles), correspondiente a la valorización 11, por los trabajos del mes de octubre de 2015, habiéndole aplicado una penalidad de S/.

7,291.04 (Siete mil doscientos noventa y uno con 04/100 Soles), por ausencias injustificadas del personal a cargo de la supervisión.

#### **Sobre la cuarta pretensión de la demanda**

- 2.12 En la Cuarta Pretensión Principal, FONDEPES señaló que no es posible otorgar la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado debido a que debe resolverse primero esta controversia.

#### **Sobre la quinta pretensión de la demanda**

- 2.13 Para la Quinta Pretensión Principal, FONDEPES, indicó que, de acuerdo con el artículo 73 del Decreto Legislativo 1071, los costos del arbitraje deben ser asumidos por la parte vencida, si es que no existe un acuerdo entre las partes, situación que ocurre en el presente caso.

### **III DE LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

- 3.1. Con Carta 283-2016-OSCE/DAR, la Dirección de Arbitraje del OSCE comunicó al abogado Carlos Luis Ireijo Mitsuta que el Consorcio San Francisco lo designó como árbitro de parte; y que la Entidad designó como árbitro de parte a la abogada Adela Virginia Arteta Salinas.
- 3.2. El 7 de julio de 2016, la Dirección de Arbitraje del OSCE, remitió la Carta 575-2016-OSCE/DAR, solicitando a los árbitros la designación del Presidente del Tribunal Arbitral. El 12 de julio de 2016, los árbitros remitieron la designación del abogado Marco Antonio Martínez Zamora a la mencionada dirección.
- 3.3. El 16 de septiembre de 2016, el Tribunal Arbitral, con presencia de FONDEPES, quedó instalado. De acuerdo con el Acta de la Audiencia de Instalación, se dejó constancia de la inasistencia del Consorcio, pese a estar debidamente notificado.

### **IV DE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL CONSORCIO, DESISTIMIENTO DE PRETENSIONES Y NUEVA PRETENSión**

- 4.1. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución 1, solicitó al Consorcio cuantificar la primera, segunda, tercera y cuarta pretensión principales, así como las dos pretensiones accesorias relacionadas con la segunda pretensión principal.
- 4.2. Con escrito de fecha 22 de marzo de 2016, el Consorcio señaló que la primera, segunda y cuarta pretensiones principales son declarativas y por lo tanto no son cuantificables. En relación con la tercera pretensión

principal, el Consorcio se desistió, puesto que FONDEPES cumplió con el pago de la suma adeudada.

Sobre la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, el Consorcio señaló que presentaba una estructura de costos para que el Tribunal Arbitral tenga claro el monto que acredita la utilidad no percibida. El monto consignado en la mencionada estructura para la utilidad asciende a S/. 134,713.18 (Ciento treinta y cuatro mil setecientos trece con 18/100 Soles).

Asimismo, en la segunda pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, indicó que el monto de la indemnización asciende a S/. 1'367,069.40 (Un millón trescientos sesenta y siete mil sesenta y nueve con 40/100 Soles).

Finalmente, solicitó incluir una tercera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, referida a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, equivalente a S/. 136,706.90 (Ciento treinta y seis mil setecientos seis con 90/100 Soles).

- 4.3. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución 2, dispuso el traslado a FONDEPES del pedido de acumulación de la tercera pretensión accesoria derivada de la segunda pretensión principal.
- 4.4. FONDEPES, mediante escrito de fecha 8 de junio de 2017, solicitó que la nueva pretensión sea declarada IMPROCEDENTE. El sustento presentado, se basa en los argumentos que presentó al momento de contestar la demanda arbitral, esto es, fundamentando que existe una resolución debido a un incumplimiento del Consorcio debido a que se acreditó la ausencia del personal técnico del contratista en la obra. Asimismo, indicó que actualmente se viene discutiendo la resolución del contrato, y ésta no está consentida por lo que no procede una liquidación por lo que el contratista está en la obligación de mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento.
- 4.5. El Tribunal Arbitral, mediante la Resolución 3, admitió la acumulación de la tercera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal.

## V DE LA DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 5.1. El 14 de diciembre de 2017, se desarrolló la Audiencia de Puntos Controvertidos en la Dirección de Arbitraje del OSCE.
- 5.2. El Tribunal Arbitral consideró los siguientes puntos controvertidos:
  - 5.2.1. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual la Entidad decidió resolver el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA

- 5.2.2.** Determinar si corresponde o no declarar que la nulidad de la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA ha sido culpa de la Entidad.
- 5.2.3.** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad realizar el abono del íntegro de la utilidad no percibida en el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.
- 5.2.4.** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que indemnice al contratista por la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, por una suma equivalente al monto del contrato.
- 5.2.5.** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que devuelva al contratista la garantía de fiel cumplimiento, la cual equivale al 10% del monto del contrato, es decir, S/. 136,706.90 (Ciento treinta y seis mil setecientos seis con 90/100 Soles)
- 5.2.6.** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que otorgue al contratista la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado, precisando que se ha realizado la misma sin incurrir en penalidades.
- 5.2.7.** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que asuma todos los gastos correspondientes al proceso arbitral, incluyendo costas y costos incurridos por dicha parte.

## **VI DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LAS PARTES**

El 19 y 26 de diciembre de 2017, FONDEPES y el Consorcio, respectivamente presentaron sus alegatos escritos.

## **VII DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

El 18 de enero de 2018, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje del OSCE, se desarrolló la audiencia de informes orales con la participación de las partes.

## **VIII DE LA LIQUIDACIÓN DE GASTOS ARBITRALES**

- 8.1.** El 25 de abril de 2016, la Dirección de Arbitraje del OSCE realizó la primera liquidación de gastos arbitrales.
- 8.2.** El 25 de enero de 2018, la Dirección de Arbitraje del OSCE realizó una segunda liquidación (reajuste) de los gastos arbitrales, debido que el Consorcio cuantificó sus pretensiones, con el escrito de fecha 22 de marzo de 2017.



- 8.3. El 4 de marzo de 2019, la Dirección de Arbitraje del OSCE realizó una tercera liquidación (reajuste) de los gastos arbitrales, debido a que el Consorcio se desistió de algunas pretensiones formuladas en su demanda y cuantificadas en el escrito de fecha 22 de marzo de 2017.

#### IX DEL DESISTIMIENTO DE PRETENSIONES DEL CONSORCIO SAN FRANCISCO

- 9.1. El 19 de octubre de 2018, la Secretaría Arbitral del OSCE remite un correo electrónico al Tribunal e informó lo siguiente:

*"(...) hasta la fecha ninguna de las partes ha cumplido con acreditar el pago de los gastos arbitrales pendientes de cancelación en el expediente, pese a haber sido notificados con el último requerimiento solicitado por el Tribunal y al tiempo transcurrido.*

*Al respecto, conforme al estado del proceso, corresponde archivar el presente expediente (...)"*

- 9.2. El Tribunal Arbitral, sobre la información que brindó la Secretaría Arbitral del OSCE, emite la Resolución 9, disponiendo el archivamiento del expediente.
- 9.3. Con Carta 2204-2018-OSCE/DAR, la Dirección de Arbitraje del OSCE notifica, el 29 de noviembre de 2018, al Tribunal Arbitral que existe un recurso de reconsideración interpuesto por el Consorcio, el 24 de octubre de 2018.

En dicho escrito el Consorcio mencionó que el día **22 de octubre de 2018** recepcionó la Resolución 9, que dispuso el archivamiento del proceso; y que con fecha 19 de octubre de 2018, presentó ante la Dirección de Arbitraje del OSCE el desistimiento de la pretensión planteada con fecha 22 de marzo de 2017 y que generó la nueva liquidación de gastos arbitrales.

Cabe mencionar que la Dirección de Arbitraje, al notificar el recurso de reconsideración, remitió también copia del escrito de desistimiento de la pretensión presentado por el Consorcio, documento que fue notificado formalmente al Tribunal el 29 de noviembre de 2018, con Carta 2242-2018-OSCE/DAR<sup>1</sup>.

- 9.4. El Tribunal Arbitral dispuso el traslado del recurso a FONDEPES, quien lo absolvió mediante escrito de fecha 21 de enero de 2019, donde señaló que el contratista tiene una conducta que intenta extender

<sup>1</sup> Sobre este particular, es preciso clarificar el mismo 29 de noviembre de 2018, la Dirección de Arbitraje de OSCE notificó dos cartas. La primera fue la Carta 2204-2018-OSCE/DAR, mediante la cual puso en conocimiento del colegiado la existencia de un recurso de reconsideración contra el archivamiento dispuesto en la Resolución 9. La segunda fue la Carta 2242-2018-OSCE/DAR, mediante la cual puso en conocimiento del colegiado el escrito de desistimiento presentado por el Consorcio el día 19 de octubre de 2018.



innecesariamente el desarrollo de lo que fue el proceso arbitral al variar la cuantía de su demanda, plantear pretensiones para luego desistirse, pretendiendo continuar con un arbitraje que se encuentra debidamente archivado por falta de pago.

- 9.5. Mediante Resolución 11 el Tribunal Arbitral declaró fundado el recurso de reconsideración, considerando principalmente que el desistimiento formulado por el contratista fue ingresado antes del archivamiento dispuesto en la Resolución 9, y que la Secretaría Arbitral del OSCE debió informar oportunamente al colegiado sobre esta situación para adoptar las medidas que fueran pertinentes, sin dejar de tramitar los escritos presentados por las partes.

Asimismo, dispuso una nueva liquidación en razón de este desistimiento, retirando el monto de la segunda pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, que ascendió a la suma de S/. 1'367,069.40 (un millón trescientos sesenta y nueve con 40/100 Soles), y considerando los montos efectivos de la primera y tercera prestaciones accesorias de la segunda pretensión principal.

#### **FUNDAMENTACIÓN:**

#### **X CONSIDERACIONES PREVIAS Y NORMATIVA APLICABLE**

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, así como su escrito de ampliación de demanda;
- iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, la misma que contestó, así como el escrito de ampliación de demanda;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los Antecedentes en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral;

- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139º numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
- x) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
- xi) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo con la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

#### **X.1.- NORMATIVA APLICABLE A LA CONTROVERSIA**

De acuerdo con la materia en controversia y la naturaleza del contrato, así como las reglas a las que está sujeto, la normativa aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017 modificada por la Ley N° 29873, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF.

Ambas normas son aplicables para todos los contratos que tienen como origen procedimientos de selección convocados entre el 20 de septiembre de 2012 y el 08 de enero de 2016.

#### **XI ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y MOTIVACIÓN DE CADA PUNTO CONTROVERTIDO**

En este punto es necesario que el Tribunal Arbitral realice una precisión respecto a los puntos controvertidos que serán desarrollados, debido a que el Consorcio, durante el presente arbitraje, y en una etapa posterior a la determinación de estos elementos, se desistió de algunas pretensiones.

Así, los puntos controvertidos, después de aceptar el desistimiento, quedaron formulados de la siguiente manera:

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual la Entidad decidió resolver el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.

- Determinar si corresponde o no declarar que la nulidad de la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA ha sido culpa de la Entidad.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad realizar el abono del íntegro de la utilidad no percibida en el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que devuelva al contratista la garantía de fiel cumplimiento, la cual equivale al 10% del monto del contrato.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que otorgue al contratista la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado, precisando que se ha realizado la misma sin incurrir en penalidades.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que asuma todos los gastos correspondientes al proceso arbitral, incluyendo costas y costos incurridos por dicha parte.

**PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDOS:**

- a) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual la Entidad decidió resolver el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.
- b) Determinar si corresponde o no declarar que la nulidad de la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA ha sido culpa de la Entidad
- c) El Tribunal Arbitral considera pertinente analizar en conjunto los dos primeros puntos controvertidos, debido a que se encuentran directamente relacionados, debido a que la Carta 329-2015-FONDEPES/SG es la que materializa la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.

**Resumen de los argumentos del Consorcio:**

- 11.1. El Consorcio afirmó que FONDEPES requirió notarialmente que justificara la ausencia del supervisor y su personal los días 3, 4 y 5 de octubre de 2014, ASÍ COMO que anotara en el cuaderno de obra que se deja sin efecto los asientos relativos a los establecimientos de un horario de trabajo para la ejecución de la obra, en tanto que se estableció contractualmente que la ejecución de la obra y la supervisión es en días calendarios.
- 11.2. Asimismo, sostiene que, con Carta N° 0227-2015, precisó las razones por las cuales el representante legal del consorcio y jefe de supervisión no se encontró presente los días indicados, dejando sentado que en la obra siempre estuvo (los días que legal y contractualmente correspondería trabajar) el bachiller de ingeniería Gonzalo Cabrera Castillo. De otro lado, los profesionales aludidos en su aperecibimiento, en su mayoría, cuentan con trabajo a tiempo parcial y no a tiempo completo.

En relación con el horario de trabajo, señaló que éste corresponde al marco normativo previsto por el Estado Peruano para la ejecución de una obra.

**11.3.** La resolución del contrato se habría basado en un incumplimiento que no puede revertirse, tal como la ausencia del jefe de supervisión los días 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015, por un viaje a México; y los días 8, 9, 10 y 11 de octubre por un viaje a Argentina; y que se realizaron anotaciones en el cuaderno de obra en las fechas indicadas (Asientos 385, 389, 391, 543 y 545). También se sustentó en el incumplimiento de obligaciones pese a ser requerido notarialmente, como la ausencia del jefe de supervisión y su personal los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015.

**11.4.** En esa línea, el Consorcio sostiene que la Carta N° 329-2015-FONDEPES/SG adolecería de una falta de motivación y, por lo tanto, debe ser declarado nulo puesto que la resolución contractual se fundamentó en argumentos no válidos, la mencionada carta carece de motivación suficiente, por lo que la decisión de resolución fue arbitraria. Asimismo, en los alegatos<sup>2</sup> señaló que entre la carta de apercibimiento y la de resolución del contrato no existen similitudes, por lo que ésta – la resolución – resulta ilegal.

**11.5.** En relación con las anotaciones en el cuaderno de obras durante la ausencia del jefe de supervisión, el Consorcio indicó, en su escrito de alegatos, que bajo el razonamiento de la Entidad, dicho jefe *"no debió realizar las anotaciones en el cuaderno de obra, pues, de esa manera sí habría cumplido con la obligación a mi cargo, como si dicha obligación consistiera en NO HACER anotaciones en el cuaderno de obra durante los periodos que me encuentro ausente"*. Esta supuesta obligación, continúa el Consorcio no se encuentra prevista en los términos de referencia del contrato; y por el contrario, la obligación durante del supervisor es mantener actualizado el archivo y registro de toda la información técnico administrativa relacionada con la obra, por lo cual el cuaderno de obra *"debe mantenerse en obra y estar al día en las anotaciones que se hagan"*.

En ese orden de ideas, señaló que Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia es el representante del Consorcio y quien representa al supervisor de obra y por tanto, la persona legalmente autorizada para hacer las anotaciones en el cuaderno de obra y; para que la resolución sea válida la Carta 329-2015-FONDEPES/SG debió indicar en que parte de las bases o contrato o normativa está la obligación de no hacer anotaciones en el cuaderno de obra durante su ausencia.

**11.6.** El Consorcio indicó expresamente que *"aunque no me encuentre presente es mi obligación en calidad de representante legal del consorcio y jefe de supervisión realizar las anotaciones correspondientes en el cuaderno de obra"*. De otro lado, señaló que si se le pretende imputar un

<sup>2</sup> Los alegatos del Consorcio fueron presentados el 27 de diciembre de 2017.

incumplimiento de contrato por inasistencia "debió haberse aplicado la penalidad correspondiente en el contrato. Debe recordarse que los contratos del Estado tienen la naturaleza de cláusulas generales de contratación, según el código civil, y tienen que ser interpretados a favor de quien no las redactó".

- 11.7. Respecto del incumplimiento injustificado de obligaciones, el Consorcio afirmó que no se ha cumplido con el procedimiento establecido en la normativa de contratación pública porque se advierte que *"entre la carta de apercibimiento y la carta notarial de resolución de contrato no existen similitudes por lo que la resolución de contrato resulta siendo ilegal"*. Asimismo, en la contestación de la demanda no se explica porque en la Carta 329-2015-FONDEPES/SG no se toma en consideración los argumentos plasmados en la Carta 227-2015-CP 005-2014-FONDEÉS-CSF/GCV.

#### **Resumen de los argumentos de FONDEPES**

- 11.8. FONDEPES indicó al contestar la demanda que la resolución del contrato no adolece de una falta de motivación, y que ésta – la resolución – deriva de un incumplimiento contractual por parte del contratista. Asimismo, señaló que la ausencia del personal técnico está acreditada con las constataciones policiales y notariales presentadas.

De otro lado, argumentó que existen anotaciones en el cuaderno de obra los días donde se acredita que el jefe de supervisión se encontraba de viaje, de acuerdo con los registros migratorios. El Consorcio no justificó la ausencia en base a un caso fortuito o fuerza mayor; en relación con el horario de trabajo, el plazo del contrato se computa en días calendario, salvo que el reglamento indique lo contrario.

- 11.9. En sus alegatos, FONDEPES continuó con sus argumentos formulados en la contestación de demanda.

#### **Posición del Tribunal Arbitral**

- 11.10. El Tribunal Arbitral advierte que la controversia sobre la resolución contractual se circunscribe, en una primera instancia, a cuestionar elementos formales del procedimiento y en un segundo momento a cuestionar los motivos de la resolución, los que, desde el punto de vista del Consorcio, están superadas con la Carta 227-2015-CP-005-2014-FONDEPES-CSF/GCV.

En ese sentido, este Colegiado desarrollará primero el aspecto formal referido al procedimiento de resolución contractual y posteriormente analizará los fundamentos que motivaron la resolución, así como los cuestionamientos formulados.



- 11.11.** Sobre los aspectos formales, este Tribunal Arbitral advierte que en este punto de análisis no verificará si los argumentos de la Entidad o el contratista resultan válidos, legítimos, coherentes o adecuados con la normativa de contratación pública, puesto que el objetivo del estudio es verificar elementos formales, sin ingresar a verificar su pertinencia o razonabilidad, pues dicho examen se realizará en un momento posterior.

Con la precisión precedente podemos iniciar el análisis verificando que en el expediente arbitral obra la Carta 314-2015-FONDEPES/SG que apercibió al Consorcio para que justifique la ausencia del supervisor y su personal durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015; y exigió que se deje sin efecto, a través de una anotación en el Cuaderno de Obra, los asientos relativos al establecimiento de un horario de trabajo para la ejecución de la obra porque la ejecución y supervisión de la obra es en días calendarios.

- 11.12.** De otro lado, también obra la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, mediante la cual FONDEPES resolvió el contrato. En dicho documento se aprecia que la Entidad formula dos tipos de cuestionamientos.

El primero, referido a incumplimientos que no pueden ser revertidos, representados por asientos de obra suscritos y sellados por el jefe de supervisión en días que estuvo ausente. El segundo, por mantener el incumplimiento de obligaciones pese a que fue requerido para ello, representado por no justificar la ausencia del jefe de supervisión y personal técnico los días 3, 4 y 5 de octubre y no dejar sin efecto, a través de asientos en el cuaderno de obras, los horarios de la jornada laboral.

- 11.13.** El Consorcio cuestiona la Carta 314-2015-FONDEPES/SG y Carta 329-2015-FONDEPES/SG, debido a que, a su parecer, no tienen similitudes y el último documento no contiene una motivación puesto que no consideró los descargos formulados en la Carta 227-2015-CP 005-2014-FONDEPES-CSF/GCV. Sobre el tema, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) De lo expuesto, se acredita que ambos documentos cursados al contratista fueron remitido vía notarial, con lo cual, el primer filtro de análisis de validez resulta superado. Asimismo, en la Carta 314-2015-FONDEPES/SG, se establecieron determinados incumplimientos (ausencia de personal y anotaciones de horarios laborales en el cuaderno de obras) y se otorgó un plazo para su subsanación (justificación de las ausencias y dejar sin efecto el horario mediante un asiento de obra), con lo cual, el segundo filtro de validez también está superado. En ese orden de ideas, el mencionado documento resulta válido.
- b) En la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, que resuelve el contrato, incluye un supuesto de obligaciones que no pueden ser revertidas y concluye que los incumplimientos establecidos en la Carta 314-2015-FONDEPES/SG se mantienen, pese al apercibimiento y plazo otorgado. En ese sentido, los mencionados documentos sí guardan similitudes



puesto que, en primer orden, la resolución del contrato se sostiene en que el Consorcio no cumplió con levantar los cuestionamientos que fueron motivo del apercibimiento, con lo cual se acredita que la Carta 329-2015-FONDEPES/SG tiene una estrecha, directa y lógica relación con la Carta 314-2015-FONDEPES/SG.

- c) Ahora bien, la inclusión de un supuesto de incumplimiento imposible de revertir, no implica que no existan similitudes entre los documentos, pues este elemento es adicional a las obligaciones que fueron observadas en el requerimiento previo y por tanto no desnaturaliza o invalida el primer documento. De otro lado, el argumento que formula FONDEPES es que este tipo de obligaciones (imposibles de revertir) faculta a la Entidad a resolver sin un requerimiento previo, lo cual está regulado en el artículo 169 del Reglamento<sup>3</sup>, con lo cual su incorporación en el documento de resolución no afecta la validez del requerimiento previo.
- d) En cuanto al argumento de la falta de motivación debido a que no se consideró los descargos formulados, la Carta 329-2015-FONDEPES/SG menciona expresamente los argumentos esbozados en la Carta 227-2015-CP 005-2014-FONDEPES-CSF/GCV, concluyendo que no se ha justificado que la ausencia del personal "correspondan a un caso fortuito o fuerza mayor", con lo cual no otorga validez al sustento presentado en su oportunidad. Respecto de la inclusión en el cuaderno de obra dejando sin efecto el horario laboral, el mismo documento señala que está acreditado que el Consorcio no realizó anotación cumpliendo con este requerimiento; situación incluso que no ha sido negada durante el arbitraje.
- e) Así, tenemos que no es correcto afirmar que el documento que ejecuta la resolución contractual adolezca de una motivación, debido a que se desprende de su tenor que sí revisó los argumentos plasmados por el Consorcio, pero que no les ha otorgado el valor de justificación para superar el incumplimiento considerado por la Entidad y eximir de responsabilidad al contratista por la ausencia del personal técnico o falta de anotación en el cuaderno de obra dejando sin efecto el horario laboral.
- f) En conclusión, los documentos notariales que configuran el requerimiento previo y la resolución contractual no adolecen de elementos formales que afecten su validez, resultando, en este aspecto (formal) adecuados.

<sup>3</sup> El tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento establece que:

*"(...) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".*

**11.14.** En relación con los fundamentos expuestos por las partes para cuestionarse (mutuamente) este colegiado considera adecuado establecer un orden consignando los elementos que deben desarrollarse y el estudio resulta preciso. En ese sentido, se puede verificar que la Entidad cuestiona tres elementos que sustentan su resolución, las cuales se resume en lo siguiente:

- a) No dejar sin efecto los asientos relativos a los horarios de trabajo, a través de anotaciones en el cuaderno de obra.
- b) No justificar la ausencia del supervisor y su personal durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015.
- c) Ausentarse los días 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015 y 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2015, por viajes a México y Argentina; y firmar y sellar las anotaciones del cuaderno de obra en dichas fechas. Este último punto es considerado por FONDEPES como una obligación que no puede ser revertida.

**11.15.** Respecto del literal a), correspondiente al horario de trabajo, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) El Consorcio indicó que lo establecido en los asientos del cuaderno de obra sólo reflejan una jornada laboral reconocida en la Constitución Política del Perú y en el Acta de Negociación Colectiva del ámbito de construcción civil, donde se establece una jornada de máximo ocho horas diarias y un máximo de cuarenta y ocho horas semanales, con siete días de labores por una de descanso.
- b) FONDEPES, por su parte, indicó que la obligación asumida por el Consorcio es de supervisar directa y permanentemente la ejecución de la obra, cuyo plazo de ejecución es en días calendario, bajo el sistema de suma alzada, lo que implica que realice la supervisión de acuerdo con el ritmo de ejecución de la obra asumiendo los costos que esta le irrogue. La Entidad, consignó como ejemplo, el supuesto de una obra donde el contratista de la obra ejecute dos o tres turnos, bajo el sistema de contratación (suma alzada), por los días ofertados, la supervisión también tiene que trabajar a dicho ritmo sin requerir un costo adicional por ello.
- c) Como se desprende de ambos argumentos, FONDEPES estima que la anotación con un horario laboral en un asiento del cuaderno resulta contradictorio con la obligación de la supervisión, mientras que el contratista considera que ésta – la anotación – lo que hace es reflejar una situación constitucional y laboralmente reconocida. En ese sentido, este colegiado analizará cada uno de los argumentos que se han formulado para determinar si la anotación en el cuaderno de obra (que generó el requerimiento notarial) es una causal para resolver el contrato.

- d) La jornada laboral es un componente que se encuentra regulado constitucionalmente en el artículo 25, el mismo que establece que:

*"La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por Ley o Convenio".*

- e) En ese orden de ideas, cualquier prestación que se solicite a un trabajador debe respetar dicha disposición, sin importar el ámbito o sector en el cual se desenvuelve el trabajo. Esto es, un empleador no puede exigir a un trabajador laborar superando el límite de horas constitucionalmente especificado. No obstante, el empleador y el trabajador pueden acordar que la jornada diaria supere el límite de las ocho horas siempre que semanalmente no superen el límite de las cuarenta y ocho horas.
- f) FONDEPES señaló que establecer un horario de lunes a viernes de 7.30 – 17:00 horas y sábados de 7:30 – 13:00 horas, es contrario al contrato de ejecución de obras, debido a que éste fue suscrito bajo el sistema de suma alzada y que debe supervisar directa y permanentemente la ejecución de la obra, cuyo plazo de ejecución es de 600 días calendarios.
- g) Sobre este particular, aun cuando las labores del ejecutor y supervisor de la obra están directamente vinculadas, y que la prestación de éste – supervisor – es controlar los trabajos efectuados por el contratista de obra en la ejecución; esta situación no legitima a la Entidad a señalar que el supervisor debe adecuarse al ritmo de trabajo del ejecutor, más aún cuando la jornada diaria – o semanal – es un derecho constitucionalmente reconocido y funciona como un límite en las facultades del empleador. Así, en principio, toda labor que ejecute el supervisor a través de sus trabajadores debe respetar el derecho laboral y la jornada que ha impuesto la Constitución Política del Perú.
- h) De otro lado, la Entidad argumenta que el contrato es a suma alzada y el supervisor debe ejecutar sus labores al ritmo del ejecutor. Sobre esta premisa, es necesario indicar que el tipo de sistema de contratación elegido en los procedimientos de selección no legitima o autoriza a la Entidad para obligar a los contratistas a ejecutar prestaciones distintas a las que se obligaron en el contrato, el mismo que deriva de las bases, términos de referencia y/o expediente técnico.
- i) La definición de un sistema a suma alzada es que "las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas en

las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas". Con esta definición se infiere que toda la prestación se encuentra definida, según información detallada en el expediente técnico. Así, sobre la base de esa información es que se formula una propuesta y se cuantifica; lo cual siempre debe estar de acuerdo con la regulación laboral, específicamente la jornada diaria o semanal.

- j) Si el Contratista de la obra, esto es el ejecutor, decide acelerar el ritmo de trabajo, sea por voluntad o porque está atrasado en las actividades programadas, la supervisión no está obligada a ejecutar su prestación de supervisión puesto que son labores adicionales a las que se comprometió, según su contrato.

Por el contrario, el Consorcio sí estaría obligado a supervisar trabajos del ejecutor, si dentro del acuerdo con la Entidad se haya establecido un ritmo de trabajo acelerado desde el inicio, lo cual implica que, dentro del concepto del sistema a suma alzada, el supervisor ofertó todo lo necesario para cumplir con su obligación, incluso contratar más personal y trabajadores porque sólo así es posible realizar las actividades a dicho ritmo, respetando el derecho laboral que le asiste a sus trabajadores.

- k) En el primer supuesto, esto es, cuando el ejecutor de la obra acelera el ritmo de trabajo por su cuenta, sea porque así lo decide o porque está atrasado y busca equiparar el cronograma, la Entidad debe disponer y autorizar un adicional a la prestación a cargo del Supervisor, para que éste pueda asumir el mayor costo de jornadas u horas extra, de modo tal que pueda cubrir el mayor ritmo de su supervisado. Esta situación está regulada en el numeral 41.3 donde se establece lo siguiente:

*"Respecto de los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas (...)"*

- l) Del expediente, no se desprende que la Entidad se haya aprobado algún adicional a la prestación que obligue al supervisor a controlar los trabajos fuera del horario de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo, por lo que debe indicarse que los trabajos a los cuales está obligado el supervisor deben enmarcarse en el respeto del número de horas máximas establecidas por la Constitución Política del Perú.



- m) Respecto del número de horas establecidas en los asientos de obras, se observa que éste indicó que el horario sería de lunes a viernes de 7:30 a 17:00 horas, y los sábados de 7:30 – 13:00 horas. Con esta estructura tenemos que la jornada laboral diaria, de lunes a viernes, sin incluir la hora de refrigerio, es de 8.5 horas; y la jornada del sábado es de 5.5 horas. Con una operación aritmética podemos concluir que semanalmente se tiene una jornada de cuarenta y ocho horas, con lo cual se circunscribe al parámetro constitucional obligatorio.
- n) En el expediente arbitral obran como medio probatorio, presentado por el Consorcio, las bases del procedimiento de selección para la contratación de la supervisión, y en ella puede verificarse, en la página 31, literal "B" del numeral 10, del Capítulo III (términos de referencia), que la Entidad exigió como requerimiento técnico mínimo un equipo de profesionales, entre ellos: (i) Un Gerente de Supervisión (a tiempo parcial); (ii) Un Jefe de Supervisión (Tiempo completo); (iii) Un Ingeniero asistente de supervisión (Tiempo completo); (iv) Un Especialista en seguridad (Tiempo parcial).
- o) La descripción de este número de profesionales como un requerimiento técnico mínimo permite inferir que la Entidad solicitó una supervisión que ejecutara su prestación a un ritmo que no implicara que los trabajos sean realizados superando una jornada laboral diaria. Así, solo exigió un Jefe de Supervisión a tiempo completo; y considerando que éste sólo debe laborar ocho horas diarias o máximo cuarenta y ocho horas semanales, no es posible afirmar que este mismo profesional está obligado a laborar más horas. De otro lado, hay dos profesionales que son requeridos a tiempo parcial, esto es, no con una jornada completa, con lo cual respalda la premisa que el contrato con el supervisor no contempló una prestación que implicara superar una jornada diaria mayor a ocho horas o cuarenta y ocho semanales, como máximo.
- p) Una interpretación contraria implicaría el personal antes mencionado (gerente de supervisión, jefe de supervisión, asistente de supervisión y especialista en seguridad) tengan que supervisar los trabajos del ejecutor incluso después de su jornada laboral. Distinto sería si dentro de los requerimientos técnicos mínimos la Entidad hubiera solicitado dos o tres profesionales para el mismo puesto, con lo que se podría desprender válidamente que el ritmo de trabajo del ejecutor de obras superaría la jornada máxima y que se hace necesario mayor personal para sustituirlos y no vulnerar sus derechos laborales.
- q) En ese orden de ideas, las anotaciones en el cuaderno de obras, referidas a un horario establecido para las labores no constituye una infracción o contravención al Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, ni al artículo 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los cuales deben ser interpretados de forma sistemática y de acuerdo con las disposiciones supra legales que impone la Constitución Política del Perú.

**11.16.** En relación con el literal b), referido a no justificar la ausencia del supervisor y personal técnico durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2015, este colegiado advierte que la Entidad presentó como medios probatorios las constataciones policiales, de esas fechas; las cuales indican lo siguiente:

- El viernes 3 de octubre de 2015, no se constató la presencia física de Manuel Begazo Guzmán (Gerente de Proyecto); Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia (Jefe de supervisión); Luis Enrique Anaya Gamarra (Especialista de seguridad). La constancia certifica que la constatación se inició a las 11:50 horas y terminó a las 12:55 horas del mismo día.
- El 4 de octubre de 2015 no se constató la presencia física en obra de Manuel Begazo Guzmán (Gerente de Proyecto); Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia (Jefe de supervisión); Luis Enrique Anaya Gamarra (Especialista en seguridad). La constancia certifica que la constatación se inició a las 8:30 horas y terminó a las 10:50 horas del mismo día.
- El 5 de octubre de 2015 no se constató la presencia física en obra de Manuel Begazo Guzmán (Gerente de Proyecto); Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia (Jefe de supervisión); Luis Enrique Anaya Gamarra (Especialista en seguridad). La constancia certifica que la constatación se inició a las 8:45 horas y terminó a las 10:25 horas del mismo día.

**11.17.** Así, en los documentos mencionados se da cuenta, bajo constatación policial, la ausencia del jefe de supervisión y personal técnico de la supervisión. No obstante, de acuerdo con el análisis del numeral precedente es necesario analizar si las ausencias que se acreditan fueron realizadas dentro de los días laborables y en el horario establecido para la jornada, a fin de determinar si se ha configurado o no, un incumplimiento imputable al Contratista. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) El 3 de octubre de 2015 fue día sábado; el 4 de octubre de 2015 fue día domingo y el 5 de octubre de 2015 fue día lunes. En relación con el día domingo 4 de octubre, la constatación policial no puede ser considerada debido a que está fuera del horario de trabajo e inserto en el día de descanso que por ley le corresponde a todo trabajador. Sobre el día sábado 3 de octubre, la constatación se inicia a las 11:50 horas, esto es, dentro del horario de labores considerado en el asiento



de obra cuestionado por la Entidad<sup>4</sup>; y el lunes 5 de octubre, la constatación policial se inicia a las 8:45 horas, también dentro del horario de labores consignado en el cuaderno de obra.

- b) Ahora bien, el Consorcio alegó que tanto el Gerente de Proyectos y Especialista en seguridad son personal contratado a tiempo parcial, y es por esa razón que no se encontraban en obra esos días. Sobre este punto, si bien es cierto que las mismas bases solicitaron que estos dos profesionales sean solo a tiempo parcial, no es menos cierto que ni el día sábado, a las 11:50 horas ni el lunes, a las 8:45 horas se encontró, con lo que existe la interrogante lógica de cuál es el horario establecido para este tipo de personal puesto que no deben estar la totalidad de las ocho horas prestando labores.

Ello debido a que cualquiera sea la hora de inspección que realice la Entidad, el Consorcio puede alegar que no se encontraba en obra debido a que son profesionales contratados a tiempo parcial. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que el Consorcio debió demostrar con algún documento o medio probatorio adicional a su afirmación (que son contratados a tiempo parcial) para generar convicción en este Tribunal de que efectivamente esa es la razón primordial por la cual no estuvieron en la obra los días sábado 4 y lunes 6 de octubre de 2015.

- c) De otro lado, el Consorcio alegó que el Jefe de Supervisión viajó a la ciudad de Lima para presentar la valorización y que el lunes 6 de octubre de 2015 no se encontró en obra debido a que estuvo en una reunión con el director de la DIGENIPAA, que se desarrolla todos los inicios de mes. Para acreditar su dicho, en la Carta 227-2015-CP 005-2014-FONDEPES-CSF/GCV, señaló que anotó en el asiento 534, de fecha 6 de octubre de 2015, que estuvo en Lima el día 2 de octubre viajó a la ciudad de Lima para presentar la valorización de septiembre y el lunes 5 de octubre se reunión con la DIGENIPAA.
- d) Sobre este punto, de acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil establece que: *"Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos"*. El Consorcio sustenta su afirmación en una anotación en el cuaderno de obra, la misma que, de acuerdo con el artículo 192 del mismo cuerpo legal, se configura como el medio probatorio típico denominado documento, no obstante, éste – el documento – está suscrito por quien afirma el hecho que pretende demostrar, con lo cual tiene el mismo efecto que una declaración de parte.
- e) En ese sentido, si bien el Consorcio presentó un medio probatorio, éste, aun cuando es un documento escrito, tiene el mismo efecto que una declaración de parte por las razones expuestas, con lo que estaría

<sup>4</sup> El horario laboral establecido para el sábado es de 7:30 horas hasta las 13:00 horas.

abonando en realidad es la manifestación del involucrado de que el hecho fue cierto, esto es, que estuvo en Lima para presentar la valorización y sostener una reunión con la Entidad; por lo cual, la afirmación del Consorcio y el medio probatorio presentado no genera convicción en este colegiado de que el hecho alegado esté debidamente acreditado más allá de la simple manifestación del jefe de supervisión.

- f) Ahora bien, no es jurídicamente aceptable que este Tribunal Arbitral invierta la carga de la prueba y considere que sea la Entidad la que demuestre que dicha reunión no fue realizada debido a que se estaría solicitando a quien no alegó dicho suceso que pruebe su existencia o, en el peor de los casos pruebe su inexistencia, esto es que la mencionada reunión no se realizó.

Para el presente caso, el Consorcio debió, a consideración de este Colegiado, abonar mayores medios probatorios, tales como actas de reunión o algún documento donde se demuestre la frecuencia de las reuniones que alega tuvo los inicios de cada mes, puesto que al revisar toda la documentación que obra en el expediente, no existe ningún indicio de que lo afirmado esté consignado en un medio probatorio, sin perjuicio que, como se indicó, está anotado en un asiento de obra del propio Supervisor.

- g) Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que tanto el jefe de supervisión como el gerente de supervisión y el especialista en seguridad debieron estar presentes en la obra los días viernes 3 de octubre y lunes 6 de octubre del año 2015.
- h) En este punto, el Colegiado debe analizar también el argumento expuesto por el Consorcio referido a que la ausencia del personal técnico es un supuesto sujeto a penalidades distinta a la mora, denominado como "otras penalidades", y es más, las ausencias que son objeto de cuestionamientos fueron motivo del cobro de este tipo de penalidades. Así, señaló el Consorcio, se está sancionando dos veces por la misma conducta, a través del cobro de una penalidad y a través de la resolución del contrato.
- i) El numeral 14 del Capítulo III (página 34) de las Bases del procedimiento, así como la Cláusula Décimo Tercera del Contrato 070-2014-FONDEPES/SG, establecieron determinadas conductas sujetas a penalidades distintas a la mora, como la ausencia injustificada del supervisor en obra y del personal propuesto. Estas disposiciones determinan que algunos incumplimientos específicos no necesariamente producirán una resolución del contrato, sino que son pasible de una sanción económica, salvo que la cantidad producto de la penalidad llegue al máximo legalmente permitido, esto es, el 10%

del monto del contrato, situación que permitiría a la Entidad a resolverlo<sup>5</sup>.

- j) Así, al verificarse la ausencia del jefe de supervisión y personal técnico los días sábado 3 y lunes 5 de octubre de 2015, la Entidad debió, de acuerdo con la Cláusula Décimo Tercera del contrato, aplicar la penalidad correspondiente sin que este mismo hecho sea utilizado por la Entidad para resolver el contrato.

Una interpretación contraria implicaría que una misma situación sea objeto de dos consecuencias punitivas distintas. Ello no prohíbe a la Entidad establecer un límite a las conductas que generan este tipo de incumplimientos, considerándolo como una causal expresa de resolución contractual, con lo cual le permitiría (a la Entidad) dejar sin efecto el acuerdo contractual, sin que sea necesario esperar el monto máximo de penalidad distinta a la mora, como ocurre en el presente contrato, puesto que al revisar la disposición del numeral 5.2.21 del Capítulo III (Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos) se verifica que la propia Entidad estableció como límite la ausencia injustificada en obra de tres (03) días, considerando este hecho como una causal expresa de resolución de contrato.

- k) En ese orden de ideas, este Colegiado concluye que:

- (i) La Entidad consideró de forma errónea como incumplimiento contractual la ausencia del jefe de supervisión y personal técnico el día domingo 4 de octubre de 2015, puesto que ese día, representa el día de descanso obligatorio y no tenían que estar presentes;
- (ii) Existe un incumplimiento contractual al verificarse la ausencia del jefe de supervisión y personal técnico los días sábado 3 y lunes 5 de octubre de 2015, debido a que la inspección se realizó dentro del horario de la jornada laboral consignado en el cuaderno de obra;
- (iii) La Entidad aplicó las penalidades por ausencia establecidas en las bases del procedimiento y la cláusula décimo tercera del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, pero no debió utilizar el mismo hecho como causal para resolver el contrato.

**11.12.** Sobre el literal c); esto es, ausentarse los días 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015 y 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2015, por viajes a México y

<sup>5</sup> El artículo 166 del Reglamento establece que:

*"En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora".*

Argentina; y firmar y sellar las anotaciones del cuaderno de obra en dichas fechas el Tribunal Arbitral analizará los días de ausencia y las verificaciones realizadas por la Entidad, con el objetivo de mantener la misma línea de argumentación y concluir si efectivamente (o no) existe una causal para resolver el contrato. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Tal como lo mencionamos en el numeral precedente, existen algunas conductas que implican un incumplimiento contractual, pero que no necesariamente ameritan la resolución contractual, sino que el deudor se hace merecedor de una sanción económica representada en una penalidad distinta al retraso en la ejecución de su prestación. No obstante, como se ha indicado también, ello no impide que la Entidad, en resguardo de sus intereses, establezca un límite a dichas conductas, considerándola como una causal expresa (conducta específica) que la legitime a resolver el contrato.

No debe olvidarse que la razón de ser de una Supervisión, es mantener una correcta, adecuado y permanente (dentro de la jornada de trabajo), labor de vigilancia, seguimiento y cuidado, de las labores que desarrolla el ejecutor de obra, de modo tal que al trasgresión a dicha obligación afecta sustancialmente a su propio objeto contractual.

- b) Así, tenemos que en el numeral 5.2.21 del Capítulo III de las Bases, tanto la Entidad (FONDEPES) como el Contratista (Consorcio San Francisco) aceptaron y acordaron como una disposición aplicable a su relación contractual que la ausencia injustificada en obra del personal más de tres (03) días será causal de resolución de contrato; con lo que en este punto, no puede existir discusión sobre la inexistencia de regulación que legitime a la Entidad a adoptar la decisión de resolver el contrato.
- c) FONDEPES indicó en la contestación de la demanda que la resolución del contrato se debió (además de los motivos ya analizados) por incumplir obligaciones que no pueden ser revertidas, como la ausencia del jefe de supervisión en determinados días por encontrarse de viaje en los países de México y Argentina.

Los días acotados por la Entidad son: (i) 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de julio de 2015, por viaje a México; (ii) 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2015, por viaje a Argentina. Sobre este punto, el Consorcio aceptó durante todo el presente arbitraje que efectivamente se ausentó en dichas fechas, pero cuestiona que no se haya determinado qué obligación incumplió y qué disposición impide o prohíbe que se hagan anotaciones en el cuaderno, considerando que sólo él puede hacer dichas anotaciones. Más bien, continúa el Consorcio, al realizar esas anotaciones está cumpliendo con su obligación.

- d) Ahora bien, al reconocer el Consorcio la ausencia del jefe de supervisión, este Colegiado no analizará los registros migratorios



presentados debido a que ya existe un reconocimiento de la veracidad del hecho que se imputa.

- e) Así, está acreditado que el jefe de supervisión se ausentó los días antes señalado por lo que habría que verificar si sus ausencias están justificadas y si éstas se encuentran en la causal expresa de resolución de contrato. En este punto es importante mencionar que las conductas que fueron consideradas dentro del cuadro de penalidades distintas al retraso, se configuran, por su propia naturaleza, como incumplimientos que no pueden ser revertidos.
- f) En efecto, la ausencia de un profesional en un momento determinado no puede ser revertida puesto que el transcurso del tiempo es, incuestionablemente, un componente irreversible. No obstante, la consideración de que éstas – conductas – sean pasibles de una penalidad distinta al retraso, implica que la Entidad, asumiendo el riesgo de ocurrencia de estas conductas, haya optado por una sanción económica y no por la resolución del contrato bajo la causal de irreversibilidad, regulada en el artículo 169 del Reglamento.

Tanto es así que estos supuestos pueden originar la resolución cuando se llegue al monto máximo de la penalidad (10% del contrato vigente) o cuando se haya establecido una condición específica que tipifique un supuesto expreso.

- g) La Entidad al fundamentar la contestación de la demanda argumentó que las ausencias vulneran la obligación reglamentaria del artículo 193 del Reglamento puesto que éstas – las ausencias – implican que el supervisor no controló directa y permanentemente la ejecución de la obra de forma directa en un momento determinado. Es evidente que una ausencia genera que el control de la obra no se ejecute de forma directa y permanente, más aún cuando quien se encuentra ausente es el jefe de supervisión, quien es el encargado de anotar y autorizar los trabajos, absolver las consultas y velar por la correcta ejecución del contrato, sin considerar que éste representa a la Entidad.
- h) El Consorcio argumentó en la audiencia de fecha 18 de enero de 2018 que no es verdad que no haya existido supervisión puesto que los días de ausencia, estuvo presente el equipo técnico de supervisión, quien realizó los controles de los trabajos que fueron ejecutados y que él suscribió las anotaciones en el cuaderno validando lo que habían realizado esos días.

Sobre este punto, no hay dudas sobre la participación del equipo técnico de la supervisión, no obstante, no puede dejar de reconocer que la calidad de "jefe de supervisión" le otorga una posición de representación frente al Consorcio, pues que éste fue designado como el supervisor permanente en la obra, bajo un tratamiento analógico de la disposición del segundo párrafo del artículo 190 del Reglamento.

- i) Así, el Consorcio, a través de este jefe de supervisión, es quien controla la adecuada ejecución de la obra, situación que lo obliga a verificar directa y permanentemente que los trabajos del equipo técnico que lidera sean adecuados y oportunos para confirmar que la obra se ejecuta de la forma correcta, es quien debe pronunciarse por las consultas formuladas por el contratista de la obra, sobre el retiro de subcontratistas o trabajadores por incapacidad o incorrecciones, rechazo y retiro de materiales o equipos o disponer medidas de emergencia; de allí su obligación de permanencia y dirección directa. Es este profesional el único que puede anotar ocurrencias en el cuaderno de la obra en representación del Consorcio.
- j) En ese orden de ideas, lo que cuestiona la Entidad en su argumentación no es la existencia del equipo técnico los días en que el jefe de supervisión estuvo de viaje, sino que en esos días no existió un directo y permanente control de los trabajos del ejecutor de la obra, más aún cuestiona la existencia de anotaciones en el cuaderno de obra los días de su ausencia, los cuales están suscritos y sellados por dicho profesional.
- k) En relación con los días de ausencia, el Tribunal Arbitral verifica que los días 26; 28 y 29 de julio del 2015 fueron domingo y feriados, respectivamente<sup>6</sup>. Asimismo, el 8 y 11 octubre fueron feriados y domingo, respectivamente. En estos supuestos, las ausencias estarían justificadas por el reconocimiento de los descansos. Los días 25, 27, 30 y 31 de julio; y 9 y 10 de octubre, del año 2015<sup>7</sup>, sí fueron laborables.
- l) El numeral 5.2.20 del Capítulo III (Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos) establece que *"si el supervisor tuviese la necesidad de ausentarse la obra tendrá que realizar las coordinaciones previamente con la Entidad (DIGENIPAA), para efectuar actividades debidamente justificadas"*.

No obra en el expediente arbitral ningún medio probatorio aportado por las partes mediante la cual se acredite o demuestre que el jefe de supervisión haya tramitado coordinaciones para ausentarse de la obra los días que legalmente debían estar en ella, con lo que infiere que éstas – las ausencias – fueron injustificadas, por lo que el Consorcio incumplió con su obligación controlar directa y permanentemente la ejecución de la obra.

- m) En este momento, el Tribunal Arbitral analizará si las ausencias injustificadas se encuentran en el supuesto expreso de resolución contractual contemplado en el numeral 5.2.19 del Capítulo III (Términos

<sup>6</sup> El lunes 27 de julio de 2015 fue decretado feriado para el sector público, por lo que al tratarse de trabajadores sujetos al sector privado, no resulta aplicable dicho día de descanso.

<sup>7</sup> El día viernes 9 de octubre de 2015, fue decretado feriado por la reunión de la junta de gobernadores del fondo monetario internacional y el banco mundial, pero solo comprendió Lima Metropolitana y la Provincia Constitucional del Callao.



de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos), el cual, como señalamos, precisó que *"la ausencia injustificada en obra de tres (03) días será causal de Resolución de Contrato, prevista en el Contrato de Servicios de Supervisión"*.

- n) Como se había expuesto, esta disposición representa el límite impuesto por la Entidad (y aceptado por el Consorcio al presentar una propuesta y perfeccionar posteriormente el contrato) para los supuestos de conductas que representan un incumplimiento pero que inicialmente no merecen una resolución contractual, sino una sanción económica. Este límite permite a la Entidad, ante las frecuentes ocurrencias de ausencias injustificadas adoptar una medida drástica y optar por la resolución contractual.
- o) Al revisar la disposición que contempla la causal de resolución expresa, este colegiado advierte que el número máximo de ausencias injustificadas previsto en los términos de referencia (que forman parte del contrato) es de tres (3), y este número legitima a la Entidad a proceder con la resolución contractual, sin perjuicio de que dicha causal haya sido establecida originalmente como un incumplimiento dentro del ámbito de "otro tipo de penalidades", como ya se ha explicado.
- p) En el presente caso, las ausencias consideradas en el numeral 11.11 precedente, no pueden ser computadas para verificar la configuración del supuesto de hecho para la resolución contractual, debido a que, como se ha verificado, la Entidad decidió en esos casos, aplicar la penalidad por ausencia injustificada. En ese sentido, este colegiado sólo analizará si las ausencias planteadas por la Entidad que están referidas a los viajes efectuados por el Jefe de Supervisión al extranjero, específicamente a las Repúblicas de México y Argentina.
- q) Tal como se señaló, los días 25, 27, 30 y 31 de julio; y 9 y 10 de octubre, del año 2015, sí fueron laborables. Asimismo, no se acreditó en el expediente del arbitraje coordinación alguna del Consorcio relacionada con esos días.

En ese orden de ideas, se infiere válidamente que el jefe de supervisión se ausentó injustificadamente seis (6) días, superando el número máximo permitido por el contrato, con lo cual se encuentra en el supuesto expreso de la resolución contractual.

- r) En cuanto a las anotaciones en el cuaderno de obra, el Consorcio afirmó tanto en la demanda, escritos presentados (alegatos) como en la audiencia de informes orales, el jefe de supervisión está obligado a realizar las anotaciones en el cuaderno de obra y que más bien, no realizarlas implicaría una inejecución de sus obligaciones.

Así, argumentó que la carta 329-2015-FONDEPES/SG, debió establecer cuál es la obligación que se incumplió al realizar las anotaciones en el cuaderno de obra. De otro lado, afirmó que durante su ausencia no se interrumpieron las labores de la supervisión debido a que ésta se encuentra integrado por un equipo técnico que sí estuvo presente.

- s) La Carta 329-2015-FONDEPES/SG, señaló, como causal de resolución contractual por incumplimiento que no puede ser revertido, lo siguiente:

*"Por incumplimiento injustificado de sus obligaciones derivadas del Contrato (...) las mismas que no pueden ser revertidas. De acuerdo con el Informe (...) y atendiendo al certificado de movimiento migratorio (...) se ha evidenciado que el señor Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia, jefe de supervisión (...) estuvo en México los días (...) y en Argentina los días (...)"*

*Sin embargo, el referido jefe de supervisión hizo anotaciones en los asientos (...) del cuaderno de obra de fechas (...) todos suscritos (firma y sello del ingeniero Gonzalo Francisco Cáceres Valdivia) Este hecho resulta físicamente imposible, en vista que el referido profesional (...) se encontraba fuera del país, constituyendo dicho hecho un incumplimiento de obligaciones que no puede ser justificado por la irregularidad advertida y mucho menos revertirlo (...)"*

- t) El Consorcio interpreta que el fundamento esbozado está centrado únicamente a las anotaciones en el cuaderno de obra durante la ausencia del jefe de supervisión. No obstante, este colegiado, de una lectura integral de ambos párrafos, interpreta que la Entidad, en el primer párrafo, hace mención a las ausencias por los viajes, según un registro migratorio; y en el segundo párrafo hace mención a las anotaciones, indicando que éstas no pueden ser posibles debido a la ausencia, concluyendo que estos hechos (tanto las ausencias, como las anotaciones en el cuaderno) representan un incumplimiento que no puede ser revertido.
- u) En relación con la supervisión efectiva ejecutada por el equipo técnico, el Tribunal Arbitral ya analizó este argumento y estableció la relevancia e importancia del jefe de supervisión durante la ejecución de la supervisión. Asimismo, no se cuestiona que no hubiera trabajos de la supervisión, sino que el jefe de supervisión no estuviera presente, siendo la ausencia injustificada.
- v) De otro lado, tampoco debe entenderse, como pretende el Consorcio, que aun cuando está ausente está obligado (en esos días que esté ausente) a realizar anotaciones en el cuaderno de obra y que no existe disposición alguna que prohíba su regularización; debido a que no se cuestiona en sí la anotación, sino el contexto en el cual

aparece la anotación debido a que físicamente no se encuentra en la obra, pero la firma, el sello y la fecha, indicarían lo contrario, esto es, que sí estuvo presente.

Así, las mencionadas anotaciones contienen información que no es concordante con la realidad debido a que se estaría indicando, erróneamente, que quien firmó dichos asientos estuvo en esa fecha en la obra, circunstancia incorrecta puesto que incluso el jefe de supervisión ha reconocido su ausencia. En cuanto a la regularización, las anotaciones mencionadas no hacen mención a que se esté regularizando una situación, sino que sólo fueron suscritas, sin precisar que quien firmaba no estuvo presente en la fecha de la anotación.

- w) Por estas consideraciones, este colegiado llega a la conclusión que la ausencia injustificada del jefe de supervisión los días que estuvo de viaje en los países de México y Argentina superó los tres días máximos establecidas en las Bases, que son parte del Contrato y, adicionalmente, constituyen un incumplimiento que no puede ser revertido y que está inmerso en la causal expresa de resolución contractual pactado en los términos de referencia del Contrato 070-2014-FONDEPES/SG.

En ese sentido, tanto la Carta 329-2015-FONDEPES/SG, como la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA, son válidas y eficaces.

### TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

- 11.13. El tercer punto controvertido, consiste en determinar *si corresponde o no ordenar a la Entidad realizar el abono del íntegro de la utilidad no percibida en el Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.*

En relación con esta pretensión, que se deriva de la Primera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal de la demanda, este colegiado determinó en el análisis precedente que la resolución contractual operada por la Entidad resulta válida y eficaz, por lo que, en consecuencia, no le corresponde al Consorcio solicitar el pago de la utilidad no percibida, toda vez que el quiebre de la relación contractual le es imputable.

### CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

- 11.14. El cuarto punto controvertido, consiste en determinar *si corresponde o no ordenar a la Entidad que devuelva al contratista la garantía de fiel cumplimiento, la cual equivale al 10% del monto del contrato*

Sobre esta pretensión, que se deriva de la Tercera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal, incluida en su escrito de fecha 22 de marzo de 2017, este colegiado no puede ordenar la devolución de la mencionada garantía, debido a que determinó que la resolución del contrato es válida y eficaz por causa imputable al Consorcio.

#### QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

- 11.15. El quinto punto controvertido, consiste en determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que otorgue al contratista la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado, precisando que se ha realizado la misma sin incurrir en penalidades

Respecto de esta pretensión, que se deriva de la Cuarta Pretensión Principal de la demanda, el Tribunal Arbitral no puede ordenar que se emita una constancia de cumplimiento debido a que determinó que la resolución del contrato es válida y eficaz por causa imputable al Consorcio.

#### SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

- 11.16. El sexto punto controvertido, consiste en determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que asuma todos los gastos correspondientes al proceso arbitral, incluyendo costas y costos incurridos por dicha parte

En cuanto a esta pretensión, que deriva de la Quinta Pretensión Principal de la demanda, el Tribunal Arbitral seguirá la regla establecida en el numeral 1) del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071, disponiendo que los costos del presente arbitraje sean asumidos por el Consorcio, ante la falta de acuerdo de las partes, resultar la parte vencida en el presente proceso arbitral, entendidos como los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios costos en los que hubiera incurrido en la defensa de sus respectivas posiciones.

#### XII LAUDO:

ESTANDO a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral por unanimidad **RESUELVE:**

**PRIMERO.** – Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia válida y eficaz la Carta 329-2015-FONDEPES/SG.

**SEGUNDO.** – Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, válida y eficaz la resolución del Contrato 070-2014-FONDEPES/OGA.

**TERCERO.** - Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, FONDEPES no está obligado a abonar la utilidad no percibida por el Consorcio.

**CUARTO.** – Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, FONDEPES no está obligado a emitir la constancia de cumplimiento del servicio de consultoría de obra hasta por el porcentaje efectivamente ejecutado, precisando que se ha realizado sin incurrir en penalidades.

**QUINTO.** – Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, FONDEPES no está obligado a devolver la garantía de fiel cumplimiento.

**SEXTO.** – Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, el Consorcio debe asumir los costos del presente arbitraje, entendidos como los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios costos en los que hubiera incurrido en la defensa de sus respectivas posiciones.



**MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA**

**PRESIDENTE**



**CARLOS LUIS IREIJO MITSUTA**

**ÁRBITRO**



**ADELA VIRGINIA ARTETA SALINAS**

**ÁRBITRO**