

**DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS  
CONTRATACIONES CON EL ESTADO - OSCE**

Caso Arbitral N° S-214-2016/SNA-OSCE (Consolidado)

Arbitraje de Derecho seguido entre

**FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO - FONDEPES  
(FONDEPES)**

Y

**CONSORCIO TACNA  
(CONSORCIO)**

---

**LAUDO**

---

**Miembros del Tribunal Arbitral**

Cecilia O'Neill de la Fuente  
Jorge Masson Pazos  
Luz Elena Ocampo Ochoa

**Secretaría Arbitral**

Rossmery Ponce Novoa

Lima, 24 de enero de 2022

## **Resolución N° 40**

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2022, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, de escuchados los argumentos sometidos a su consideración y de haber analizado las pretensiones planteadas en las demandas, las contestaciones de demandas y sus respectivas pretensiones acumuladas, dicta el siguiente laudo, en unanimidad y dentro del plazo establecido, para poner fin a la controversia suscitada.

### **I. ANTECEDENTES CONTRACTUALES:**

1. El 12 de setiembre de 2014, FONDEPES convocó a la Licitación Pública No. 005-2014-FONDEPES a fin de seleccionar a un contratista que se encargue de la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios del desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Región Tacna” (en adelante, la Obra).
2. La buena pro fue adjudicada al Consorcio Tacna. El 18 de noviembre de 2014, FONDEPES y el Consorcio Tacna suscribieron el Contrato N° 068-2014-FONDEPES/OGA<sup>1</sup> para la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios del desembarcadero pesquero artesanal en la localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Región Tacna” por el monto de S/. 10,251,866.99 soles (en adelante, el Contrato), bajo el sistema de precios unitarios y por el plazo de 299 días calendario.
3. Durante la ejecución del Contrato, se otorgaron diversas ampliaciones de plazo, así como adicionales de Obra.
4. El 8 de junio de 2016, por Carta Notarial No. 4687-16<sup>2</sup>, el Consorcio solicitó que se paguen los montos correspondientes a las valorizaciones de marzo y abril. En respuesta, por Carta No. 325-2016/FONDEPES/OGA<sup>3</sup>, de fecha 21 de junio de 2016, la Entidad solicitó al Consorcio que emita nuevas facturas, así como las respectivas notas de crédito para anular las anteriores facturas a fin de realizar el pago de la Valorización No. 1 del adicional de obra No. 9 y de las valorizaciones No. 16 y 17.
5. Ante ello, el Consorcio, por Carta Notarial No. 5250-16<sup>4</sup> del 28 de junio de 2016, apercibió a la Entidad por la falta de pago de la Valorización No. 01 del adicional de obra No. 9, aduciendo que no resulta posible emitir notas de crédito para anular las facturas enviadas por los servicios prestados

---

<sup>1</sup> Anexo 9.3 de la demanda presentada por la Entidad (exp. 214-16).

<sup>2</sup> Anexo 9.26 de la demanda presentada por la Entidad (exp. 214-16).

<sup>3</sup> Anexo 9.28 de la demanda presentada por la Entidad (exp. 214-16).

<sup>4</sup> Anexo 9.31 de la demanda presentada por la Entidad (exp. 214-16).

contenidos en la valorización antes señalada, ya que ello supondría anular los servicios prestados, lo que no resulta posible. Indicó que no realizaría el cambio de factura y no emitiría una nota de crédito, conforme a lo previsto en la Ley General del Impuesto a las Ventas. En tal sentido, reiteró el pedido del pago de la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9.

6. El 14 de julio de 2016, mediante Carta Notarial No. 5727-16<sup>5</sup>, el Consorcio comunicó a FONDEPES la resolución del Contrato, alegando el incumplimiento del pago de la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9.
7. Posteriormente, a través de las cartas notariales No. 239-2016-FONDEPES/SG y No. 422-2016-FONDEPES/OGA<sup>6</sup>, la Entidad resolvió el Contrato alegando abandono de la Obra.
8. El 15 de setiembre de 2016, mediante la Carta No. 048-2016-CT<sup>7</sup>, el Contratista remitió a FONDEPES la liquidación del Contrato en la cual se obtiene como resultado el monto de S/. 1'804,657.86 soles a favor del Consorcio.
9. Por su parte, la Entidad observó la liquidación del Consorcio y presentó su propia liquidación, por medio de la Resolución de Secretaría General No. 131-2016-FONDEPES/SG<sup>8</sup>, en la que determinó que el Consorcio le adeudaba la suma de S/. 482,318.92 soles
10. En este contexto, las partes sometieron a arbitraje la respectiva resolución contractual efectuada por su contraparte, así como la liquidación del Contrato.

## **II. INICIO DEL PROCESO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

11. Surgida la controversia, el 8 de agosto de 2016, FONDEPES presentó su demanda arbitral y designó como árbitra a la abogada Luz Elena Ocampo Ochoa, quien aceptó el cargo.
12. El 23 de setiembre de 2016, el Consorcio contestó la demanda y designó como árbitro al abogado Jorge Alejandro Masson Pazos, quien aceptó el cargo.
13. Los árbitros, de común acuerdo, designaron a la abogada Cecilia O'Neill de la Fuente como Presidenta del Tribunal Arbitral.

---

<sup>5</sup> Anexo 9.32 de la demanda presentada por la Entidad (exp. 214-16).

<sup>6</sup> Anexo 1-V de la demanda presentada por el Consorcio (exp. 240-16).

<sup>7</sup> Anexo 1-O de la demanda presentada por el Consorcio (exp. 339-16).

<sup>8</sup> Anexo 1-P de la demanda presentada por el Consorcio (exp. 339-16).

14. El 8 de agosto de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la cual los árbitros procedieron a declarar constituido e instalado el Tribunal Arbitral. Asimismo, en el Acta de dicha audiencia se fijaron las reglas del arbitraje.
15. Al presente proceso arbitral se acumularon los procesos arbitrales tramitados bajo el expediente S339-2016/SNA-OSCE y S240-2016/SNA-OSCE. En tal sentido, los expedientes fueron tramitados en forma consolidada en el expediente arbitral S-214-2016/SNA-OSCE (Consolidado).

### **III. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

16. El convenio arbitral se encuentra contenido en la cláusula décimo octava del Contrato, cuyo texto es el siguiente:

#### ***“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***

1. *Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficiacia, 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.*
2. *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. (...)"*

### **IV. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL Y AL FONDO DE LA CONTROVERSIA:**

17. En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se indicó que son aplicables al presente arbitraje la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificado mediante Ley N° 29873) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF).
18. Asimismo, es aplicable la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD “Reglamento de Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE”, aprobada por Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016.

**V. DEMANDA PRESENTADA POR FONDEPES S-214-2016/SNA-OSCE:**

19. El 8 de agosto de 2016, FONDEPES presentó la demanda arbitral en la que planteó las siguientes pretensiones:

***Primera pretensión principal:***

*Que, vuestro Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o la ineficacia de la Resolución del Contrato de Obra N° 068-2014-FONDEPES/OGA “Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Región Tacna”, realizado mediante Carta S/N del 14 de julio del 2016 (Reg. N° 5727-16), y notificada el 14 de julio del 2016 por la Notaria Del Pozo Valdez.*

***Segunda pretensión principal:***

*Que, vuestro Tribunal Arbitral ordene que la demandada asuma el pago total de los costos y costas que correspondan a la tramitación del presente proceso arbitral, más los intereses legales que se deriven del mismo.*

20. Por escrito del 20 de diciembre de 2016, FONDEPES amplió su demanda incorporando la siguiente pretensión:

***Tercera Pretensión Principal:***

*Para que el Tribunal Arbitral declare nula y/o deje sin efecto y/o inválida la liquidación del contrato de obra “mejoramiento de los servicios del desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de Morro Sama, distrito de Sama, provincia de Tacna, región Tacna”, presentada por el contratista Consorcio Tacna mediante Carta N° 048-2016-CT.*

**VI. CONTESTACIÓN DE DEMANDA S-214-2016/SNA-OSCE:**

21. El 23 de setiembre de 2016, el Consorcio presentó su escrito de contestación de demanda y solicitó que se declaren infundadas las pretensiones reclamadas por FONDEPES.

**VII. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO S-240-2016/SNA-OSCE:**

22. El 2 de setiembre de 2016, el Consorcio presentó la demanda arbitral en la que planteó las siguientes pretensiones:

***Primera pretensión principal:***

*Que se declare inválida y/o ineficaz la resolución del Contrato formulada por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 239-2016-FONDEPES/SG y N° 422-2016-FONDEPES/OGA, notificadas con fecha 12 de agosto del 2016.*

**Tercera pretensión principal:<sup>9</sup>**

Que se condene a FONDEPES al pago a favor del Contratista de los gastos arbitrales.

**VIII. CONTESTACIÓN DE DEMANDA S-240-2016/SNA-OSCE:**

23. El 26 de octubre de 2016, FONDEPES presentó su escrito de contestación de demanda y solicitó que se declaren infundadas las pretensiones reclamadas por el Consorcio.

**IX. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO S-339-2016/SNA-OSCE:**

24. El 20 de diciembre de 2016, el Consorcio presentó la demanda arbitral en la que planteó la siguiente pretensión:

**Segunda pretensión principal<sup>10</sup>:**

Que FONDEPES reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/ 1'804,657.86 más el IGV y los intereses que se devenguen hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de Liquidación de Obra.

**X. CONTESTACIÓN DE DEMANDA S-339-2016/SNA-OSCE:**

25. El 29 de marzo de 2017, FONDEPES presentó su escrito de contestación de demanda y solicitó que se declare improcedente y/o infundada la demanda del Consorcio.

**XI. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES S-240-2016/SNA-OSCE (CONSOLIDADO):**

26. Por escrito del 10 de julio de 2018, el Consorcio solicitó la acumulación de la siguiente pretensión, la cual fue admitida por el Tribunal el 10 de setiembre de 2018:

**Pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:**

Que el Tribunal Arbitral disponga y determine la Liquidación del Contrato, disponiendo el reconocimiento y pago de los montos que correspondan a favor del Consorcio.

---

<sup>9</sup> En la Resolución No. 5 del 7 de noviembre de 2017 se aceptó el desistimiento del Consorcio de la segunda pretensión principal.

<sup>10</sup> Originalmente fue planteada como primera pretensión principal. Luego de la acumulación de los expedientes arbitrales, el Consorcio consolidó su petitorio por escrito del 10 de julio de 2018.

27. Mediante escrito del 9 de octubre de 2018, FONDEPES contestó la pretensión acumulada solicitando que se declare improcedente y/o infundada.
28. Por escrito del 9 de octubre de 2018, FONDEPES solicitó la acumulación de la siguiente pretensión, la cual fue admitida por el Tribunal el 31 de enero de 2019:

***Cuarta pretensión principal:***

*Que, vuestro Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o invalidez de la las Resoluciones de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG, N° 032-2015-FONDEPES/SG, N° 015-2016-FONDEPES/SG, N° 037-2016-FONDEPES/SG, N° 055-2016-FONDEPES/SG, N° 072-2016-FONDEPES/SG, N° 086-2016-FONDEPES/SG y la N° 096-2016-FONDEPES/SG, que declararon la aprobación, respectivamente, de las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 de la obra “Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero Artesanal en la Localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Región Tacna”, y como consecuencia de ello la inexistencia del reconocimiento de los mayores gastos generales que ello implica.*

29. El Consorcio cumplió con contestar la pretensión acumulada a través del escrito del 26 de febrero de 2019.
30. FONDEPES, mediante escrito del 5 de julio de 2019, solicitó la acumulación de la siguiente pretensión, la cual fue admitida por el Tribunal el 17 de febrero de 2020:

***Quinta pretensión principal:***

*Que, vuestro Tribunal Arbitral ordene la devolución del pago indebido del monto ascendente a la suma de S/. 192,766.53 (ciento noventa y dos mil setecientos sesenta y seis y 53/100 soles), por haberse pagado por 7 profesionales propuestos en la ejecución de la obra y sólo estuvo uno de los profesionales propuestos, además de no haberse aplicado las penalidades correspondientes.*

31. Los argumentos y fundamentos específicos de las pretensiones formuladas tanto por FONDEPES como por el Consorcio, junto con las respectivas contestaciones, serán desarrollados y analizados al resolver cada pretensión.

## XII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

32. Mediante la Resolución No. 23 del 20 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral actualizó los puntos controvertidos, considerando la acumulación de los expedientes arbitrales y las pretensiones acumuladas por las partes:

### ***Derivados de la demanda de FONDEPES del 8 de agosto de 2016 (Exp. S-214-2016/SNA-OSCE)***

- Determinar si corresponde o no ordenar la nulidad y/o ineficacia de la resolución del Contrato realizado mediante Carta S/N del 14 de julio de 2016 y notificada vía notarial en la misma fecha.
- Que el Contratista asuma el pago total de los costos y costas más los intereses legales.

### ***Derivado de la ampliación de pretensiones de FONDEPES del 20 de diciembre de 2016 (Exp. S-214-2016/SNA-OSCE)***

- Determinar si corresponde o no declarar nula y/o dejar sin efecto y/o inválida la Liquidación del Contrato presentada por el contratista mediante Carta N° 048-2016-CT.

### ***Derivados de la demanda del Consorcio del 2 de setiembre de 2016 (Exp. S240-2016/SNA-OSCE)***

- Determinar si corresponde o no declarar inválida y/o ineficaz la resolución del Contrato formulada por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 239-2016-FONDEPES/SG y N° 422-2016-FONDEPES/OGA, notificadas con fecha 12 de agosto del 2016.
- Determinar si corresponde o no condenar a la Entidad al pago a favor del Contratista de los gastos arbitrales.

### ***Derivados de la demanda del Consorcio del 20 de diciembre de 2016 (Exp. S339-2016/SNA-OSCE)***

- Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/ 1'804,657.86 más el IGV y los intereses que se devenguen hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de Liquidación de Obra.

### ***De la acumulación de pretensión del Consorcio admitida el 10 de setiembre de 2018***

- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga y determine la Liquidación del Contrato, disponiendo el reconocimiento y pago de los montos que correspondan a favor del Consorcio.

### ***Derivado de la acumulación de pretensión de FONDEPES admitida el 31 de enero de 2019***

- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare nulas o inválidas las Resoluciones de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG, N° 032-2015-FONDEPES/SG, N° 015-2015-FONDEPES/SG, N° 037-2015-FONDEPES/SG, N° 055-2015-FONDEPES/SG, N° 072-2015-FONDEPES/SG, N° 086-2015-FONDEPES/SG y N° 096-2015-FONDEPES/SG.

***Derivado de la acumulación de pretensión de FONDEPES admitida el 20 de febrero de 2020***

- *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene la devolución del pago indebido del monto ascendente a la suma de S/. 192,766.53 (ciento noventa y dos mil setecientos sesenta y seis y 53/100 soles), por haberse pagado por 7 profesionales propuestos en la ejecución de la obra y sólo estuvo uno de los profesionales propuestos, además de no haberse aplicado las penalidades correspondientes.*

**XIII. OTROS ESCRITOS DE LAS PARTES:**

33. El Tribunal Arbitral deja constancia de que al realizar el análisis contenido en el presente laudo ha tenido en cuenta todos los escritos presentados por las partes durante el presente proceso y sus anexos, incluso si no son mencionados expresamente.

**XIV. MEDIOS PROBATORIOS:**

34. En la Resolución No. 6 del 15 de noviembre de 2017 se dispuso admitir los medios probatorios documentales presentados por las partes en sus escritos postulatorios, los cuales fueron acumulados en el expediente S-214-2016/SNA-OSCE (Consolidado).
35. Asimismo, se admitieron los medios probatorios que adjuntaron las partes al presentar sus respectivas solicitudes de acumulación de pretensiones.
36. En su escrito de demanda del 20 de diciembre del 2016 (Exp. S339-2016/SNA-OSCE), el Consorcio ofreció la realización de una pericia para determinar el monto de la liquidación de la Obra.

*“Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/ 1'804,657.86 más el Impuesto General a las Ventas y los intereses que se devenguen hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de Liquidación de Obra.”*

37. Por escrito del 19 de diciembre de 2017, el Consorcio presentó el "Informe Pericial sobre revisión y cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES", elaborado por LLV Consultores.
38. Por escrito del 22 de marzo de 2018, el Consorcio cumplió con presentar una versión legible, así como digital, del "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES", elaborado por LLV Consultores.

39. El 19 de junio de 2018, FONDEPES absolvió el informe pericial del Consorcio.
40. El 24 de julio de 2018, el Consorcio respondió la absolución de FONDEPES sobre su pericia.
41. A lo largo del arbitraje, las partes han realizado una amplia actividad probatoria. En esta sección se mencionaron algunos de los medios probatorios, y el hecho que el Tribunal no haya mencionado a todos, no significa que no los haya tenido en cuenta al analizar el caso.

#### **XV. AUDIENCIAS:**

42. El 15 de noviembre de 2017 se realizó la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
43. El 5 de julio de 2019 se realizó la Audiencia de Ilustración.
44. El 2 de setiembre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Sustentación del Informe Pericial elaborado por LLV Consultores de diciembre de 2017.
45. El 18 de diciembre de 2020 se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Informes Orales, en la que las partes pudieron manifestar sus alegatos finales con relación a la controversia materia del presente arbitraje.

#### **XVI. ESCRITOS DE ALEGATOS:**

46. El 10 de diciembre de 2020, el Consorcio presentó su escrito de alegatos.
47. FONDEPES no presentó sus alegatos escritos.

#### **XVII. GASTOS ARBITRALES**

48. Mediante Liquidación de gastos arbitrales de fecha 30 de enero de 2017, se estableció el pago de los gastos arbitrales conforme a lo siguiente:

CONCEPTO	MONTO
<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS DE A SECRETARÍA DEL SNA-OSCE</b>	S/ 5 118,85 (incluido I.G.V)

<b>HONORARIOS DEL ÁRBITRO 1</b>	S/ 5 811,27 (monto neto)
<b>HONORARIOS DEL ÁRBITRO 2</b>	S/ 5 811,27 (monto neto)
<b>HONARIOS DEL ÁRBITRO 3</b>	S/ 5 811,27 (monto neto)

49. Al respecto, el Consorcio y la Entidad cumplieron con acreditar el pago de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y de los honorarios del Tribunal Arbitral.
50. Posteriormente, con fechas 10 de julio, 9 de octubre de 2018 y 5 de julio de 2019, la Entidad y el Consorcio presentaron nuevas acumulaciones de pretensiones, las cuales fueron admitidas mediante resoluciones No. 12, 15 y 23, respectivamente. En consecuencia, el Tribunal Arbitral solicitó a la Secretaría del SNA – OSCE emitir la reliquidación del presente proceso, tomando en consideración las cuantías expresadas por ambas partes en su momento, y siendo estas actualizadas con las nuevas pretensiones acumuladas.
51. Es así que, mediante Resolución No. 32 de fecha 4 de enero de 2021, se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales (Reajuste) conforme al siguiente detalle:

<b>ENTIDAD</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>MONTO</b>
	<b>HONORARIOS PROFESIONALES</b>	13 449,73 (MONTO NETO)
<b>CONSORCIO</b>	<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO</b>	11 131, 61 (incluido I.G.V)
	<b>HONARIOS PROFESIONALES</b>	20 706, 68 (MONTO NETO)
	<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO</b>	18 758, 36 (incluido I.G.V)

52. Dichos montos debían ser cancelados en partes proporcionales al detalle por cada una de las partes.
53. El Consorcio y la Entidad cumplieron con acreditar el pago de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y de los honorarios del Tribunal Arbitral.

#### **XVIII. PLAZO PARA LAUDAR:**

54. Mediante Resolución No. 39, notificada el 2 de diciembre de 2021, se declaró que el arbitraje se encuentra en estado para laudar y se fijó en (20)

días hábiles el plazo para emitir el laudo, prorrogable automáticamente por quince (15) días hábiles, venciendo el plazo final el día 26 de enero de 2022.

## **XIX. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL:**

55. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que FONDEPES presentó sus escritos postulatorios dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción y de defensa; (iii) que el Consorcio presentó sus respectivos escritos postulatorios dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción y de defensa; (iv) que ambas partes fueron debidamente emplazadas con las pretensiones de su contraparte y tuvieron la oportunidad de contestarlas; y, (v) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
  
56. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
  
57. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
  
58. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el presente laudo.
  
59. A continuación, el Tribunal Arbitral para laudar hará un resumen de las posiciones de las partes, expresadas en sus escritos postulatorios, en relación con cada uno de los puntos controvertidos indicados en el acta correspondiente. Luego de presentar las posiciones de las partes, el Tribunal explicará su posición. Al hacerlo, el Tribunal hará referencia a los hechos y argumentos vertidos por las partes no solamente en sus escritos postulatorios, sino también en los demás escritos y/o audiencias. El hecho

de que para sustentar su posición el Tribunal Arbitral no mencione todos los argumentos de las partes no significa que no los haya tenido en cuenta al momento de resolver.

**A. Análisis de los puntos controvertidos relacionados con la resolución contractual:**

- Demanda de FONDEPES del 8 de agosto de 2016 (Exp. S-214-2016/SNA-OSCE):

*“Determinar si corresponde o no ordenar la nulidad y/o ineficacia de la resolución del Contrato realizado mediante Carta S/N del 14 de julio de 2016 y notificada vía notarial en la misma fecha.”*

- Demanda del Consorcio del 2 de setiembre de 2016 (Exp. S240-2016/SNA-OSCE):

*“Determinar si corresponde o no declarar inválida y/o ineficaz la resolución del Contrato formulada por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 239-2016-FONDEPES/SG y N° 422-2016-FONDEPES/OGA, notificadas con fecha 12 de agosto del 2016.”*

60. El Tribunal Arbitral advierte que las partes han resuelto el Contrato en momentos distintos e imputando incumplimientos a su contraparte. Jurídicamente no es posible resolver un mismo Contrato dos veces; es por ello que se debe determinar cuál de las dos resoluciones es válida, si es que alguna es válida. Siguiendo el orden de los hechos, primero el Consorcio resolvió el Contrato; por ello, el Tribunal Arbitral comenzará analizando la validez de la resolución contractual efectuada por el Consorcio.

a) Posición de FONDEPES:

- 61. Mediante comunicación del 14 de julio de 2016, el Consorcio resolvió el Contrato atribuyendo a la Entidad el incumplimiento en el pago de la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9.
- 62. La Entidad solicita que se declare la nulidad o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el Consorcio.
- 63. FONDEPES argumenta que la resolución efectuada por el Consorcio no se ajusta a lo establecido en el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a que el alegado incumplimiento no es esencial. Además, señala que es una situación de mora del acreedor según los artículos 1338, 1339 y 1340 del Código Civil.

64. FONDEPES señala que no pretende ignorar u obstruir el pago de la valorización No. 1 del adicional del obra No. 9, dado que dicho crédito ya cuenta con la conformidad para el pago. Sin embargo, FONDEPES indica que, de manera previa a la resolución del contrato, de manera reiterada solicitó al Consorcio la remisión de las respectivas facturas y notas de crédito que anulen las facturas emitidas en marzo de 2016.
65. Al respecto, FONDEPES agrega que necesitaba el cambio de facturas debido a que en aplicación de la Directiva N° 003-2016-EF/51.01, las entidades del Gobierno Nacional, como FONDEPES, deben efectuar su cierre contable y enviar la información financiera y presupuestaria de manera mensual a través del aplicativo web Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF). Por ello, para efectos del envío mensual de la información, es preciso contar con la documentación idónea para efectivizar el pago.
66. En ese sentido, FONDEPES señala que la emisión de notas de crédito es una práctica comercial comúnmente aceptada para poder modificar comprobantes anteriormente emitidos, lo cual se respalda en el artículo 10, numeral 1.3. del Reglamento de Comprobantes de Pago: “[Notas de crédito] 1.3. solo podrá ser emitidas al mismo adquiriente para o usuario para modificar comprobantes de pago otorgados con anterioridad”.
67. En base a lo anterior sostiene que la resolución del Contrato realizada por el Consorcio debe declararse nula y/o ineficaz.

b) Posición del Consorcio:

68. El Consorcio señala que siguió con el procedimiento adecuado para la resolución del Contrato.
69. Mediante comunicación del 8 de junio de 2016, el Consorcio requirió el pago de las valorizaciones referidas a la prestación del adicional de obra N° 9. En respuesta, a través de la comunicación del 22 de junio de 2016, la Entidad solicitó la actualización de las facturas y la emisión de notas de crédito en un plazo no mayor a 48 horas.
70. El 28 de junio de 2016, el Consorcio otorgó a la Entidad un plazo de 15 días para que cumpla con cancelar el monto adeudado. El Consorcio señala que los montos habían sido reconocidos por la Entidad.
71. Al respecto, el Consorcio sostiene que tributariamente no es posible emitir notas de crédito para la anulación de facturas por servicios que sí se han prestado (literal b del artículo 26 de la Ley del IGV).

72. En relación al argumento de la Entidad sobre la Directiva No. 003-2016-EF/51.01, el Consorcio señala que las facturas en cuestión fueron emitidas el 28 de marzo de 2016 y la Directiva fue aprobada el 4 de mayo de 2016, por lo que no es aplicable. El Consorcio agrega que la Directiva no impide que la entidad pague las facturas, a pesar de que no hayan sido registradas en el SIAF.
73. El Consorcio señala que la emisión de notas de crédito no es una obligación del Consorcio para que la Entidad cumpla con realizar el pago. Además, indica que el pago de valorizaciones por parte de la Entidad es una de sus obligaciones esenciales.

c) *Posición del Tribunal Arbitral:*

74. A efectos de determinar la validez de la resolución contractual efectuada por el Consorcio, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta las disposiciones del Contrato así como el marco normativo aplicable, es decir, la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, LCE), su Reglamento<sup>11</sup> y, supletoriamente, el Código Civil. Lo anterior se encuentra recogido en la cláusula décimo séptima del Contrato:

**CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO**

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

75. En este caso, el Consorcio comunicó la resolución del Contrato por carta notarial del 14 de julio de 2016<sup>12</sup>. Invocó como causal de resolución la falta de pago de la Valorización N° 1 del Adicional de Obra N° 9. Las siguientes facturas corresponden a la mencionada valorización<sup>13</sup> y fueron presentadas a la Entidad el 28 de marzo de 2016:
  - Factura 001-000138 por la suma de S/. 308,429.88
  - Factura 001-000139 por la suma de S/. 18,814.22
76. Ambas partes están de acuerdo con el monto adeudado por concepto de la valorización N° 1 del adicional de obra N° 9. En efecto, la Entidad reconoció la deuda en la Carta No. 325-2016/FONDEPES/OGA del 22 de junio de 2016<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Decreto Legislativo 1017 y Decreto Supremo 184-2008-EF.

<sup>12</sup> Anexo 9.32 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>13</sup> Anexo 1-L de la demanda presentada por el Consorcio (Exp. 240-16).

<sup>14</sup> Anexo 9.28 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

77. En tal sentido, no es controvertido que la Entidad ha incumplido con pagar el adicional de obra No. 9 al Consorcio. La discusión gira en torno a las razones por las que no se realizó el pago y si dicho incumplimiento facultaba al Consorcio a resolver el Contrato. Para determinar ello, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta el incumplimiento de la obligación y si el Consorcio siguió el procedimiento legal para resolver el Contrato.
78. La obligación incumplida, en este caso, es la obligación que tiene la Entidad de pagarle al Consorcio las valorizaciones. Esta obligación de pago se encuentra establecida en la cláusula cuarta del Contrato:

#### **CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO**

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en períodos de valorización mensuales, conforme a lo previsto en la sección específica de las Bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de 30 DÍAS días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

En caso de retraso en el pago de las valorizaciones, por razones imputables a LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para tal efecto, se formulará una valorización de intereses y el pago se efectuará en las valorizaciones siguientes.

79. Ahora bien, corresponde analizar si el incumplimiento de esta obligación otorga al Consorcio el derecho a resolver el Contrato. La citada cláusula regula el supuesto de retraso en el pago de las valorizaciones y el derecho a recibir los intereses. En esa cláusula, expresamente, no se establece la resolución del Contrato como consecuencia del incumplimiento.
80. No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que las cláusulas de los contratos deben interpretarse de forma integral y no aislada. Por ello, es pertinente remitirse a la cláusula décimo quinta del Contrato, en la cual se regula la resolución contractual:

#### **CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 169 y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

81. Conforme a la citada cláusula, cualquiera de las partes puede resolver el Contrato siguiendo lo estipulado en la LCE y su Reglamento. Al respecto, el artículo 40, literal c) de la LCE dispone lo siguiente:

*“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos*

- c) *Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.*" (énfasis agregado).
82. Del texto citado se desprende que el Consorcio puede resolver el Contrato ante el incumplimiento de obligaciones esenciales. En ese mismo sentido, el artículo 168 del Reglamento se refiere al incumplimiento injustificado de las obligaciones esenciales:
- "Artículo 168º. - Causales de resolución por incumplimiento*
- (...) *El Contratista podrá solicitar la resolución del Contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las bases o el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.* (énfasis agregado).
83. Precisamente, la Entidad cuestiona la esencialidad de la obligación incumplida e indica que el retraso en el pago no es injustificado, puesto que sería atribuible al Consorcio. Veamos con mayor detalle cada una de estas alegaciones.
84. En relación a la esencialidad de la obligación, la Entidad alega que la obligación debe ser esencial para alcanzar la finalidad del Contrato. En ese sentido, considera que el pago de la valorización no reúne las condiciones para ser considerada una obligación esencial. El Tribunal Arbitral no comparte la postura de la Entidad, pues en su opinión una de las obligaciones principales de la Entidad es pagar al Consorcio la contraprestación por la ejecución de la Obra, obligación que ha sido regulada expresamente en la cláusula cuarta del Contrato.

85. Además, la misma Opinión No. 027-2014/DTN del OSCE de fecha 13 de febrero de 2014, que fue citada por la Entidad en su escrito de demanda, reconoce que el pago de la valorización es la principal obligación esencial a cargo de la entidad:

**“2.1.2 (...)**

*De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.*

**2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte;** estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

*Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.” (énfasis agregado)*

86. Considerando lo expuesto, el Tribunal Arbitral determina que la obligación de pago de la Entidad sí es esencial; en consecuencia, la falta de pago de la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9 configura un incumplimiento de una obligación esencial.
87. **El segundo requisito que establece la LCE es que el incumplimiento de esa obligación esencial sea injustificado.** Al respecto, la Entidad sostiene que solo se produjo un retraso en el pago, que tenía voluntad de cumplir; pero que la conducta del Consorcio imposibilitó la realización del pago. Por tanto, alega que el incumplimiento no es injustificado; por el contrario, es atribuible al propio Consorcio, el acreedor.
88. A fin de dilucidar si el incumplimiento fue injustificable o no, el Tribunal Arbitral analizará el inconveniente que se produjo con las facturas correspondientes a la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9.
89. Las facturas 001-000138 por la suma de S/. 308,429.88 y 001-000139 por la suma de S/. 18,814.22 fueron presentadas a la Entidad el 28 de marzo de

2016. Sin embargo, como ha sido reconocido por ambas partes, la Entidad no cumplió con pagarlas. Ante ello, el Consorcio requirió a la Entidad, por Carta Notarial No. 4687-16<sup>15</sup> del 8 de junio de 2016, que cancele los montos correspondientes a las valorizaciones de marzo y abril.

90. Por su parte, el área de logística de la Entidad, a través de los correos electrónicos de fechas 14, 16, 20 y 23 de junio de 2016<sup>16</sup>, requirió al Consorcio que emita nuevas facturas para realizar el pago de la Valorización No. 1 del adicional No. 9 y que presenten las notas de crédito que anulen las facturas emitidas en marzo 2016.
91. Asimismo, por Carta No. 325-2016/FONDEPES/OGA<sup>17</sup>, de fecha 21 de junio de 2016, la Entidad reiteró al Consorcio el pedido de actualización de las facturas correspondientes a la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9, así como la emisión de las notas de crédito que anulen esas facturas.
92. En paralelo, la Entidad respondió la Carta Notarial No. 4687-16, por medio de la Carta N° 188-2016-FONDEPES/SG del 23 de junio de 2016<sup>18</sup>, en la que señaló que ha requerido el cambio de las facturas sin obtener respuesta del Consorcio. Agregó que la negativa del Consorcio impide efectuar el pago del Adicional No. 9.
93. Ante ello, el Consorcio, por Carta Notarial No. 5250-16<sup>19</sup> de fecha 27 de junio de 2016, indicó que no corresponde realizar el cambio de facturas ni emitir notas de crédito, conforme a lo previsto en la Ley General del Impuesto a las Ventas (IGV). En tal sentido, reiteró el pedido del pago de la valorización No. 1 del adicional de obra No. 9 en un plazo de 15 días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
94. De lo expuesto, el Tribunal Arbitral advierte que es necesario analizar si la falta de pago del adicional No. 9 es atribuible al Consorcio, para lo cual se debe determinar si tenía la obligación de emitir nuevas facturas y anular las anteriores, a través de notas de crédito.
95. La Entidad justifica la necesidad del cambio de facturas en base a que el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) solo permite el registro de comprobantes de pago emitidos en el mes vigente. Debido a que las facturas eran de fecha anterior, la Entidad requirió la actualización de las mismas mediante notas de crédito y emisión de nuevas facturas para poder ser ingresadas al sistema SIAF. En esa línea, señala que la emisión de notas de crédito es una práctica comercial para modificar comprobantes

---

<sup>15</sup> Anexo 9.26 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>16</sup> Anexo 9.27 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>17</sup> Anexo 9.28 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>18</sup> Anexo 9.29 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>19</sup> Anexo 9.31 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

emitidos anteriormente y que tiene respaldo en el Reglamento de Comprobantes de Pago.

96. Por su parte, el Consorcio alega que tributariamente no es posible emitir notas de crédito para la anulación de facturas por servicios que sí se han prestado (literal b del artículo 26 de la Ley General del IGV).
97. De lo expuesto por las partes, el Tribunal Arbitral considera pertinente remitirse a la regulación tributaria sobre comprobantes de pago, a fin de verificar si era legalmente posible emitir una nota de crédito en este caso. Al respecto, el artículo 10 del Reglamento de Comprobantes de Pago (Resolución de Superintendencia N° 007- 99/SUNAT) dispone lo siguiente:

*“Artículo 10º.- Notas de crédito y notas de débito*

*Normas aplicables a las notas de crédito y notas de débito:*

1. NOTAS DE CRÉDITO

- 1.1. Las notas de crédito se emitirán por concepto de anulaciones, descuentos, bonificaciones, devoluciones y otros.
- 1.2. Deberán contener los mismos requisitos y características de los comprobantes de pago en relación a los cuales se emitan.
- 1.3. Sólo podrán ser emitidas al mismo adquirente o usuario para modificar comprobantes de pago otorgados con anterioridad.
- 1.4. En el caso de descuentos o bonificaciones, sólo podrán modificar comprobantes de pago que den derecho a crédito fiscal o crédito deducible, o sustenten gasto o costo para efecto tributario. Tratándose de operaciones con consumidores finales, los descuentos o bonificaciones deberán constar en el mismo comprobante de pago.
- 1.5. Las copias de las notas de crédito no deben consignar la leyenda "COPIA SIN DERECHO A CRÉDITO FISCAL DEL IGV".
- 1.6. El adquirente o usuario, o quien reciba la nota de crédito a nombre de éstos, deberá consignar en ella su nombre y apellido, su documento de identidad, la fecha de recepción y, de ser el caso, el sello de la empresa.
- 1.7. Excepcionalmente, tratándose de boletos aéreos emitidos por las compañías de aviación comercial por el servicio de transporte aéreo de pasajeros, las agencias de viaje podrán emitir notas de crédito únicamente por los descuentos que, sobre la comisión que perciban, otorguen a quienes requieran sustentar gasto o costo para efecto tributario, ejercer el derecho al crédito fiscal o al crédito deducible, según sea el caso, siempre que se detalle la relación de boletos aéreos comprendidos en el descuento.
- 1.8. En el supuesto a que se refiere el inciso 1.10 del numeral 1 del artículo 7º, el vendedor está exceptuado de emitir la nota de crédito por la devolución del producto originalmente transferido.” (subrayado agregado)

98. Como se desprende de la norma citada, en el inciso 1.1. se encuentran los únicos supuestos en los que se emite las notas de crédito y no se refiere a los casos en los que las facturas estuvieran vencidas, no hubieran sido pagadas dentro del plazo, o más específicamente, los casos en los que la Entidad requiera registrarlas.
99. En efecto, el Reglamento de Comprobantes de Pago solo regula los supuestos de emisión de notas de crédito por concepto de anulaciones, descuentos, bonificaciones, devoluciones y otros. Ahora bien, la categoría “otros” tampoco se puede interpretar ampliamente al extremo de incluir cualquier supuesto, pues en diversos pronunciamientos de la autoridad tributaria se ha precisado que no es correcto emitir una nota de crédito cuando estamos ante un servicio prestado, como es el presente caso.
100. La norma contempla el supuesto de emisión de notas de crédito cuando el servicio no ha sido prestado, no cuando ya lo fue. Un ejemplo de lo anterior es el criterio seguido en la RTF N° 04211-1-2007 al establecer que:

*“De las normas glosadas se establece que la emisión de notas de crédito y la consiguiente anulación total o parcial del comprobante previamente emitido, opera por descuentos o bonificaciones obtenidos posteriores a la emisión de los mismos por devolución de bienes o de la retribución de servicio no realizado, por haberse consignado en exceso el impuesto bruto, o por haberse omitido consignar separadamente este último en el comprobante, supuestos estos últimos que dan contenido a la opción “otros” del Reglamento de Comprobantes de Pago”.*

101. En relación a los supuestos en los cuales el servicio sí se ha prestado, como es en este caso, los autores Jaime Morales y Alan Matos Barzola<sup>20</sup> señalan que es incorrecto emitir una nota de crédito:

*“Con lo antes señalado se puede concluir que la devolución de servicios es un imposible para la norma tributaria, admitiéndose como válida solamente la deducción del Débito y del Crédito fiscal de los montos restituidos por concepto de anticipos de servicios que no han sido prestados y respecto de los cuales no se ha devengado el ingreso. Por ello, es incorrecto emitir una Nota de Crédito para anular un servicio ya prestado y que por ende no puede ser materia de devolución. Similar criterio es asumido por el Tribunal Fiscal en la RTF N° 01504-1-2006.*

*Por tanto, cuando el Reglamento de Comprobante de Pago, así como la Ley del Impuesto General a las Ventas hacen referencia a anulaciones, debe entenderse que están referidos a supuestos en los cuales el servicio no se ha prestado, pues como es lógico, resulta imposible que un servicio prestado se devuelva, supuesto que sí ocurre tratándose de*

<sup>20</sup> Libro: Fiscalización Tributaria. p. 250. Ver en <https://issuu.com/adeprin/docs/fiscalizacion-tributaria/227>.

*bienes tangibles, siendo que la Nota de Crédito anula una operación comercial y no el comprobante de pago que lo sustenta, por lo que a fin de anular un comprobante de pago por prestación de servicios mediante una Nota de Crédito, se tiene que acreditar que el servicio no se prestó o en todo caso se prestó a un tercero y no a quien le emitieron el comprobante de pago, así como la devolución del dinero.”*

102. De manera más específica, en el Oficio No. 024-2000-K00000- SUNAT se ha establecido que no corresponde emitir notas de crédito ante la simple falta de pago:

*“Las notas de crédito se emiten cuando se produce una disminución del valor de las operaciones, lo cual no ocurre en el supuesto de la simple falta de pago de las cuotas en la venta de bienes muebles a plazos; no procediendo por tanto emitir notas de crédito por este sólo supuesto”.*

103. Precisamente, en este caso la Entidad no pagó dentro del plazo las facturas emitidas por el Consorcio y no podía registrarlas en el sistema por ser de fecha anterior. Entonces, la falta de pago de las facturas no justifica que se deba emitir notas de crédito.
104. Es más, la SUNAT en el Informe N° 086-2007-SUNAT/2B0000 de fecha 10 de mayo de 2007, señaló que “*No resulta válido que, debido a la reprogramación de la fecha de pago, el proveedor de la prestación de servicios al sector público nacional anule el comprobante de pago originalmente emitido y entregado, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Comprobantes de Pago*”.
105. En base a lo anterior, el Tribunal Arbitral es de la opinión que no cabe emitir una nota de crédito para anular el 100% de un servicio ya realizado y que ha sido reconocido por la propia Entidad. En tal sentido, FONDEPES no estaba facultado a exigirle al Consorcio que emita notas de crédito y presente nuevas facturas como condición para proceder con el pago de las facturas vencidas.
106. Por otro lado, cabe resaltar que el Consorcio entregó las facturas oportunamente y que este impasse con el SIAF se presentó cuando ya se encontraban vencidas; es decir, cuando la Entidad estaba en incumplimiento. Por tanto, no es justificable que esta carga sea trasladada al Consorcio.
107. Lo anterior permite concluir que la falta de pago por parte de FONDEPES no es justificable. Entonces, el Consorcio estaba legitimado para accionar los mecanismos legales correspondientes, entre ellos, la resolución del Contrato.

108. Por último, el Tribunal Arbitral ha verificado que el Consorcio cumplió con el procedimiento estipulado en el artículo 169 de Reglamento de la LCE para resolver el Contrato:

*“Artículo 169º.- Procedimiento de resolución de Contrato*

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

*Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la 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.” (Énfasis agregado)*

109. En efecto, a través de la Carta Notarial No. 5250-16<sup>21</sup> de fecha 27 de junio de 2016, el Consorcio cumplió con requerir el pago a FONDEPES. Transcurrió el plazo de 15 días y la Entidad no cumplió con realizar el pago del adicional de obra No. 9. Entonces, el Consorcio estaba habilitado para ejercer su derecho a resolver el Contrato, decisión que finalmente comunicó el 14 de julio de 2016 mediante Carta Notarial No. 5727-16<sup>22</sup>.

110. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral determina que el Contrato fue válidamente resuelto por el Consorcio el 14 de julio de 2016. Al encontrarse resuelto el Contrato, FONDEPES estaba imposibilitado de efectuar otra resolución contractual, por lo que el Tribunal Arbitral concluye que corresponde declarar inválida y dejar sin efecto la resolución del Contrato practicada por FONDEPES, a través de las Cartas Notariales N° 239-2016-FONDEPES/SG y N° 422-2016-FONDEPES/OGA, notificadas con fecha 12 de agosto del 2016.

111. En conclusión, el Tribunal Arbitral declara infundada la pretensión de FONDEPES en la que solicita la nulidad y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el Consorcio. Asimismo, declara fundada la pretensión del Consorcio sobre la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato practicada por FONDEPES.

---

<sup>21</sup> Anexo 9.31 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

<sup>22</sup> Anexo 9.32 de la demanda presentada por la Entidad (Exp. 214-16).

**B. Análisis del punto controvertido relacionado con la validez de las resoluciones de Ampliaciones de Plazo:**

*Derivado de la acumulación de pretensión de FONDEPES admitida el 31 de enero de 2019:*

*“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare nulas o inválidas las Resoluciones de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG, N° 032-2015-FONDEPES/SG, N° 015-2015-FONDEPES/SG, N° 037-2015-FONDEPES/SG, N° 055-2015-FONDEPES/SG, N° 072-2015-FONDEPES/SG, N° 086-2015-FONDEPES/SG y N° 096-2015-FONDEPES/SG.”*

*a) Posición de FONDEPES:*

112. FONDEPES señala que en la pericia sobre la liquidación presentada por el Consorcio se ha considerado los mayores gastos generales de las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 3, 4, 10, 12, 14, 16, 18 y 19. Sin embargo, la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal Acuícola del FONDEPES sostiene que no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales derivados de las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19.
113. FONDEPES solicita que se declaren nulas las resoluciones que aprobaron las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19; y para ello, invoca la causal 1 del art 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General: la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
114. En concreto, la Entidad alega que dichas resoluciones incurren en causal de nulidad por contravenir la normativa de contrataciones del estado, por vulnerar el artículo 41 de la LCE y los artículos 200 y 201 del Reglamento, los cuales establecen que solo procede la ampliación de plazo cuando se afecta la ruta crítica; y, en este caso, no fue así. Indican que el Consorcio no adjuntó a las solicitudes el diagrama de Gantt que sirve para verificar las partidas críticas afectadas.

*b) Posición del Consorcio:*

115. El Consorcio señala que en virtud del artículo 10 de la LPAG, la nulidad de un acto administrativo solo puede ser dictaminada por la propia Entidad que emitió dicho acto, no por los árbitros. Como ningún administrado ha solicitado la nulidad, el único mecanismo sería la nulidad de oficio.
116. En cuanto al fondo, el Consorcio señala que en las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 sí hubo una afectación a la ruta crítica y lo

demonstró en los anexos de cada solicitud, pues sí presentó un diagrama Gantt. Por tanto, sostiene que debe desestimarse la pretensión de la Entidad.

c) *Posición del Tribunal Arbitral:*

117. En este caso, FONDEPES solicita la nulidad de las resoluciones por las que aprobaron las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19. Como se puede advertir, la Entidad pretende anular las resoluciones que ella misma emitió. En tal sentido, al Tribunal Arbitral le corresponde analizar la validez de dichas resoluciones.
118. FONDEPES invoca la nulidad de las resoluciones en base a la causal establecida en el inciso (1) del artículo 10 de la LPAG. En primer lugar, se debe tener en cuenta que el reconocimiento de las ampliaciones de plazo se encuentra regulado en la LCE, por lo que corresponde analizar si cabe la aplicación supletoria de la LPAG. Al respecto, es pertinente traer a colación la Opinión N° 130-2018/DTN del OSCE:

*“Tal como se ha mencionado al absolver la consulta anterior, la ley N° 27444, ley del procedimiento administrativo general, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del artículo ii de su título preliminar.*

*En ese sentido, las disposiciones de la ley N° 27444 y de su respectivo texto único ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la ley y su reglamento. Por ello, el pronunciamiento de la entidad sobre las solicitudes de ampliación de plazo debe realizarse de forma expresa y conforme a lo dispuesto en el artículo 140 del reglamento.*

*3.1. Cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo -como podría serlo una actuación contractual arbitraria-, podía ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo fijado en el artículo 140 del reglamento, el cual constituía un plazo de caducidad.*

*3.2 La normativa de contrataciones del estado no ha previsto la posibilidad de que la entidad pueda declarar la nulidad del acto que resuelve la solicitud de ampliación de plazo; por lo que, de suscitarse vicios en la declaración que resuelve la solicitud de ampliación de plazo, corresponderá a cada entidad, en concordancia con su área legal, determinar si ante tal eventualidad resulta compatible la aplicación supletoria del código civil.”*

119. Conforme a la opinión citada, criterio que el Tribunal Arbitral comparte, no es de aplicación la LPAG para evaluar si la Entidad aprobó válidamente las

Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 en el marco del Contrato con el Consorcio. En caso se requiera hacer un análisis de ello, primero corresponde remitirse a la normativa de la LCE y su Reglamento. Supletoriamente, se debe analizar la aplicación del Código Civil.

120. Según la normativa de contrataciones del Estado, cualquier controversia sobre las Ampliaciones de Plazo debe ser sometida a arbitraje dentro del plazo de 15 días, tal como lo dispone el artículo 201 del Reglamento:

*“Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.”*

121. Si bien el Reglamento, en específico, no menciona las controversias en las que la misma Entidad cuestiona su propio pronunciamiento, de forma amplia la norma indica que cualquier controversia al respecto debe ser sometida a arbitraje dentro del plazo de 15 días posteriores a la decisión sobre la Ampliación de Plazo.

122. Bajo la norma anterior, si la Entidad pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las Ampliaciones de Plazo que otorgó, debió someter las decisiones a arbitraje dentro del plazo previsto. En este caso, la Resolución N° 096-2015-FONDEPES/SG que aprobó la Ampliación de Plazo No. 19 es, entre las decisiones que ahora cuestiona la Entidad, la de fecha más reciente. Fue emitida el 14 de julio de 2016 y esta pretensión de nulidad fue planteada recién el 9 de octubre de 2018; claramente, el plazo de 15 días transcurrió en exceso. En consecuencia, ha operado la caducidad y el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse sobre el fondo de esta pretensión, en el marco de la LCE y su Reglamento.

123. Por otro lado, cabe tener en cuenta que en la normativa de contrataciones con el Estado no está regulado el supuesto en el que la propia Entidad cuestiona la validez de las resoluciones que aprobaron ampliaciones de plazo. Sin embargo, el sustento de la nulidad alegada por la Entidad es que las Ampliaciones de Plazo habrían sido aprobadas en contradicción con dicha normativa, toda vez que no se habría sustentado la afectación a la ruta crítica de la Obra. En línea con la Opinión citada del OSCE, en los casos en que la Entidad cuestiona su propia decisión, supletoriamente, corresponde la aplicación del Código Civil.

124. La resolución que resuelve la Ampliación de Plazo es un acto por el cual la Entidad manifiesta su voluntad en el marco de una relación contractual. Entonces, en aplicación del Código Civil, corresponde analizar si se configura alguna causal de nulidad del art. 219, cuyo plazo para solicitarla es de hasta 10 años (art. 2001.1); o si estamos ante un supuesto de

anulabilidad del art. 221, cuyo plazo es de dos años (art. 2001.4). En este caso, el plazo para interponer la acción de anulabilidad ha expirado, mientras que el plazo para demandar la nulidad sigue vigente.

125. La Entidad solo ha sustentado la nulidad en base a la LPAG, no se ha remitido al Código Civil; por lo que no especifica en qué vicio o causal de nulidad se habría incurrido. No obstante lo anterior, el acto jurídico puede ser declarado nulo de oficio cuando la nulidad es manifiesta, de conformidad con el artículo 220 del Código Civil:

*Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el Artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.*

126. Pues bien, el Tribunal Arbitral considera que la supuesta falta de justificación sobre la afectación de la ruta crítica no se subsume en alguno de los vicios que el artículo 219 del Código Civil sanciona con nulidad:

*“Artículo 219- El acto jurídico es nulo:*

1. *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
2. *Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 1358.*
3. *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
4. *Cuando su fin sea ilícito.*
5. *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
6. *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
7. *Cuando la ley lo declare nulo.*
8. *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa<sup>23</sup>.*

127. Además, luego de analizar las Ampliaciones de Plazo cuestionadas, el Tribunal Arbitral considera que FONDEPES no ha demostrado fehacientemente la falta de afectación a la ruta crítica. Cabe resaltar que la misma Entidad aprobó dichas ampliaciones, analizó la información remitida por el Consorcio y dio su conformidad sobre la afectación a la ruta crítica. Por tanto, se requiere de pruebas contundentes del vicio que habría afectado las resoluciones que aprobaron las Ampliaciones de Plazo para proceder a desconocer las decisiones emitidas por la propia Entidad.

128. En cambio, el Tribunal Arbitral ha verificado que para emitir las resoluciones de las Ampliaciones Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 la Entidad sí evaluó y se pronunció expresamente sobre la afectación a la ruta crítica<sup>24</sup>:

---

<sup>23</sup> Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico: Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

- Ampliación de Plazo No. 1: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG. Se otorgó la ampliación por 40 días calendario, sin reconocimiento de gastos generales, por falta de disponibilidad del terreno. Esta decisión tuvo la aprobación del inspector de obras y de la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola y ambos señalan que sí se afectó la ruta crítica.
- Ampliación de Plazo No. 2: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 032-2015-FONDEPES/SG. Se otorgó la ampliación por 30 días calendario por falta de disponibilidad del terreno. Tuvo la aprobación del inspector de obras y de la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola y ambos señalan que sí se afectó la ruta crítica.
- Ampliación de Plazo No. 10: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 015-2016-FONDEPES/SG. Se otorgó la ampliación por 45 días calendario, debido a la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. En la solicitud se observa que el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica. La Supervisión estuvo a favor de la Ampliación de Plazo y señaló que el expediente presentado por el Consorcio sustenta la cuantificación del plazo.
- Ampliación de Plazo No. 12: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 037-2016-FONDEPES/SG. Se otorgó la ampliación por 25 días calendario. La causal fue la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. En su solicitud se observa que el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica. La Supervisión estuvo a favor de la Ampliación de Plazo y señaló que el expediente presentado por el Consorcio sustenta la cuantificación del plazo.
- Ampliación de Plazo No. 14: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 055-2016-FONDEPES/SG por 31 días calendario, debido a la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. El Consorcio solicitó la ampliación por 42 días. En el expediente el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica. La Supervisión estuvo a favor de otorgar la ampliación y señaló que el expediente presentado por el Consorcio sustenta la cuantificación por 42 días. Sin embargo, la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola concluyó que debía aprobarse solo por 31 días calendario.

---

<sup>24</sup> Ver anexos del escrito presentado por FONDEPES el 9 de octubre de 2018 y anexo 14-A del escrito del Consorcio de fecha 26 de febrero de 2019.

- Ampliación de Plazo No. 16: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 072-2016-FONDEPES/SG por 30 días calendario, debido a la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. En el expediente el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica y solicitó 75 días. La Supervisión estuvo a favor de otorgar la ampliación y señaló que el expediente presentado por el Consorcio sustenta la cuantificación por 75 días. Sin embargo, la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola concluyó que debía aprobarse solo por 30 días calendario.
- Ampliación de Plazo No. 18: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 086-2016-FONDEPES/SG por 27 días calendario, debido a la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. En el expediente el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica y solicitó 69 días. La Supervisión estuvo a favor de otorgar la ampliación y señaló que el expediente presentado por el Consorcio sustenta la cuantificación del plazo por 69 días. Sin embargo, la Dirección General de Inversión Pesquera Artesanal y Acuícola concluyó que debía aprobarse solo por 27 días calendario.
- Ampliación de Plazo No. 19: Aprobada por Resolución de Secretaría General N° 096-2016-FONDEPES/SG por 68 días calendario, debido a la demora en la tramitación de los permisos del uso de área acuática para realizar los trabajos. En el expediente se aprecia que el Consorcio justificó técnicamente la afectación de la ruta crítica y solicitó 68 días. La Supervisión estuvo a favor de otorgar la ampliación y señaló que en el expediente presentado por el Consorcio se sustenta la cuantificación por 68 días.

129. De lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no existe suficiente evidencia para determinar que las Ampliaciones de Plazo fueron otorgadas sin tener en cuenta la afectación a la ruta crítica. Por el contrario, se puede verificar que las Ampliaciones de Plazo se otorgaron previo análisis sobre la afectación a la ruta crítica. Por tanto, el Tribunal Arbitral desestima la falta de afectación de la ruta crítica como causal de nulidad de las resoluciones que aprobaron dichas ampliaciones.

130. En consecuencia, el Tribunal Arbitral declara que no corresponde amparar la pretensión de FONDEPES sobre la nulidad o invalidez de las Resoluciones de Secretaría General que aprobaron las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19. Lo anterior implica que en la liquidación del Contrato se deberá tener en cuenta los mayores gastos generales que se hayan reconocido en virtud de las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19, según corresponda. El Tribunal Arbitral detallará lo anterior en la sección correspondiente a la liquidación del Contrato.

**C. Análisis del punto controvertido referido al pago indebido por los trabajadores ausentes:**

*Derivado de la acumulación de pretensiones de FONDEPES admitida el 20 de febrero de 2020:*

*“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene la devolución del pago indebido del monto ascendente a la suma de S/.192,766.53 (ciento noventa y dos mil setecientos sesenta y seis y 53/100 soles), por haberse pagado por 7 profesionales propuestos en la ejecución de la obra y sólo estuvo uno de los profesionales propuestos, además de no haberse aplicado las penalidades correspondientes”.*

a) *Posición de FONDEPES:*

131. FONDEPES sostiene que la Oficina de Control Institucional realizó una Auditoría y en el Informe No. 014-2017-2-4380<sup>25</sup> da cuenta de que 6 de los 7 profesionales propuestos por el Consorcio no participaron en la Obra. Asimismo, sostiene que la Supervisión no acreditó haber realizado los controles sobre la existencia del personal propuesto, ocasionando que se exima al Consorcio del cobro de penalidades por S/. 149,625.00 y que se pague indebidamente las valorizaciones.
132. Según la Entidad, la ausencia del personal ocurrió en el periodo de diciembre de 2014 a febrero de 2016 y se puede corroborar en los asientos No. 128, 135, 137, 149, 151-200 del cuaderno de obra. El detalle del monto pagado indebidamente es el siguiente:

DESCRIPCIÓN	Presupuesto Contractual	Adicionales de Obra (N° 01, 05, 06 y 08)
GASTOS GENERALES (12.85%)	747,172.23	54,350.86
G.G. A DESCONTAR SIN I.G.V. (20.38 % DE LOS G.G.)	152,284.01	11,077.46
IGV (18%)	27,411.12	1,993.94
G.G. A DESCONTAR CON I.G.V.	179,695.13	13,071.40
Total a Descontar con I.G.V. en S/.	192,766.53	

b) *Posición del Consorcio:*

133. El Consorcio se opuso a la acumulación de la pretensión por motivos de forma y no se pronunció sobre el fondo. Señala que el tiempo transcurrido desde que habría tomado conocimiento de estos hechos y la acumulación de la pretensión es excesivo y que habría operado la caducidad.

c) *Posición del Tribunal Arbitral:*

<sup>25</sup> Anexo 3.1 del escrito de la Entidad del 5 de julio de 2019.

134. El Tribunal Arbitral admitió la acumulación de esta pretensión y desestimó los argumentos del Consorcio sobre el transcurso del tiempo entre los hechos que originan el reclamo y la acumulación de la pretensión. Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente pronunciarse sobre la caducidad.

135. La Entidad reclama la devolución del monto pagado por 6 profesionales que no estuvieron en la Obra. Ese monto fue pagado en diversas valorizaciones, por lo que solicita que se le reconozca el monto pagado en exceso así como la respectiva penalidad que debería haberse impuesto al Consorcio. Como se puede apreciar, esta discrepancia se relaciona con las valorizaciones que fueron pagadas, y al respecto, el artículo 199 del Reglamento dispone que las controversias sobre las valorizaciones se resolverán en la liquidación del Contrato:

*"Artículo 199º.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados*

*Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.*

*Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada.*

*La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.”* (Énfasis agregado)

136. En efecto, al momento de realizar la liquidación de este Contrato se deberá tener en cuenta si se debe o no reconocer el pago por los trabajadores realizado por la Entidad, así como la penalidad no impuesta. En tal sentido, corresponde considerar el plazo de caducidad que rige para las controversias sobre la liquidación. Resulta que en este arbitraje se ha sometido a discusión la liquidación del Contrato dentro de los plazos contemplados en la LCE y su Reglamento, por lo que no ha operado la caducidad.

137. Habiéndose determinado que no ha operado la caducidad para los conceptos reclamados en esta pretensión, el Tribunal Arbitral procederá a pronunciarse sobre el fondo de este reclamo. Al respecto, cabe resaltar que el Consorcio no ha emitido un descargo sobre los hechos y pruebas presentadas por la Entidad, pues sus alegatos solo fueron sobre la caducidad y no orientados a rebatir el fondo.

138. En el Informe de Auditoría No. 014-2017-2-4380<sup>26</sup> se muestra que 6 de los 7 trabajadores propuestos no participaron en la ejecución de la Obra. Además, en los Asientos No. 128, 135, 137, 149, 151, 152, 160, 165, 173, 175, 182 y 200 se observa que el supervisor requiere al personal profesional propuesto por el Consorcio. Por ejemplo, en el Asiento No. 149 del 16 de mayo de 2015<sup>27</sup> el supervisor reiteró al Consorcio que el personal profesional señalado en su propuesta técnica es de 7 profesionales: 1 ingeniero residente, 1 ingeniero asistente, 1 ingeniero de seguridad a tiempo completo y los demás a tiempo parcial. Asimismo, indicó que debía cumplir con lo señalado en su propuesta técnica.
139. De la revisión de las pruebas, el Tribunal Arbitral puede concluir que, efectivamente, durante la ejecución de la Obra no estuvieron presentes 6 de los 7 profesionales que el Consorcio ofreció en su propuesta técnica. Al respecto, el Consorcio tampoco ha justificado la ausencia de esos trabajadores. Ello implica que en las valorizaciones la Entidad pagó indebidamente por los 6 trabajadores y es un monto que debe ser ajustado para efectos de la liquidación del Contrato.
140. En relación a la cuantificación del dinero pagado de más en las valorizaciones, la Entidad ha identificado el componente en las valorizaciones y obtuvo el monto por los 6 trabajadores. El pago de los 6 profesionales se realiza a través de los gastos generales en las valorizaciones de las obras. En el desagregado de los gastos generales se encuentran los gastos generales variables y el ítem I corresponde al personal profesional propuesto. La Entidad ha determinado que el costo de los 6 profesionales ausentes representa el 20.38% del total de los gastos generales.
141. El Tribunal Arbitral ha revisado los cálculos realizados por la Entidad y se encuentra conforme con ellos. Aplicando el 20.38% al total de los gastos generales pagados en cada una de las 15 valorizaciones se obtiene que la Entidad pagó en exceso S/. 179,965.13 soles<sup>28</sup> correspondiente al presupuesto contractual original. También, se aplica el 20.38% a los gastos generales pagados en las valorizaciones de los Adicionales de Obra No. 1, 5, 6 y 8, cuyo monto asciende a S/. 13,071.40 soles<sup>29</sup>. En total se obtiene que la Entidad pagó indebidamente por 6 profesionales la suma de S/.192,766.53 soles, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro resumen presentado por FONDEPES:

<sup>26</sup> Anexo 3.1 del escrito de la Entidad del 5 de julio de 2019.

<sup>27</sup> Anexo 3.6 del escrito de la Entidad del 4 de julio de 2019.

<sup>28</sup> Ver el detalle de los cálculos en la pág. 16 del escrito de la Entidad del 4 de julio de 2019.

<sup>29</sup> Ver el detalle de los cálculos en la pág. 17 del escrito de la Entidad del 4 de julio de 2019.

DESCRIPCIÓN	Presupuesto Contractual	Adicionales de Obra (N° 01, 05, 06 y 08)
GASTOS GENERALES (12.85%)	747,172.23	54,350.86
G.G. A DESCONTAR SIN I.G.V. (20.38 % DE LOS G.G.)	152,284.01	11,077.46
IGV (18%)	27,411.12	1,993.94
G.G. A DESCONTAR CON I.G.V.	179,695.13	13,071.40
Total a Descontar con I.G.V. en S/.	192,766.53	

142. Adicionalmente, la Entidad solicita el pago de la penalidad no impuesta por haberse incumplido con la obligación de mantener al personal profesional propuesto. A efectos de determinar si corresponde aplicar alguna penalidad, el Tribunal Arbitral se remitirá a la regulación pactada en el Contrato. Precisamente, en la cláusula décimo cuarta se estableció lo siguiente:

#### CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del monto del ítem vigente que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.15 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Esta penalidad será deducida en la liquidación final, o si fuese necesario, se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

La justificación por el retraso se sujetará a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

#### OTRAS PENALIDADES:

Permanencia de la Residencia:

Por día de ausencia injustificada del Residente de obra 300 soles

Permanencia del personal propuesto diferente al Residente de obra:

Por día de ausencia injustificada previo a ser requerida su presencia en obra por la Entidad o la supervisión 150 soles

Cuaderno de obra:

Por hora de ausencia de cuaderno de obra (en la obra ) 50 soles  
Por día de retraso en el llenado del cuaderno de obra 50 soles

Valorización de obra:

Por día de atraso en la entrega de valorizaciones de obra 200 soles

143. Como se puede apreciar, la ausencia del personal propuesto diferente al residente de obra se encuentra en la categoría de otras penalidades y la penalidad por día de ausencia es de 150 soles. Entonces, ante el incumplimiento del Consorcio la Entidad podía aplicar la respectiva penalidad.

144. En el Informe de Auditoría No. 014-2017-2-4380<sup>30</sup> se da cuenta de que el personal de la Entidad no exigió el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio respecto a los profesionales propuestos ni con aplicar la respectiva penalidad en su oportunidad. Pues bien, considerando que se configuró el incumplimiento y que el Contrato lo sanciona con una penalidad, corresponde que el Tribunal Arbitral aplique la penalidad pactada y tenga en cuenta dicho monto a efectos de la liquidación.

145. Sobre el monto de la penalidad, la Entidad ha calculado la penalidad en la suma de S/. 149,625.00 soles por la ausencia de los 6 profesionales propuestos. El detalle del cálculo se encuentra en la página 131 del Informe No. 014-2017-2-4380<sup>31</sup>:

**CUADRO N° 26  
PENALIDADES POR AUSENCIA DE PROFESIONALES PROPUESTOS**

Ítem	Nombres	Porcentaje participación en obra (a)	Penalidad diaria (b)	Tiempo (Tiempo participación/ 12 meses) (c)	Penalidad total: meses diciembre 2014, enero a diciembre 2015 y enero y febrero 2016 S/
1	Juan Epifanio Vargas Valverde - Gerente de Obra y/o Proyecto	0.50	150.00	83%	28,125.00
2	Nahún Zevallos Candia - Asistente de Residente de Obra	1.00	150.00	83%	56,250.00
3	Javier Francisco Taipe Carabal - Especialista en Estructuras	0.70	150.00	50%	23,625.00
4	Enrique Francisco Luján Silva - Especialista en Mecánica de Suelos	0.20	150.00	17%	2,250.00
5	Juan Alberto Asto Vásquez- Especialista en Seguridad de Obra	0.40	150.00	83%	22,500.00
6	Oscar Milciades Saldaña Casanova - Administrador de Obra	0.30	150.00	83%	16,875.00
Total					149,625.00

146. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con la cuantificación de la penalidad realizada por la Entidad. Además, se le otorgó al Consorcio la oportunidad de pronunciarse sobre ello y no emitió ningún comentario en relación con el cálculo realizado, por lo que no hay discrepancia entre las partes.

147. En consecuencia, el Tribunal Arbitral ordena (i) al Consorcio devolver a la Entidad la suma de S/. 179,965.13 soles por concepto de pago indebido por 6 trabajadores ausentes en la Obra y (ii) aplicar la penalidad cuyo monto

<sup>30</sup> Anexo 3.1 del escrito de la Entidad del 5 de julio de 2019.

<sup>31</sup> Anexo del escrito de la Entidad del 7 de octubre de 2021.

asciende a S/. 149,625.00 soles. Cabe precisar que ambos montos serán considerados en la liquidación de Contrato.

148. De lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara fundada la pretensión de FONDEPES sobre el pago indebido a 6 trabajadores ausentes y la imposición de la respectiva penalidad.

**D. Análisis de los puntos controvertidos sobre la liquidación del Contrato:**

*Derivado de la ampliación de pretensiones de FONDEPES del 20 de diciembre de 2016 (Exp. S-214-2016/SNA-OSCE):*

*“Determinar si corresponde o no declarar nula y/o dejar sin efecto y/o inválida la Liquidación del Contrato presentada por el contratista mediante Carta N° 048-2016-CT.”*

*a) Posición de FONDEPES:*

149. Mediante carta No. 048-2016-CT, el Consorcio remitió a FONDEPES la liquidación del Contrato. FONDEPES solicita que se declare que la liquidación presentada por el Consorcio es nula, inválida o ineficaz.
150. La posición de FONDEPES consiste en que en virtud del artículo 211 del Reglamento de la LCE, no procede la liquidación del Contrato mientras existan controversias por resolver.

*b) Posición del Consorcio:*

151. En la Resolución No. 7 del 8 de febrero de 2018, se dejó constancia de que el Consorcio no contestó esta pretensión. El Consorcio estableció su posición al fundamentar sus pretensiones sobre la liquidación.

*c) Posición del Tribunal Arbitral:*

152. Según el artículo 211 del Reglamento de la LCE, procede la liquidación del Contrato cuando todas las controversias están resueltas:

#### **Artículo 211º.- Liquidación del Contrato de Obra**

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

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

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

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

153. Considerando que a la fecha de la presentación de la liquidación elaborada por el Consorcio existían controversias pendientes de resolver, no correspondía presentar la liquidación ni dar trámite a la misma. Por tanto, el Tribunal Arbitral declara inválida la liquidación presentada por el Consorcio, mediante carta N° 048-2016-CT.
154. Cabe precisar que el Tribunal Arbitral no está descartando ni analizando los conceptos de la liquidación realizada por el Consorcio. Esa propuesta la tendrá en cuenta al pronunciarse sobre la liquidación del Contrato.
155. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara fundada la pretensión de FONDEPES sobre la liquidación realizada por el Consorcio. En consecuencia, se declara inválida la liquidación presentada por el Consorcio, mediante carta N° 048-2016-CT.

*Derivado de la demanda del Consorcio del 20 de diciembre de 2016 (Exp. S239-2016/SNA-OSCE):*

*“Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/ 1'804,657.86 más el IGV y los intereses que*

*se devenguen hasta su fecha efectiva de pago, por concepto de Liquidación de Obra.”*

*Derivado de la acumulación de pretensión del Consorcio admitida el 10 de setiembre de 2018:*

*“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga y determine la Liquidación del Contrato, disponiendo el reconocimiento y pago de los montos que correspondan a favor del Consorcio.”*

a) *Posición del Consorcio:*

156. El Consorcio primero planteó una pretensión solicitando que se reconozca y pague la suma de S/. 1'804,657.86 soles más IGV e intereses por concepto de liquidación del Contrato.
157. El Consorcio señala que luego de la resolución contractual efectuada por incumplimiento de FONDEPES, procedió de acuerdo a lo señalado en los artículos 209 y 211 del Reglamento de la LCE. Al respecto, el Consorcio señala que la existencia de controversias relacionadas a la resolución del Contrato no impide que se pueda elaborar la liquidación de la Obra.
158. Los conceptos reclamados en la liquidación elaborada por el Consorcio son: prestaciones adicionales ejecutadas sin autorización de la entidad, presupuestos deductivos sin autorización de la entidad, mayores gastos generales por ampliaciones de plazo autorizadas por la entidad, lucro cesante como consecuencia de la resolución del contrato por causa atribuible a la entidad, e intereses.
159. El Consorcio presentó una pericia de parte para comprobar y/o determinar el monto de la liquidación: "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES", elaborado por LLV Consultores.
160. De manera posterior, el Consorcio solicitó que el Tribunal Arbitral disponga y determine la liquidación del Contrato, teniendo en cuenta los reclamos del Consorcio.

b) *Posición de FONDEPES:*

161. FONDEPES señala que según lo establecido en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no procede la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

c) *Posición del Tribunal Arbitral:*

162. Hasta este punto del presente laudo, el Tribunal Arbitral ha emitido pronunciamiento sobre la resolución del Contrato, las ampliaciones de plazo y el pago indebido por los 6 trabajadores ausentes, de modo que la única controversia que queda pendiente es la referida a la liquidación del Contrato, pues según la normativa de contrataciones con el Estado mientras existan controversias pendientes no se puede realizar la liquidación.
163. A fin de emitir pronunciamiento sobre la liquidación del Contrato, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta que durante el arbitraje el Consorcio ha ido ajustando el monto que reclama como saldo a favor en la liquidación. Asimismo, se tiene en consideración las observaciones realizada por la Entidad sobre la liquidación del Contrato.
164. Respecto a la posición del Consorcio, cabe resaltar que la propia pericia de parte arroja un saldo inferior al monto de S/. 1'804,657.86 soles, más IGV y los intereses.
165. A continuación, se expone un resumen de las críticas realizadas por el perito a la liquidación inicialmente presentada por el Consorcio:
- La pericia determinó que el cálculo realizado por el Consorcio tenía errores. Por ejemplo, el uso de conceptos no sustentados y error de cálculo por uso incorrecto de los índices de ajustes de precios.
  - El perito observa que el monto total de obra “ejecutado” se confunde con el “autorizado”. Se define unos deductivos no autorizados por la Entidad para representar los metrados no ejecutados, sin tener relación con los soportes de metrados sustentados (valorizaciones debidamente aprobadas por el Supervisor). También señala que el lucro cesante no puede formar parte del cálculo, pues está en litigio la resolución del contrato.
  - La pericia realizó el cálculo de la liquidación y obtuvo un monto a favor del Consorcio por S/. 1,052,221.00 (con IGV).
166. Considerando que incluso la pericia de parte arroja como saldo de la liquidación un monto menor al reclamado inicialmente por el Consorcio, corresponde desestimar que la Entidad reconozca y pague la suma de S/ 1'804,657.86 más el IGV más intereses por concepto de Liquidación de Obra. En tal sentido, es infundada la pretensión del Consorcio consistente en el pago de la suma mencionada.
167. Ahora bien, antes de proceder a realizar la liquidación del Contrato, el Tribunal Arbitral determinará los conceptos que deben considerarse. Para ello se tendrá en cuenta los montos que se han reconocido al resolver las

pretensiones anteriores y los conceptos en los que las partes discrepan sobre la liquidación:

Conceptos reconocidos en las pretensiones anteriores:

168. Considerar a favor de la Entidad el pago en exceso de los trabajadores ausentes, así como la penalidad: S/.192,766.53 pagado en exceso y S/. 149,625.00 soles por penalidad.
169. Se debe tener en cuenta que no se han anulado las resoluciones que aprobaron las Ampliaciones de Plazo No 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19. Por tanto, la liquidación debe reflejar los conceptos por mayores gastos generales que correspondan.

Conceptos que el Consorcio reclama en la liquidación:

170. Prestaciones adicionales N° 10 y N° 12 ejecutadas sin autorización de la Entidad: El Consorcio reclama los montos de S/. 465,412.85 y S/. 219,302.05 por la ejecución de adicionales no aprobados, así como las sumas de S/. 43,686.51, más el IGV y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por conceptos de reintegros por las prestaciones adicionales No. 10 y No. 12.
171. En este caso, el Tribunal Arbitral advierte que estamos ante trabajos realizados por el Consorcio y que no contaron con la aprobación de la Entidad, pues no se aprobaron los respectivos Adicionales No. 10 y No. 12. Por ello, el Consorcio reclama en la liquidación bajo la figura del enriquecimiento sin causa: i) Por un lado, existen prestaciones efectivas indispensables para culminar la Obra y llevadas a cabo por el Consorcio, cuya ejecución implicó el pago de un mayor precio; y ii) Dichas prestaciones –que han enriquecido a la Entidad– no han sido pagadas por ésta, por lo que se ha generado un enriquecimiento por parte de la Entidad en desmedro patrimonial del Consorcio.
172. Al respecto, la Entidad sostiene que no llegó a aprobar dichos adicionales y que luego se produjo la resolución del Contrato. Además, la Entidad sostiene que con esos adicionales se superaría el 15% de incidencia del Contrato y se requería la aprobación de la Contraloría General de la República.
173. Los trabajos deben ejecutarse siguiendo el Contrato y la normativa sobre contrataciones con el Estado. En ese sentido, si la obra requiere la realización de mayores trabajos, se debe seguir los mecanismos legales establecidos, en específico, solicitar la aprobación de un adicional de obra.
174. Resulta que en este caso no se llegó a aprobar el Adicional No. 10 ni No. 12, por lo que el Consorcio no debió ejecutar mayores trabajos sin contar

previamente con la respectiva autorización. Si el Tribunal Arbitral reconociera vía la figura del enriquecimiento sin causa el costo de esos trabajos, indirectamente, estaría reconociendo adicionales que no fueron aprobados y sin seguir el procedimiento establecido en la normativa.

175. Por tanto, en la liquidación no corresponde reconocer las sumas reclamadas por el Consorcio por los Adicionales No. 10 y No 12.
176. Presupuestos deductivos sin autorización de la Entidad: El Consorcio solicita que en la liquidación se tenga en cuenta los siguientes montos por concepto de presupuestos deductivos:
  - No. 2: S/. 558,603.71
  - No. 3: S/. 458,142.90
  - No. 4: S/. 19,272.59
  - No. 5: S/. 177,420.66
  - No. 6: S/. 611,594.11
177. Al respecto, la Entidad señala que, siendo el Contrato a precios unitarios, en la liquidación de la obra se tomará en cuenta los metrados ejecutados y que cuenten con la aprobación de la Entidad, no siendo necesario que se apruebe los deductivos que solicita el Consorcio.
178. El Tribunal Arbitral considera que estos montos no deben ser contabilizados como deductivos, pues no obtuvieron la autorización de la Entidad, pero sí deben tenerse en cuenta para determinar los metrados ejecutados de la Obra. De hecho, el perito al elaborar la liquidación también estima que esos montos no se pueden relacionar como deductivos.
179. Lucro cesante por la resolución del contrato: El Consorcio reclama por este concepto la suma de S/. 102,701.81 soles.
180. Dicho monto equivale al 50% de la utilidad dejada de percibir por la resolución contractual por culpa de la Entidad, conforme con lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento de la LCE.
181. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que al haberse declarado válida la resolución contractual practicada por el Consorcio, corresponde que se le reconozca el lucro cesante en la liquidación. En relación al cálculo de ese concepto, el Tribunal Arbitral se remite a lo determinado por el perito, por lo que el monto que se debe considerar es de S/. 98,444.81 soles más IGV.
182. Intereses por mora: El Tribunal Arbitral estima adecuado considerar los intereses por mora de las valorizaciones Nº 16, Nº 17 y Nº 18 y la valorización No. 1 del Adicional Nº 9. Además, cabe resaltar que la Entidad

reconoció que no se pagaron esas valorizaciones y que los respectivos intereses por mora se deben calcular en la liquidación.

183. Penalidades: Debido a que se ha determinado que la resolución del Contrato fue por causa de la Entidad, no corresponde la aplicación de penalidades por resolución del Contrato al Consorcio. Sin perjuicio de lo anterior, la única penalidad que se debe tener en cuenta es la de S/. 149,625.00 soles por la ausencia de los trabajadores propuestos.
184. Teniendo en cuenta los conceptos señalados previamente, se debe realizar la liquidación definitiva del Contrato. En este arbitraje, ambas partes han presentado sus respectivas versiones de la liquidación del Contrato; pero el Tribunal Arbitral advierte que ninguna de ellas se ajusta completamente a lo dictado en el presente laudo, puesto que varios de los conceptos estaban en litigio y recién han sido objeto de pronunciamiento.
185. No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral ha analizado ambas liquidaciones, así como las respectivas observaciones y considera que la liquidación presentada en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES", elaborado por LLV Consultores tiene un buen sustento técnico sobre las cuestiones discutidas en este arbitraje y sirve de base para efectuar la liquidación definitiva del Contrato.
186. En efecto, se observa que el perito ha corregido las imprecisiones del Consorcio en la liquidación que presentó a la Entidad, ha tenido en cuenta las observaciones realizadas por la Entidad en el Informe N° 101-2016-FONDEPES/DIGENIPAA/AOEM, y ha acogido algunas de las observaciones de la Entidad.
187. En tal sentido, el Tribunal Arbitral toma de base la liquidación efectuada por el perito y procederá a señalar los ajustes necesarios:

LIQUIDACION PARCIAL DEL CONTRATO PRINCIPAL DE OBRA

Obra :

ARTESANAL EN LA LOCALIDAD DE MORRO SAMA, DISTRITO DE SAMA,  
REGION TACNA  
Nº 05-2014-FONDEPES EN EL MARCO DE LA LEY N° 30191  
Contratista : CONSORCIO TACNA  
Perito: LLV Consultores SAC.

**L EJECUTADO Y PAGADO****1.1.0 EJECUTADO****1.1.1 Contrato Principal**

Contrato Principal Valorizado, aprobado por Supervisión  
Relacionados en contrato principal, no ejecutados

Adicional N° 01

**Según Contratista** según LLV  
**S/. 8.688.022,87**

S/. 7.711.762,62  
-S/. 848.746,77

Adicional N° 05

S/. 88.913,62  
S/. 209.244,29

Adicional N° 06

S/. 41.288,19  
S/. 41.288,19

Adicional N° 08

S/. 183.327,70  
S/. 183.327,70

Adicional N° 09

S/. 261.381,25  
S/. 261.381,25

Adicional N° 10

S/. 465.412,85  
[1]

Adicional N° 12

S/. 219.302,05  
[1]

Deductiva N° 01

-S/. 11.414,25  
[2]

Deductiva N° 02

-S/. 558.603,71  
[3]

Deductiva N° 03

-S/. 458.142,90  
[3]

Deductiva N° 04

-S/. 19.272,59  
[3]

Deductiva N° 05

-S/. 177.420,66  
[3]

Deductiva N° 06

-S/. 611.590,55  
[3]

(1) Montos sujetos a confirmación. No incluidos en el cálculo de esta liquidación.

(2) Monto que solo combina el monto total del contrato, no lo ejecutado en obra.

(3) montos que no se pueden relacionar como deductivos, porque son saldo a ejecutar para otra de obra.

**1.1.2 Reintegros Netos****Contrato Principal****Según Contratista** según LLV**583.668,87 598.262,29**

Adicional N° 01

3.302,19 2.428,91

Adicional N° 05

5.649,60 5.649,60

Adicional N° 06

619,32 619,32

Adicional N° 08

11.916,30 11.916,30

Adicional N° 09

20.649,12 20.649,12

Adicional N° 10

43.686,51 [1]

Adicional N° 12

19.298,58 [1]

(1) Montos sujetos a confirmación. No incluidos en el cálculo de esta liquidación.

**1.1.3 Mayores Gastos Generales****588.694,36 499.797,91****8.786.494,34****1.1.5 I.G.V. (18%)****1.581.568,98****TOTAL 10.368.063,32****1.2.0 PAGADO****1.2.1 Contrato Principal****6.968.763,80**

Adicional N° 01

73.062,08

Adicional N° 05

209.244,28

Adicional N° 06

41.288,20

Adicional N° 08

183.327,70

Adicional N° 09

0,00

**1.2.2 Reintegros Netos****Contrato Principal****413.675,85**

Adicional N° 01

1.275,77

Adicional N° 05

5.231,11

Adicional N° 06

1.857,97

Adicional N° 08

11.182,99

Adicional N° 09

0,00

**1.2.3 Mayores Gastos Generales****7.905.193,81****1.2.5 I.G.V. (18%)****1.422.934,89****9.328.128,70****SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA**

- En efectivo

**881.300,53****SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA**

- I.G.V.

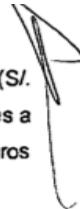
**158.634,09**

188. En primer lugar, se debe tener en cuenta que el perito reconoció expresamente que se debe realizar un ajuste al monto de los reintegros. En el escrito de absolución de fecha 19 de junio de 2018, FONDEPES realizó la

siguiente observación, y el perito, en el escrito del 24 de julio de 2018, manifestó su conformidad con la observación

**El punto 17.e de la absolución de FONDEPES:**

- e) El perito al descontar la sobrevaloración considerado por él en S/. 848,746.77 sin IGV, (S/. 7'711,762.62 – S/. 6'862,988.38), debió también descontar los reintegros correspondientes a este monto, lo cual no lo ha realizado conllevando a un error en el cálculo de sus reintegros netos.



**Respuesta de LLV al punto 17. e del Absolución de FONDEPES:**

Estamos de acuerdo con lo indicado por la Entidad en este punto. En la liquidación final que se practique se debe considerar esto.

189. El Tribunal Arbitral resalta que solicitó al Consorcio que realizara el respectivo ajuste, teniendo en cuenta lo indicado por el perito, y no obtuvo respuesta alguna. En efecto, en la Resolución No. 37 el Tribunal Arbitral solicitó al Consorcio que pidiera al perito calcular el monto correcto de reintegros y, en función a ello, actualizar el saldo final de la liquidación realizada por LLV Consultores. No obstante, en la Resolución No. 38 se dejó constancia de que el Consorcio no cumplió con presentar lo requerido por el Tribunal Arbitral.
190. En tal sentido, el Tribunal Arbitral ordena que al momento de efectuar la liquidación definitiva se realice la corrección siguiendo el criterio señalado por la Entidad en el punto 17.e del escrito de absolución del 19 de junio de 2018, el cual además obtuvo la validación del perito del Consorcio.

**Conceptos reconocidos en el Laudo:**

191. Reconocer a favor de la Entidad el pago en exceso de los trabajadores ausentes, así como la penalidad: S/.192,766.53 y S/. 149,625 soles. Estos conceptos no se han incluido en la liquidación elaborada por el perito, así que deben ser agregados en la liquidación definitiva.
192. Sobre los mayores gastos generales por las Ampliaciones de Plazo: Para determinar el monto correcto en la liquidación, se debe tener en cuenta que no se han anulado las resoluciones que aprobaron las Ampliaciones de Plazo No. 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 por lo que sí es correcto que la liquidación refleje los conceptos por mayores gastos generales que correspondan.
193. En efecto, de conformidad con el artículo 202º del Reglamento de la LCE, las ampliaciones de plazo generan el pago de mayores gastos generales variables, los cuales se calculan multiplicando el número de días de la ampliación por el gasto general variable diario:

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

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

*Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.” (énfasis agregado)*

194. Al respecto, el Tribunal Arbitral observa que en la liquidación elaborada por el perito, se ha considerado los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo que fueron aprobadas hasta la fecha de la resolución del Contrato, es decir, la resolución practicada por el Consorcio. El Tribunal Arbitral comparte dicho criterio y el método aplicado por el perito, por lo que a continuación detallará los montos por cada ampliación de plazo:

- Ampliación de plazo No. 1: En la Resolución de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG se aprobó por 40 días y sin reconocimiento de mayores gastos generales. Sin embargo, posteriormente, el Consorcio solicitó una aclaración sobre el pago de los mayores gastos generales. Ante la consulta, FONDEPES indicó que el pago de los gastos generales por la Ampliación de Plazo No. 1 están sujetos a acreditación. Como se puede observar, la Entidad no descartó que se pueda reconocer los mayores gastos generales por dicha ampliación, solo los condicionó a que estén debidamente acreditados. Ello consta en la Carta No. 295-2015-FONDEPES/DIGENIPA del 6 de abril de 2015<sup>32</sup>:

---

<sup>32</sup> Anexo 4.6 del escrito de contestación de pretensión acumulada, presentado por la Entidad el 9 de octubre de 2018 (exp. 214-2016 consolidado).

<b>Asunto</b>	: Aclaración sobre el pago de mayores gastos generales derivados de ampliación de plazo N° 01 de la obra: "Mejoramiento de los Servicios del Desembarcadero Pesquero en la Localidad de Morro Sama, Distrito de Sama, Provincia de Tacna, Región Tacna", RESOLUCIÓN DE SECRETARIA GENERAL N° 004-2015 FONDEPES/SG.
<b>Referencia</b>	: a) CARTA N° 016-2015-CT b) CARTA N° 039-2015-FONDEPES/SG.

Es grato dirigirme a usted, para manifestarle lo siguiente:

1. Mediante carta de la ref. b), FONDEPES manifiesta que el pago de los gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 01, corresponden previa acreditación o sustentación de los mismos.
2. Está en proceso el procedimiento de CONCILIACION, interpuesto representada sobre la RESOLUCIÓN N° 004-2015-FONDEPES/SG, que es la resolución donde se aprueba la ampliación de plazo, estamos a la espera del resultado de este procedimiento.

De la evaluación a su solicitud de aclaración de pago de mayores gastos generales variables derivados de ampliación de plazo N° 01, se informa que FONDEPES mantiene que PAGO de los Gastos Generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 01, corresponde previa acreditación o sustentación de los mismos.

Conforme al segundo párrafo del artículo 202 del Reglamento de la LCE, solo se requiere que los mayores gastos generales estén debidamente acreditados cuando la ampliación de plazo fue ocasionada por la paralización total de la obra. Tal como se indicó previamente, ese no es el supuesto aplicable en este caso. Entonces, se aplica la regla del primer párrafo: *las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario.*

Adicionalmente, se tiene en cuenta que la Entidad, al manifestar su posición, no ha argumentado que se deba excluir los mayores gastos generales de esta ampliación. Sus argumentos se relacionan con la nulidad de esta ampliación de plazo y/o que los mayores gastos generales debían estar acreditados; y ambas alegaciones fueron desestimadas por este Tribunal Arbitral.

De hecho, en el Informe No. 113-2016-FONDEPES-DIGENIPAA-AOEM-dvaella de fecha 14 de diciembre de 2016, por el cual la Entidad comenta las observaciones que formuló a la liquidación presentada por el Consorcio, se señala que podría otorgarse los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo No. 1:

- 2.2.4 El análisis del coordinador de obra Ing. Dante Vaella, es subjetivo y carente de sustento; pues no es necesario acreditar mayores gastos generales derivados de ampliaciones de plazo.  
El Artículo 202 del RLCE, establece que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos e prestaciones adicionales de obra.

**Respuesta:**

Con respecto a los mayores gastos generales, se menciona que el Consorcio Tacna mediante CARTA N°81-2015-CT, de fecha 17/12/2015, copia que se anexa al presente, ha renunciado, de forma expresa, libre y voluntaria, a los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N°04; no obstante, en relación a las Ampliaciones de Plazo N°01 (por 40 días calendario, aprobado con RSG N°004-2015-FONDEPES/SG), N°02 (por 30 días calendario, aprobado con RSG N°032-2015-FONDEPES/SG), N°04 (por 48 días calendario, aprobado con RSG N°118-2015-FONDEPES/SG), N°10 (por 45 días calendario, aprobado con RSG N°015-2016-FONDEPES/SG), N°12 (por 25 días calendario, aprobado con RSG N°037-2016-FONDEPES/SG), N°14 (por 31 días calendario, aprobado con RSG N°055-2016-FONDEPES/SG), N°16 (por 30 días calendario, aprobado con RSG N°072-2016-FONDEPES/SG), N°18 (por 27 días calendario, aprobado con RSG N°086-2016-FONDEPES/SG) y N°19 (por 68 días calendario, aprobado con RSG N°096-2016-FONDEPES/SG), podría otorgarse, dependiendo de cada caso, el reconocimiento de mayores gastos generales variables, según el artículo 202º del RLCE, previa opinión legal correspondiente de la Oficina General de Asesoría Jurídica del FONDEPES.

En base a lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" considerara los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 1.

- Ampliación de plazo No. 2: En la Resolución de Secretaría General N° 032-2015-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 30 días, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales por los 30 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 2.
- Ampliación de plazo No. 10: En la Resolución de Secretaría General N° 015-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 45 días calendario, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales por los 45 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 10.
- Ampliación de plazo No. 12: En la Resolución de Secretaría General N° N° 037-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 25 días calendario, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores

gastos generales por los 25 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 12.

- Ampliación de plazo No. 14: En la Resolución de Secretaría General N° 055-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 31 días calendario, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales por los 31 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 14.
- Ampliación de plazo No. 16: En la Resolución de Secretaría General N° 072-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 30 días calendario, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales por los 30 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 16.
- Ampliación de plazo No. 18: En la Resolución de Secretaría General N° 086-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 27 días calendario, por lo que corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales por los 27 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que sí es correcto que en el perito en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" incluya los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 18.
- Ampliación de plazo No. 19: En la Resolución de Secretaría General N° 096-2016-FONDEPES/SG se otorgó la ampliación por 68 días calendario, a partir del 28 de mayo de 2016. Sin embargo, el Contrato quedó resuelto el 14 de julio de 2016, por lo que corresponde que solo se reconozcan los mayores gastos generales por los días transcurridos hasta la resolución del Contrato, es decir, 48 días. En tal sentido, el Tribunal Arbitral está de acuerdo con el cálculo realizado en el "Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES" respecto de los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 19.

195. Cabe precisar que en la liquidación no se debe incluir los mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 3 porque esta fue denegada por la Entidad. Tampoco los gastos generales de la Ampliación de Plazo No. 4, toda vez que por carta N° 81-2015-CT del 17 de diciembre de 2015 el Consorcio renunció a ellos, tal como se da cuenta en el Informe N° 113-2016-FONDEPES-DIGENIPAA-AOEM-dvaella del 14 de diciembre de 2016.
196. Considerando los criterios expuestos, se obtiene que el monto total por los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo es de S/. 499,797.91 soles. El detalle del cálculo se aprecia en el cuadro resumen elaborado por el perito en la página 29 del “Informe Pericial sobre revisión cálculo de Liquidación de obra presentada por el Consorcio Tacna a FONDEPES”:

CÁLCULO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES Y SU REAJUSTE										
AMPLIACIÓN DE PLAZO		RESOLUCIÓN		S	P	lo	lr	r	c	GGR
NO	MES									
1	dic-14	RESOLUCIÓN N° 004-2015-FONDEPES/SG		2.299,74	27,00	400,34	404,87	1,011	1,00	2.325,04
	ene-15			2.299,74	13,00	400,34	405,56	1,013	1,00	72.218,74
				2.299,74		400,34		-	1,00	-
2	ene-15	RESOLUCIÓN N° 032-2015-FONDEPES/SG		2.299,74	19,00	400,34	405,56	1,013	1,00	51.252,01
	feb-15			2.299,74	11,00	400,34	406,79	1,016	1,00	18.692,29
3		CARTA N° 026-2015-CT, Consentimiento AP 03		2.299,74		400,34		-	1,00	
				2.299,74		400,34		-	1,00	
4		RESOLUCIÓN N° 118-2015-FONDEPES/SG		2.299,74		400,34		-	1,00	-
				2.299,74		400,34		-	1,00	-
10	dic-15	RESOLUCIÓN N° 015-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	10,00	400,34	422,67	1,056	1,00	7.285,58
	ene-16			2.299,74	31,00	400,34	424,25	1,060	1,00	75.569,46
	feb-16			2.299,74	4,00	400,34	424,99	1,062	1,00	26.865,56
12	feb-16	RESOLUCIÓN N° 037-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	25,00	400,34	424,99	1,062	1,00	46.404,16
				2.299,74		400,34		-	1,00	-
14	mar-16	RESOLUCIÓN N° 055-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	31,00	400,34	427,53	1,068	1,00	61.403,06
				2.299,74		400,34		-	1,00	-
16	abr-16	RESOLUCIÓN N° 072-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	30,00	400,34	427,58	1,068	1,00	58.946,94
				2.299,74		400,34		-	1,00	-
18	may-16	RESOLUCIÓN N° 086-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	27,00	400,34	428,47	1,070	1,00	19.685,77
19	may-16	RESOLUCIÓN N° 096-2016-FONDEPES/SG		2.299,74	4,00	400,34	428,47	1,070	1,00	19.685,77
	Jun-16			2.299,74	30,00	400,34	429,07	1,072	1,00	19.722,57
	Jul-16			2.299,74	14,00	400,34	429,42	1,073	1,00	19.740,97
										S/. 499.797,91

197. En vista que el monto por mayores gastos generales derivados de las Ampliaciones de Plazo N° 1, 2, 10, 12, 14, 16, 18 y 19 ya se han incluido en la liquidación elaborada por el perito, no corresponde hacer algún ajuste.

Prestaciones adicionales N° 10 y N° 12 ejecutadas sin autorización de la Entidad: Este concepto fue desestimado, así que no corresponde contabilizar monto alguno en la liquidación. Estos conceptos no se han incluido en la liquidación elaborada por el perito, por lo que no se requiere realizar ajuste alguno.

198. Presupuestos deductivos sin autorización de la Entidad: El perito al elaborar la liquidación consideró que esos montos no se pueden relacionar como deductivos y no los incluyó como tales, pero sí deben tenerse en cuenta

para determinar los metrados ejecutados de la Obra.. En tal sentido, no se requiere hacer algún ajuste adicional a la liquidación por este concepto.

Lucro cesante por la resolución del contrato: Se reconoció por este concepto la suma de S/. 98,444,81. El lucro cesante no se incluyó en la liquidación elaborada por el perito, así que debe ser agregado a la liquidación definitiva.

199. Intereses por mora: Se debe reconocer los intereses por mora de las valorizaciones No. 16, No. 17 y No. 18 y la valorización No. 1 del adicional No. 9. El perito tuvo en cuenta los intereses hasta la fecha de elaboración de la liquidación, por lo que ese monto debe ser actualizado en la liquidación definitiva con los intereses que se han seguido devengando.
200. Penalidades: La única penalidad que se debe tener en cuenta es la de S/. 149,625 soles por la ausencia de los trabajadores propuestos.
201. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral ordena que las partes realicen la liquidación definitiva del Contrato teniendo como base la liquidación realizada por el perito del Consorcio y los montos que el Tribunal Arbitral ha ordenado reconocer en el presente Laudo. La única operación que deberán realizar es hacer los ajustes ordenados; no podrán incluir conceptos adicionales, modificar las cuantías, ni reabrir la discusión sobre la liquidación. El saldo que resulte al final de estas operaciones es el que deberá ser pagado al Consorcio.
202. En conclusión, el Tribunal Arbitral declara fundada la pretensión sobre *determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga y determine la Liquidación del Contrato, disponiendo el reconocimiento y pago de los montos que correspondan a favor del Consorcio.*

## **XX. Costos del arbitraje:**

203. En el convenio arbitral celebrado entre las partes no existe pacto sobre la condena de los costos arbitrales, por lo que corresponde remitirnos a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.
204. Al respecto, el artículo 69º de la Ley de Arbitraje consagra la libertad de las partes para efectos de determinar costos, estableciendo que “*tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje*” y que “*a falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título*”.

205. Asimismo, el artículo 73.1 de la mencionada Ley señala que “*el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes*” y establece como regla general que “*a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida*”. No obstante, se otorga al tribunal la facultad de “*distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”.

206. Al no existir un acuerdo de las partes, este Colegiado tiene la potestad de aplicar el criterio de la parte vencida o prorratear los costos, razonablemente, entre las partes. En este caso, se advierte que las partes tuvieron razones suficientes para litigar, dada la complejidad de la materia y los actuados en el arbitraje, por lo que cada una deberá asumir, proporcionalmente, las costas y costos arbitrales irrogados.
207. En virtud de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que cada parte deberá cubrir sus propios gastos, por un lado; y por el otro, los gastos comunes, esto es, aquellos referidos a los honorarios del Tribunal Arbitral. Los gastos administrativos del Centro deberán ser asumidos por ambas partes en proporciones iguales. Consecuentemente, no corresponde condenar de manera exclusiva a ninguna de las partes al pago de los costos arbitrales.

## **XXI. Decisión:**

Por las razones y consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral, en Derecho y, dentro del plazo, lauda:

**Primero: DECLARAR INFUNDADA** la pretensión de FONDEPES en la que solicita la nulidad y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el Consorcio (Demanda del 8 de agosto de 2016).

**Segundo: DECLARAR FUNDADA** la pretensión del Consorcio sobre la invalidez y/o inefficacia de la resolución del Contrato practicada por FONDEPES (Demanda del Consorcio del 2 de setiembre de 2016 del Exp. S240-2016/SNA-OSCE).

**Tercero: DECLARAR INFUNDADA** la pretensión de FONDEPES sobre *la nulidad o invalidez de las Resoluciones de Secretaría General N° 004-2015-FONDEPES/SG, N° 032-2015-FONDEPES/SG, N° 015-2015-FONDEPES/SG, N° 037-2015-FONDEPES/SG, N° 055-2015-FONDEPES/SG, N° 072-2015-FONDEPES/SG, N° 086-2015-FONDEPES/SG y N° 096-2015-FONDEPES/SG.*

**Cuarto: DECLARAR FUNDADA** la pretensión de FONDEPES relacionada con los 6 trabajadores que estuvieron ausentes en la Obra. En

consecuencia, (i) el Consorcio debe devolver a la Entidad la suma de S/. 179,965.13 soles por concepto de pago indebido por 6 trabajadores ausentes en la Obra y (ii) pagar la penalidad cuyo monto asciende a S/. 149,625 soles. Estos montos deben ser considerados en la liquidación de Contrato.

**Quinto: DECLARAR FUNDADA** la pretensión de FONDEPES sobre la liquidación realizada por el Consorcio. En consecuencia, se declara inválida la liquidación presentada por el Consorcio, mediante carta N° 048-2016-CT.

**Sexto: DECLARAR INFUNDADA** la pretensión del Consorcio en la que solicita que se ordene a la Entidad que reconozca y pague la suma de S/ 1'804,657.86 más el IGV más intereses por concepto de Liquidación de Obra.

**Séptimo: DECLARAR FUNDADA** la pretensión del Consorcio sobre determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga y determine la Liquidación del Contrato, disponiendo el reconocimiento y pago de los montos que correspondan a favor del Consorcio. En consecuencia, las partes deberán seguir los criterios expuestos por el Tribunal Arbitral para calcular el saldo final de la liquidación del Contrato.

**Octavo: DISPONER** que los costos incurridos por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos del Centro sean asumidos por ambas partes, en proporciones iguales. Fuera de esos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos, costas y costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

Cecilia O'Neill de la Fuente  
Presidenta del Tribunal Arbitral

Jorge Masson Pazos  
Árbitro

Luz Elena Ocampo  
Árbitro