



**CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
AMCHAM PERÚ**

Caso Arbitral Nº 016-2020-AmCham

CONSORCIO AYESA-TMB
-Demandante-

vs.

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO -
OSITRAN**
-Demandado-

LAUDO

Tribunal Arbitral:
Eric Franco Regjo (Presidente)
Verónica Ferrero Díaz
Jorge Burga Vásquez

Lima, 4 de enero de 2022

LAUDO

ORDEN PROCESAL Nº 8

Lima, 4 de enero de 2022

I. PREÁMBULO. -

1.1. Las Partes. -

1. La parte demandante de este proceso es el Consorcio AYESA-TMB, la cual está conformada por Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A.U. y Ferrocarril Metropolitá de Barcelona S.A., denominada en lo sucesivo “Demandante” o “Consorcio”; quien señaló como domicilio procesal la siguiente dirección: Av. 28 de julio Nº 1044, Piso 6, Miraflores, Lima.
2. La parte demandada del proceso está conformada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, en lo sucesivo “Demandada” u “OSITRAN”; quien señaló como domicilio procesal la siguiente dirección: Calle Los Negocios Nº 182, Piso 2, Surquillo, Lima.
3. En el expediente arbitral quedaron consignadas las direcciones electrónicas de cada parte, de la secretaría arbitral y de los árbitros, para efectos de la presentación de escritos y notificaciones.

1.2. El Tribunal Arbitral, Secretaría y Lugar del Arbitraje. -

4. El presente Colegiado se conformó tras la aceptación de los abogados Jorge Burga Vásquez, quien fuera designado por la Demandante; Verónica Ferrero Díaz, quien fuera designada por la Demandada; y de Eric Franco Regjo, quien fuera nombrado presidente por los dos árbitros nombrados anteriormente.
5. Cabe indicarse que todos los árbitros cumplieron con su deber de revelación y no han sido recusados.
6. La Secretaría Arbitral estuvo a cargo de los abogados Álvaro Aguilar Ojeda - Secretario General del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara De Comercio Americana del Perú – AmCham Perú (el “Centro”) y la señora María Isabel Simko Stangret - Secretaria General Adjunta del Centro.
7. El lugar del arbitraje fue la ciudad de Lima. Se tuvo como sede institucional del arbitraje el local del Centro ubicado en Av. Víctor Andrés Belaúnde 177 (Edificio AmCham Perú), San Isidro, provincia y departamento de Lima.

1.3. El Contrato y el Convenio Arbitral. -

8. El documento contractual del cual se deriva el presente arbitraje es el Contrato Nº 023-2017-OSITRAN que suscribieron las partes con fecha 18 de abril de 2017, cuyo objeto consistía en el “Servicio de supervisión integral de las inversiones en material rodante complementario y en obras complementarias de la Línea 1 del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador-Av. Grau -San Juan de Lurigancho”, en lo sucesivo el “Contrato”.
9. Habiendo surgido una controversia entre las partes, se dio inicio al presente proceso al amparo del convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato, del cual se desprende que el arbitraje es nacional, de Derecho e institucional. La institución asignada por las partes para la administración del arbitraje es el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú – AmCham Perú (“Centro de Arbitraje”).
10. En efecto, el referido convenio arbitral indica:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA.- CLÁUSULA ARBITRAL	
17.1	Las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente Contrato, será resuelta por una solución amigable o por los mecanismos alternativos de solución de controversias o de manera definitiva mediante arbitraje de derecho.
17.2	Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, el mismo que se realizará bajo la organización y administración del Centro de Arbitraje de AmCham Perú conforme a su Estatuto y Reglamento, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El arbitraje será resuelto por tres (3) árbitros.
17.3	El laudo arbitral emitido obligará a las partes, y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa.

11. Habiéndose identificado el convenio arbitral, el Tribunal Arbitral está facultado para determinar su propia competencia, de oficio o a propósito del cuestionamiento de una o ambas partes, según sea el caso; y, en el supuesto de no haber conflicto al respecto o superado el mismo, a resolver la controversia sometida a su juicio.

1.4. Normativa Aplicable. -

12. De acuerdo con la cláusula tercera del Contrato, este fue suscrito en el marco del Decreto Supremo Nº 035-2001-PCM, el que aprueba el Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN y las Disposiciones Complementarias al Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 040-2015-CD-OSITRAN y demás normas que resulten aplicables.
13. En lo que respecta a las reglas del proceso, estas son las establecidas en la Orden Procesal Nº 1, la cual incluye las reglas contenidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro (“Reglamento de Arbitraje”) – en vigor desde el 1 de enero de 2013 y con modificaciones aplicables desde el 1 de mayo de 2020 – y, supletoriamente, lo dispuesto

en el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (“DL 1071”).

II. VALIDEZ DEL ARBITRAJE

14. Las partes han tenido amplia y plena oportunidad de hacer valer sus derechos, habiéndose respetado durante la tramitación del arbitraje el Reglamento de Arbitraje y el DL 1071.
15. Se deja constancia que las partes no formularon observaciones contra las reglas del proceso establecidas.
16. Se deja constancia que en el expediente no existe reserva hecha por las partes a la posibilidad futura de cuestionar posteriormente en vía judicial alguna actuación del procedimiento arbitral que hubieran considerado como violatoria del debido proceso.
17. El Tribunal Arbitral ha analizado y revisado con cuidado todas y cada una de las alegaciones fácticas y jurídicas actuadas durante este arbitraje. También ha revisado todos los medios probatorios ofrecidos y actuados en el expediente. En el análisis plasmado en el Laudo sobre las cuestiones en discusión, el Tribunal Arbitral dejará constancia únicamente de las valoraciones probatorias y juicios de hecho y de derecho que sean esenciales para pronunciar el laudo.

III. ANTECEDENTES AL LAUDO.

18. Por Orden Procesal Nº 1 de fecha 5 de abril de 2021, el Tribunal Arbitral fijó las reglas del proceso arbitral, considerando los escritos de las partes.
19. Por Orden Procesal Nº 2 de fecha 21 de abril de 2021, el Tribunal Arbitral corrigió el error incurrido en la Orden Procesal Nº 1 donde se había identificado al árbitro designado por la Demandante como Jorge Burga Velásquez cuando debía decir Jorge Burga Vásquez.
20. Por Orden Procesal Nº 3 del 14 de mayo de 2021, el Tribunal Arbitral completó el calendario procesal de la Orden Procesal Nº 1.
21. Por Orden Procesal Nº 4 del 9 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener por admitidas las pruebas documentales presentadas por las partes en sus escritos de demanda y contestación respectivamente; segundo, por establecido el Calendario de Actuaciones conforme se indica en la orden procesal en mención.
22. Con fecha 1 de julio de 2021 se llevó a cabo la Audiencia Única con la participación del Tribunal Arbitral y las partes, quienes tuvieron la oportunidad de exponer sus alegatos con amplitud y absolver las preguntas formuladas por el Colegiado. La audiencia quedó registrada en video.

23. Por Orden Procesal Nº 5 del 5 de agosto de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener por presentados los escritos de conclusiones finales de las partes, dejando constancia que las partes no podrán presentar escritos adicionales, salvo que sea expresamente requerido; segundo, modificar el Calendario de Actuaciones para que el plazo para laudar se cuente desde una orden procesal posterior en la que se dé cuenta de la acreditación de los pagos referidos en la orden procesal en mención.
24. Por Orden Procesal Nº 6 del 3 de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener por cancelado el pago completo de los gastos liquidados; segundo, fijar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Colegiado en el presente arbitraje, dejando constancia de que podrían ser modificadas, ajustadas o reformuladas a su entera discreción y concedió a ambas partes el plazo de tres (3) días hábiles para que manifiesten si tenían algún comentario respecto a dichos puntos controvertidos. Los puntos controvertidos establecidos por el Tribunal Arbitral fueron los siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN: *Que se declare la ineficacia de las Resoluciones de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nos. (i) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (ii) 00062-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (iii) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 23 de octubre de 2018¹, (iv) 027-2020-GSFOSITRAN, del 26 de junio de 2020, (v) 00016-2019-GSF-OSITRAN, del 15 de marzo de 2019, (vi) 0056-2019-GSF-OSITRAN, del 1 de julio de 2018, y (vii) 003-2020-GSF-OSITRAN, del 6 de febrero de 2020; mediante las cuales se imputaron las penalidades por incumplimiento, por la suma total de US\$ 133,128.46 (Ciento Treinta y Tres Mil Ciento Veintiocho con 46/100 Dólares de los Estados Unidos de América), toda vez que las mismas fueron impuestas de manera indebida, transgrediendo el procedimiento para su imputación previsto en el numeral 14 de los Términos de Referencia del Contrato Nº 023-2017-OSITRAN.*

PRETENSIÓN CONDICIONAL A LA PRIMERA PRETENSIÓN: *Que se ordene al OSITRAN la restitución de la suma de US\$ 133,090.46 (Ciento Treinta y Tres Mil Noventa con 46/100 Dólares Americanos) más los intereses legales, correspondiente a las (7) siete penalidades arbitrariamente impuestas al Consorcio.*

SEGUNDA PRETENSIÓN: *Que se declare la ineficacia de los Oficios Nos. 05366-2018-GSF-OSITRAN, 08408-2018-GSF-OSITRAN, 11847-2019-GSFOSITRAN, y 04717-2020-GSF-OSITRAN, así como de los Informes Nos 00336- 2018-JCFM-GSF-OSITRAN, 00504-2018-JCFM-GSF-OSITRAN, 00609-2019-JCFM-GSF-OSITRAN, y 00271-2020-JCFM-GSF-OSITRAN, mediante las cuales se aplicaron los descuentos a la valorización de las Liquidaciones Nos. 4, 5, 11 y 12 sustentadas en el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales.*

PRETENSIÓN CONDICIONAL A LA SEGUNDA PRETENSIÓN: *Que se ordene al OSITRAN la restitución de la suma de US\$ 194,444.05 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro con 05/100 Dólares Americanos), más los intereses legales, correspondiente a los descuentos aplicados a las Valorizaciones Nos. 4, 5, 10 y 11 aplicadas ilegalmente al Consorcio.*

¹ En la demanda se consigna erróneamente como Resolución Nº 00061-2018-GSF-OSITRAN, cuando realmente se trata de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 00089-2018-GSF-OSITRAN.

TERCERA PRETENSIÓN: *Que, el Tribunal Arbitral declare que OSITRAN incumplió injustificadamente con su obligación de devolver la Carta Fianza otorgada por el Consorcio en garantía de fiel cumplimiento a la finalización del Contrato de Supervisión, y en consecuencia le ordene la devolución de la Carta Fianza N° 0011-0708-9800104455-55 del BBVA Banco Continental conjuntamente con los costos financieros asociados a las sucesivas renovaciones, equivalente a la suma de US\$ 53,015.06 (Cincuenta y Tres Mil Quince con 06/100 Dólares Americanos).*

CUARTA PRETENSIÓN: *Que se ordene a OSITRAN cancelar el íntegro de las costas y costos del proceso.*

25. Mediante comunicaciones del 8 de noviembre de 2021, ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados en la Orden Procesal N° 6. El Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 7, del 23 de noviembre de 2021, en virtud a la cual declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles.
26. De lo expuesto, se colige que el proceso se ha seguido en respeto estricto de los derechos de las partes. Así, las partes no han cuestionado ninguna decisión de los árbitros.
27. Por tanto, se procede a analizar las posiciones expuestas en el proceso sobre la controversia desde los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios aportados al expediente; sobre esto último, especialmente, se prestará atención a los principios de la carga de la prueba, la cual consiste en que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, y al principio de adquisición procesal, el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar beneficiosas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba y por medio de un balance de probabilidades la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.

IV. ANÁLISIS DEL CASO.

CONSIDERANDO.

4.1. Análisis de las penalidades aplicadas.

28. Los puntos controvertidos que se procede a analizar son los siguientes:
 - i) **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que se declare la ineficacia de las Resoluciones de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nos. (i) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (ii) 00062-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (iii) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 23 de octubre de 2018; (iv) 027-2020-GSFOSITRAN, del 26 de junio de 2020, (v) 00016-2019-GSF-OSITRAN, del 15 de marzo de 2019, (vi) 0056-2019-GSF-OSITRAN, del 1 de julio de 2018, y (vii) 003-2020-GSF-OSITRAN, del 6 de febrero de 2020; mediante las cuales se imputaron las penalidades por incumplimiento, por la suma total de US\$ 133,128.46 (Ciento Treinta y Tres Mil Ciento Veintiocho con 46/100 Dólares de los

Estados Unidos de América), toda vez que las mismas fueron impuestas de manera indebida, transgrediendo el procedimiento para su imputación previsto en el numeral 14 de los Términos de Referencia del Contrato N° 023-2017-OSITRAN.

- ii) **PRETENSIÓN CONDICIONAL A LA PRIMERA PRETENSIÓN:**
 Que se ordene al OSITRAN la restitución de la suma de US\$ 133,090.46 (Ciento Treinta y Tres Mil Noventa con 46/100 Dólares Americanos) más los intereses legales, correspondiente a las siete (7) penalidades arbitrariamente impuestas al Consorcio.

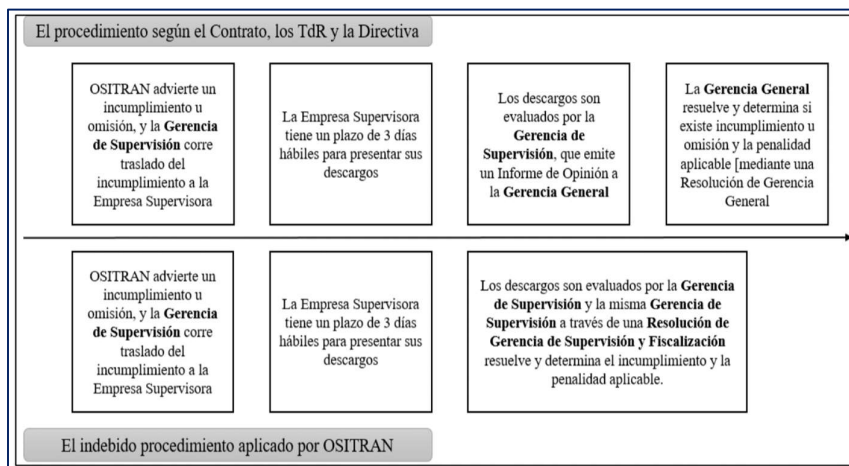
29. El Consorcio refiere que en la Valorización N° 9 y en la Liquidación Final del Contrato, se le aplicó siete (7) penalidades, conforme al siguiente detalle:

Valorización	N.º de Penalidad	Concepto penalizado
Valorización N.º 9	Penalidad 1 US\$ 57,821.66	Ausencia injustificada del personal clave y del personal que complementa al personal clave en la obra
Valorización N.º 9	Penalidad 2 US\$ 6,500.66	Ausencia del personal que complementa al personal clave
Valorización N.º 9	Penalidad 3 US\$ 3,763.54	Ausencia del personal que complementa al personal clave
Aplicada en la Liquidación Final del Contrato	Penalidad 4 Informe de Cierre de OSITRAN – US\$ 62,611.62	El Consorcio no habría cumplido con el numeral 10 de los TdR y la cláusula 9.3 del Contrato [por ausencia de profesionales en el lugar de la prestación del servicio].
Valorización N.º 9	Penalidad 5 US\$ 684.28 [No tiene una valorización atada]	Incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 6.6 de la cláusula sexta del Contrato y los numerales 7.2, literal dd) del numeral 8.1 y 12.6 de los TdR, por presentar de manera extemporánea el Informe Especial.
Valorización N.º 9	Penalidad 6 US\$ 684.28 [No tiene una valorización atada]	Incumplimiento de la cláusula cuarta del Contrato y del numeral 10.5 de los TdR, al no haber comunicado dentro de los 10 días hábiles la propuesta de cambio de persona que complementa al personal clave del puesto vacante de Ingeniero Especialista en Instalaciones No Ferroviarias.
Aplicada en la Liquidación Final del Contrato	Penalidad 7 US\$ 1,026.42	Incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 12.3 de los TdR y las cláusulas 6.1 y 6.6 del Contrato, al haber presentado con 3 días calendario de atraso el informe mensual de supervisión N.º 31 – diciembre 2019.

30. Sobre el particular, el Demandante sostiene que OSITRAN violó el procedimiento establecido en el Contrato. Lo que cuestiona el Demandante en este caso es que, conforme a la Directiva denominada “Procedimiento de aplicaciones de penalidades previstas en los contratos de supervisión”, aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN (la “Directiva de Penalidades”), la instancia administrativa interna de OSITRAN que debió informarle a la Supervisión las causales que darían lugar a la aplicación de penalidades era la Gerencia de Supervisión; y, la instancia que debió informarle a la Supervisión la aplicación de las penalidades era la Gerencia General. Sin embargo, la instancia administrativa que le informó a la Supervisión las causales que darían lugar a la aplicación de penalidades fue la Jefatura de Supervisión; y, la instancia que informó la aplicación de las penalidades fue la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. Sobre la base de lo anterior, el Consorcio demandante solicita que se

declare la ineficacia de Siete Resoluciones de Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN por las cuales se imputaron penalidades por incumplimiento a la Supervisión.

31. La Demandante explica con el siguiente cuadro la diferencia entre el procedimiento pactado por las partes y el procedimiento seguido por OSITRAN:



32. El Demandante sustenta su posición en los Términos de Referencia (“TDR”), Numeral 14, Nota 1, que estipula lo siguiente:

“Nota: 1) Detectado el incumplimiento se procederá de acuerdo con lo establecido en la Directiva “Procedimiento de aplicaciones de penalidades previstas en los contratos de supervisión”, aprobada con Resolución de Presidencia 072-2009-PD-OSITRAN. Las modificaciones totales o parciales a la Directiva serán de aplicación inmediata al Supervisor. El incumplimiento de los plazos previstos en la directiva no invalida la aplicación de la penalidad, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que correspondan.”

33. Adicionalmente, la Demandante destaca que en el numeral 4.11 del Informe Final de Liquidación que es remitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN al Consorcio, OSITRAN reconoció que el procedimiento de imputación de penalidades aplicable es el regulado en la Directiva denominada «Procedimiento de aplicaciones de penalidades previstas en los contratos de Supervisión» aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-PD-2009-OSITRAN, por consiguiente, es en base a los alcances de dicha directiva que correspondería formular los cuestionamientos vinculados a su validez y/o eficacia.
34. Por tanto, a criterio de la Demandante, existiría un claro incumplimiento contractual por parte de OSITRAN por no haber seguido el procedimiento de imputación de penalidades pactado por las partes en el Contrato, cuya consecuencia es su ineficacia.
35. Por su parte, respecto al procedimiento de aplicación de penalidades, la Demandada refiere que la Directiva aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN (la “Directiva de Penalidades”) fue emitida tomando como base legal el Reglamento General del OSITRAN (“REGO”) aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, sin embargo, con la entrada en vigencia del

Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (“ROF”) aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el REGO quedó sin efecto y las competencias, funciones y atribuciones de los órganos y unidades orgánicas se efectúa conforme al ROF.

36. OSITRAN alega que el ROF es la norma que regula el procedimiento para la aplicación de penalidades durante la etapa de la ejecución del Contrato. Alega OSITRAN que, al amparo del numeral 5 del artículo 64° del ROF, la Jefatura de Fiscalización es la instancia competente para formular y proponer a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la aplicación de penalidades; y por su parte, ésta última es la instancia competente para la aplicación de penalidades al amparo del numeral 10 del artículo 53° del ROF.
37. La Demandada precisa que el ROF es un documento técnico normativo de gestión institucional que formaliza la estructura orgánica de la Entidad, orientada al logro de su misión, visión y objetivos institucionales. OSITRAN señala que la Directiva de Penalidades dispone que la Gerencia General es la encargada de aplicar las penalidades a las empresas supervisoras debido a que esa era la función que desempeñaba la Gerencia General al amparo del marco normativo establecido en el REGO, que es anterior al ROF. Sin embargo, desde la entrada en vigor del ROF, dicha función se encuentra taxativamente asignada a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización al amparo del artículo 64 del ROF.
38. OSITRAN también ampara su defensa en el artículo 31° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2015-CD-OSITRAN - Disposiciones Complementarias al Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte de OSITRAN y agrega que dicha Resolución contempla como base normativa el ROF, por lo cual, no resultaría admisible el desconocimiento por parte del Supervisor del marco normativo imperante al momento de suscribir el Contrato.
39. Además, la Demandada sostiene que no es posible que la aplicación de penalidades se efectúe sin considerar que tanto la Gerencia de Supervisión y la Gerencia General actualmente tienen otras competencias, funciones y responsabilidades en virtud del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.
40. Por consiguiente, a criterio de OSITRAN, la aplicación de penalidades debía efectuarse conforme a la Directiva aprobada mediante Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN y también considerando las funciones y competencias de los artículos 53 y 64 del ROF.

Posición del Tribunal Arbitral

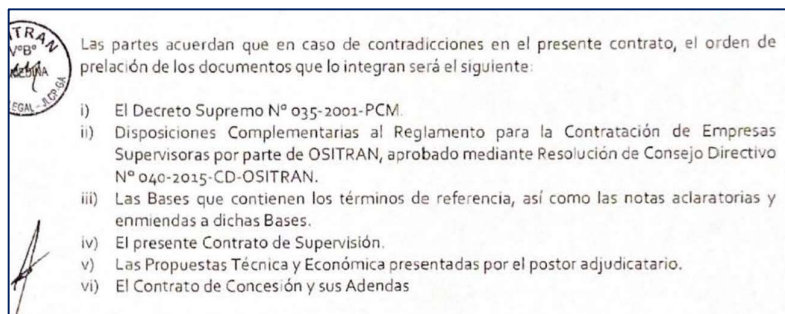
41. En esta primera pretensión el Supervisor cuestiona el procedimiento de aplicación de penalidades contractuales seguido por OSITRAN. Lo que específicamente cuestiona el Consorcio Demandante es lo siguiente:

- a. Según el Consorcio Demandante, la instancia administrativa interna que debió informarle las causales que estaban dando origen a la aplicación de penalidades, para que la Supervisión presentara sus descargos, debió ser Gerencia de Supervisión de OSITRAN, en lugar de la Jefatura de Supervisión.
 - b. Según el Consorcio Demandante, la instancia administrativa interna que debió aplicar las penalidades debió ser la Gerencia General de OSITRAN en lugar de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.
42. El Tribunal Arbitral verifica que la cláusula décimo tercera del Contrato prescribe que las penalidades se aplicarán conforme a lo indicado al numeral mencionado, la cual, a su vez, hace referencia a la Resolución de Presidencia Nº 072-2009-PD-OSITRAN, en donde se establece el siguiente procedimiento:
 - La Gerencia de Supervisión correrá traslado del incumplimiento u omisión a la Empresa Supervisora involucrada, dentro de los cinco (5) días hábiles de ocurrido el hecho o, de tomado conocimiento de los mismos.
 - La Empresa Supervisora tendrá hasta tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación para presentar sus descargos a OSITRAN.
 - Dichos descargos serán evaluados por la Gerencia de Supervisión quien para emitir y elevar su Informe de Opinión a la Gerencia General, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles contados a partir del día siguiente de recibidos los descargos o de vencido el plazo sin que estos hayan sido formulados.
 - Dicho Informe de Opinión deberá pronunciarse sobre el incumplimiento en que habría incurrido la Empresa Supervisora y la penalidad que sería aplicable, además de contener el proyecto de documento Resolutivo correspondiente, debidamente visado conjuntamente con la Gerencia de Asesoría Legal.
 - Con o sin descargos, OSITRAN – a través de la Gerencia General – resolverá en un plazo máximo de tres (3) días hábiles contados a partir de la recepción del informe de la Gerencia de Supervisión, pronunciándose si hubo o no incumplimiento y, en su caso, por la penalidad que sería aplicable.
43. Así, la Demandante denuncia que OSITRAN incumplió el procedimiento acordado entre las partes, toda vez que las instancias que debieron participar en la aplicación de las penalidades contractuales son aquellas a las que se refiere la Directiva de Penalidades, en tanto OSITRAN alega que las instancias que participaron en la aplicación de las penalidades fueron las instancias competentes de conformidad con lo dispuesto en el ROF. Para graficar las diferentes posiciones de las partes resulta oportuno el cuadro siguiente:

Procedimiento para la aplicación de penalidades contractuales		
	Directiva de Penalidades Directiva del Procedimiento de Aplicación de Penalidades previstas en los Contratos de Supervisión Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN (Procedimiento que alega el consorcio Demandante como el aplicable)	ROF Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (Procedimiento que aplicó OSITRAN)
Instancia que comunica a la Supervisión del incumplimiento contractual	Gerencia de Supervisión (art. 6.1. de Directiva)	Jefatura de Fiscalización (art. 64 del ROF)
	Supervisor tiene plazo de 3 días hábiles para absolver imputación	
Instancia que evalúa los descargos del Supervisor y emite Informe	Gerencia de Supervisión (art. 6.3. de Directiva)	Jefatura de Fiscalización (art. 64 del ROF)
Instancia que evalúa informe y aplica penalidad.	Gerencia General (art. 6.7. de Directiva)	Gerencia de Supervisión y Fiscalización (art. 53 del ROF)

44. Del cuadro anterior se advierte que en ambos procedimientos la Supervisión es notificada con las causales que dan lugar a la aplicación de las penalidades y tiene el mismo plazo para absolver las imputaciones. Se advierte también que las diferencias de procedimiento recaen exclusivamente respecto de las instancias de OSITRAN a cargo de la elaboración de los informes sobre la supuesta comisión de infracciones susceptibles de pena, de la evaluación de los descargos del Supervisor, y de la decisión sobre la aplicación o no de la penalidad.
45. En estricto, el Tribunal Arbitral considera que el hecho que las penalidades hayan sido aplicadas por un órgano distinto al que refiere la Directiva de Penalidades, no es causal suficiente para perjudicar sus efectos, siendo que acoger la solicitud del Demandante constituiría un abuso de derecho, en tanto que, en primer término, en la cláusula 13.2 del Contrato quedó establecido que quien podrá aplicar y cobrar las penalidades en cualquier momento hasta la liquidación del Contrato es OSITRAN, con lo cual, se desprende que las partes identificaron a OSITRAN como una entidad íntegra en sí misma y no como un ente conformado por agentes independientes.

46. Más aún, incluso si lo anterior no fuese suficiente, tenemos las fuentes que las partes acordaron para regular su relación jurídico-contractual. Respecto de los documentos que integran el Contrato, y su orden de prelación, el Contrato dispone en su Cláusula Cuarta lo siguiente:



47. La primera norma enumerada en la Cláusula Cuarta del Contrato es el Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 035-2001-PCM. La segunda norma es la Resolución Nº 040-2015-CD-OSITRAN, que contiene las Disposiciones Complementarias al Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte de OSITRAN.

48. El artículo 31º de la Resolución Nº 040-2015-CD-OSITRAN establece que el procedimiento de aplicación de penalidades a las Empresas Supervisoras se aprobará mediante Directiva; y agrega que *"El incumplimiento del procedimiento no impide el ejercicio de la potestad de la Entidad para aplicar y cobrar la penalidad correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan."*²

49. Lo anterior es relevante, por cuanto el procedimiento sí se cumplió en cuanto a sus etapas y plazos, mas no en lo pertinente a las instancias internas de OSITRAN, debido a una reorganización que tuvo lugar con motivo de la aprobación del ROF, como ya se indicó líneas arriba. Y siendo así, lo que cabe es preguntarse si es que ello, debiera acarrear alguna consecuencia en los efectos de las penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN en sus contratos de Supervisión. Pero dicho análisis deja de ser necesario, por la propia disposición recogida en el artículo 31º de la Resolución Nº 040-2015-CD-

² **"Artículo 31.- Penalidades**

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones y/u otros incumplimientos sujetos a penalidad en los Términos de Referencia y/o en el Contrato, la Entidad aplicará la penalidad prevista para ello.

Las penalidades podrán ser aplicadas y cobradas por la Entidad hasta la liquidación del Contrato de Supervisión. La Empresa Supervisora contará con un plazo máximo de diez (10) días hábiles para hacer efectivo el pago de la penalidad aplicada; caso contrario se procederá a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento presentada. En caso la contratación haya sido efectuada en su totalidad con fondos de OSITRAN, previamente a la ejecución de la carta fianza, la Entidad podrá deducir el monto de la penalidad, de los pagos a cuenta, pago final o de la liquidación del Contrato de Supervisión.

Mediante Directiva la Entidad aprobará el procedimiento de aplicación de penalidades a las Empresas Supervisoras. *El incumplimiento del procedimiento no impide el ejercicio de la potestad de la Entidad para aplicar y cobrar la penalidad correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan.*

Las penalidades aplicadas por la Entidad son inimpugnables". (resaltado agregado)

OSITRAN, que ha sido incorporada como norma contractual según hemos citado arriba, y que textualmente estipula que el incumplimiento del procedimiento para la aplicación de las penalidades recogido en el Procedimiento de Penalidades “*no impide el ejercicio de la potestad de la Entidad para aplicar y cobrar la penalidad correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan.*”

50. Por lo tanto, siendo esto un texto incorporado al Contrato, por disposición expresa de las partes, resulta aplicable directamente a esta cuestión controvertida y en dicho sentido, el incumplimiento de OSITRAN del procedimiento para la aplicación de penalidades previsto en la Directiva no afecta las penalidades impuestas al Consorcio, en aplicación de la norma citada, que es fuente contractual, conforme hemos mencionado.
51. En segundo término, el hecho que los órganos involucrados en el procedimiento de la aplicación de penalidad no sean los mencionados en la Directiva no implica ninguna afectación al Demandante, quien tuvo oportunidad de manifestar su posición sobre la imputación de OSITRAN, no teniendo ningún efecto concreto el hecho que la penalidad no haya sido emitida por la Gerencia General, puesto que el Consorcio no gozaría de ningún derecho impugnatorio aún en la ocurrencia de dicho supuesto.
52. En tercer término, a partir de la denuncia la Demandante, cabe destacarse una antinomia entre el ROF y la Directiva, la cual se resuelve bajo criterios de jerarquía y temporal.
53. Debemos considerar que el ROF, al haber sido aprobado vía Decreto Supremo, es decir, al ostentar un rango normativo superior a la Directiva (aprobada mediante Resolución de Presidencia de OSITRAN), y al ser de fecha posterior, la modifica, lo que va en línea con lo textualmente dispuesto en el numeral 14 de los Términos de Referencia, Nota 1, a saber:

“Nota: 1) Detectado el incumplimiento se procederá de acuerdo con lo establecido en la Directiva “Procedimiento de aplicaciones de penalidades previstas en los contratos de supervisión”, aprobada con Resolución de Presidencia 072-2009-PD-OSITRAN. Las modificaciones totales o parciales a la Directiva serán de aplicación inmediata al Supervisor. El incumplimiento de los plazos previstos en la directiva no invalida la aplicación de la penalidad, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que correspondan.” (Énfasis agregado)

54. Se puede observar cómo incluso en los Términos de Referencia se mencionó el principio rector de la aplicación inmediata de las normas en el tiempo, que en el presente caso se concretó con la aprobación del ROF y el cambio de las instancias internas de OSITRAN a cargo del procedimiento de aplicación de penalidades, sin que ello haya afectado el procedimiento en sí mismo, ni el ejercicio de los derechos contractuales del Consorcio (absolución de imputaciones, plazos, etc.).
55. Ahora bien, con relación al ROF, es pertinente comprender lo que esta norma significa dentro de la organización de las entidades públicas y en el contexto del proceso de modernización del Estado por el cual ha transcurrido nuestro país en los últimos veinte

años. Para ello, es ilustrativo remitirnos a la Exposición de Motivos del ROF³, que es de público conocimiento, que explica la necesidad de implementar nuevas instancias administrativas para optimizar y simplificar los procesos de OSITRAN, en su calidad de organismo supervisor de la inversión de transporte de uso público, con la finalidad de cumplir con mayor eficiencia sus funciones. En la Exposición de Motivos se hace referencia a la necesidad de unidades orgánicas con altos niveles de especialización, y otros sustentos que dieron lugar a una reestructuración interna de OSITRAN, que a criterio del Tribunal, no correspondería ser ignorada, menos correspondería mantener una duplicidad de funciones – con las ineficiencias que ello supone – congelando competencias e instancias desfasadas, para efectos de un mecanismo de aplicación de penalidades contractuales, cuando una norma – ROF – reestructuró la organización interna con criterios de eficiencia, y cuando el sistema legal permite la derogación de normas bajo los principios de la aplicación inmediata en el tiempo.

56. Así, siendo OSITRAN quien está facultada por la cláusula 13.2 del Contrato a aplicar y cobrar o no penalidades y siendo facultad del Consorcio impugnarlas o no por la vía arbitral, el Tribunal Arbitral no advierte un incumplimiento contractual ni ningún supuesto por el cual la aplicación de las penalidades deba ser declarada ineficaz en función del procedimiento seguido para su aplicación.
57. Por lo expuesto anteriormente, es criterio del Tribunal Arbitral que las Resoluciones de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nos (i) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (ii) 00062-2018-GSF-OSITRAN, del 12 de julio de 2018, (iii) 00061-2018-GSF-OSITRAN, del 23 de octubre de 2018; (iv) 027-2020-GSF-OSITRAN, del 26 de junio de 2020, (v) 00016-2019-GSF-OSITRAN, del 15 de marzo de 2019, (vi) 0056-2019-GSF-OSITRAN, del 1 de julio de 2018, y (vii) 003-2020-GSF-OSITRAN, del 6 de febrero de 2020; no son ineficaces. Por lo tanto, la Primera Pretensión resulta INFUNDADA.
58. Asimismo, siendo infundada la Primera Pretensión, tenemos que la Pretensión Condicional a la Primera Pretensión deviene también en INFUNDADA, no correspondiendo ordenar el pago que el Consorcio reclama.

³ Exposición de Motivos del ROF, página 3:

“Por ello, resulta trascendental para la actual gestión, contar con un diseño normativo que sirva de herramienta para cumplir con las nuevas competencias atribuidas por la Ley N° 29754, así como para implementar las instancias y órganos competentes respecto de las funciones del OSITRAN, cuya estructura orgánica se encuentre alineada a fortalecer y promover una gestión eficiente, moderna, transparente, con enfoque para resultados y cuyas decisiones institucionales sean predictibles.

El OSITRAN ha venido desarrollando sus funciones de acuerdo con la estructura que fue definida en por el REGO antes de su modificación mediante el Decreto Supremo N° 044- 2013-PCM, así como, por lo establecido en su Manual de Organización y Funciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N2 006-2007-CD-OSITRAN, y modificatorias.

No obstante ello, dicha estructura no define a otros órganos que resultan esenciales para cumplir con las funciones sustanciales del OSITRAN, los que, en algunos casos, requieren contar con unidades orgánicas, por los altos niveles de especialización, de coordinación y de responsabilidades, entre otros requeridos para preservar la gestión orientada para resultados.

En ese sentido, el proyecto de ROF responde a la necesidad de optimizar y simplificar los procesos de la entidad con la finalidad de cumplir con mayor eficiencia sus funciones en el marco de las buenas prácticas del sistema regulatorio y administrativo respecto de la infraestructura de transporte público y el fomento de la inversión privada.”

59. Finalmente, el Tribunal Arbitral estima pertinente precisar que no se realiza un análisis sobre cada penalidad imputada, en tanto que la pretensión del Consorcio se circunscribe a la supuesta trasgresión del procedimiento para la imputación y aplicación de penalidades llevado a cabo por OSITRAN.
60. Como se puede apreciar, el Tribunal Arbitral se encuentra impedido de analizar el fondo o las razones de la aplicación de las penalidades, toda vez que el juzgador no puede ir más allá del petitorio, debiendo el objeto discutido dentro del proceso estar acorde a las pretensiones de las partes, en otros términos, la decisión emitida debe guardar relación con lo pedido o con los puntos controvertidos. Lo señalado se sostiene en los principios de «iniciativa de parte» (también denominado «principio dispositivo») y de «congruencia procesal», los cuales están estrechamente relacionados al debido proceso.
61. Por lo demás, cabe decirse que la precisión realizada por el Tribunal Arbitral es acorde a los hechos procesales del Demandante, quien, tanto en su escrito de conclusiones como en la Audiencia Única, circunscribe su defensa sobre las penalidades al texto de su petitorio.

4.2. Análisis de los descuentos realizados.

62. Los puntos controvertidos que se procede a analizar son los siguientes:

- iii) **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que se declare la ineficacia de los Oficios Nos. 05366-2018-GSF-OSITRAN, 08408-2018-GSF-OSITRAN, 11847-2019-GSF-OSITRAN, y 04717-2020-GSF-OSITRAN, así como de los Informes Nos 00336- 2018-JCFM-GSF-OSITRAN, 00504-2018-JCFM-GSF-OSITRAN, 00609-2019-JCFM-GSF-OSITRAN, y 00271-2020-JCFM-GSF-OSITRAN, mediante las cuales se aplicaron los descuentos a la valorización de las Liquidaciones Nos. 4, 5, 11 y 12 sustentadas en el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- iv) **PRETENSIÓN CONDICIONAL A LA SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que se ordene al OSITRAN la restitución de la suma de US\$ 194,444.05 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro con 05/100 Dólares Americanos), más los intereses legales, correspondiente a los descuentos aplicados a las Valorizaciones Nos. 4, 5, 10 y 11 aplicadas ilegalmente al Consorcio.
63. El Consorcio refiere que en cuatro (4) valorizaciones le descontaron distintos montos, de acuerdo con el siguiente detalle:

Valorización	Monto de Descuento	Sustento
Valorización N.º 4	US\$ 102,789.74	Descuento 1 Ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio
Valorización N.º 5	US\$ 3,343.49	Descuento 2 Ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio
Valorización N.º 10	US\$ 60,765.82	Descuento 3 Ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio
Valorización N.º 11	US\$ 27,545.01	Descuento 4 Ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio

64. El Consorcio señala que el descanso vacacional es el derecho que tiene el trabajador de suspender la prestación de sus servicios durante cierto número de días al año sin la pérdida de la remuneración habitual, conforme al art. 10 del Decreto Legislativo N° 713.
65. El Demandante indica que, al salir un trabajador en descanso vacacional, pueden ocurrir dos (2) cosas: el empleador contrata a otro trabajador en calidad de “suplente” para que realice las funciones del trabajador en vacaciones o, en uso de su facultad de organización, distribuye las funciones del trabajador de vacaciones entre el resto del equipo de trabajo.
66. En el caso, el Demandante explica que en el punto 10 de los Términos de Referencia del Contrato se dispone que el personal asignado a los servicios de supervisión sea el personal ofertado o presentado en forma inmediata a la firma del Contrato, es decir, impide el supuesto de emplear a trabajadores suplentes.
67. Asimismo, el Demandante destaca los párrafos 7 y 9 del punto 10.5 de los TDR, y concluye que OSITRAN solo permite el cambio de personal en dos (2) situaciones: por fuerza mayor o por pedido unilateral expreso de su parte; y agrega que OSITRAN no habilitó un mecanismo de reemplazos para ausencias de personal con motivo de vacaciones.
68. El Consorcio asevera que otorgó a sus trabajadores el descanso vacacional de Ley, con el respectivo pago regular de la remuneración; este pago ha sido debidamente previsto al presupuesto presentado en la postulación y aprobado con la suscripción del Contrato, por lo que sancionar, penalizar o descontar dicho pago realizado a los trabajadores deviene en abiertamente ilegal y contradice a nuestro sistema normativo laboral.
69. El Consorcio aclara que no busca cargar un costo o sobre costo a OSITRAN y que la distribución interna del trabajo realizado no ha perjudicado en forma alguna a la Demandada, pues el Consorcio organizó el trabajo de tal forma que el Contrato fuera cumplido conforme a lo previsto, permitiendo mantener el nivel de eficiencia manifestado durante toda la relación contractual sin retrasos de mayor impacto.

70. Sobre el trabajo realizado fuera de Lima, el Demandante sostiene que el contrato de trabajo permite que el empleador y el trabajador fijen condiciones que favorezcan el desarrollo de las respectivas prestaciones.
71. Así, ha asumido los costos del desplazamiento y ha ejercido su facultad de organización para garantizar que el trabajador cumpla con sus obligaciones a través del trabajo realizado, primero, en forma presencial fuera del espacio físico del proyecto (para supervisar la fabricación del material rodante en Barcelona) y, segundo, en forma remota, desde donde estuviera el trabajador ha tenido que reportarse y ejecutar su trabajo con incidencia en Lima, aunque le haya generado el pago de sobretasas de hasta 200% por la labor realizada en sobretiempo.
72. El Demandante considera que el lugar de trabajo no debe ser entendido únicamente como aquel en donde se ejecuta un proyecto geográficamente, sino como aquel lugar en donde resulta necesario se desarrolle una función para que el objetivo del puesto de trabajo se cumpla. El Consorcio asevera que ello ha sido validado por OSITRAN, toda vez que ha aprobado la emisión de informes que fueron elaborados por trabajadores que conocía que se encontraban fuera del Perú.
73. Respecto a la pretensión en mención, la Demandada expresa que el Consorcio, en cumplimiento de lo establecido en el Contrato, adjuntó en sus valorizaciones trimestrales el reporte del sistema biométrico de control de asistencia de su personal, a través del cual sustentó la participación de cada uno de ellos en el lugar de prestación del servicio, esto es, en la ciudad de Lima, con lo cual OSITRAN en base al principio de presunción de veracidad establecido en el Artículo Nº 6 del Reglamento de General de Supervisión de OSITRAN, procedió a la conformidad de dichas valorizaciones luego de la verificación consignada en los informes trimestrales. Sin embargo posteriormente advirtió que la asistencia de los profesionales del Consorcio no fue congruente con la información obtenida por la Superintendencia Nacional de Migraciones, lo cual configuró incumplimientos por parte del Consorcio, debido a la ausencia del personal en el lugar de la prestación del servicio, en contravención de las obligaciones previstas en el numeral 10 de los TDR.
74. OSITRAN asevera que el detalle de los descuentos efectuados se encuentra abundantemente sustentado en el Informe Nº 00334-2020-JCFM-GSF-OSITRAN elaborado por la Jefatura de Contratos Ferroviarios y del Metro de Lima y Callao, los cuales ascienden a un monto acumulado de US\$ 194,444.05 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro con 05/100 Dólares Americanos), incluido el IGV:
 - El descuento en la Valorización Nº 4 corresponde por la ausencia del personal en el lugar de la prestación del servicio por vacaciones.
 - El descuento en la Valorización Nº 5 corresponde por la ausencia del Ing./Arq. Especialista en Obra Civil I en el lugar de la prestación del servicio por vacaciones.
 - El descuento en la Valorización Nº 10 corresponde por la ausencia del personal en el lugar de la prestación del servicio luego de la verificación con el reporte de control migratorio.
 - El descuento en la Valorización Nº 11 corresponde tras haberse verificado la ausencia del personal en el lugar de la prestación del servicio mediante el reporte de

control migratorio y mediante la revisión integral de todos los reportes del sistema biométrico de control de asistencia de cada una de las valorizaciones trimestrales remitidas por el Consorcio.

75. OSITRAN considera que el Consorcio incumplió el Contrato por no contar con la participación de los recursos humanos ofertados, por lo que correspondió efectuar el descuento en las valorizaciones N° 04, N° 05, N° 10 y N° 11.
76. Así, OSITRAN alega que ha expuesto detalladamente los argumentos y sustentos de hecho y de derecho por los cuales se ha imputado al Consorcio el incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 9.3 de la cláusula novena del Contrato al no haber cumplido con el “Cronograma de Asignación de Recursos y Equipos de la Supervisión”.

Posición del Tribunal Arbitral

77. Visto el Informe N° 00334-2020-JCFM-GSF-OSITRAN, el Tribunal Arbitral observa que la Demandada indica que los descuentos efectuados al Consorcio en las Valorizaciones N° 4, N° 5, N° 10 y N° 11 están relacionados a la ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio, estando el detalle de tales descuentos en el Anexo 5 del informe:

<u>De los descuentos aplicados</u>			
4.5 Cabe señalar que, los descuentos efectuados al Supervisor en las valorizaciones N° 04, 05, 10 y 11, están relacionados por la ausencia del personal en el lugar de prestación del servicio.			
El detalle de los descuentos efectuados se adjunta en el <i>Anexo 5: Descuentos efectuados en las Valorizaciones Trimestrales de Prestación del Servicio</i> del presente informe, los cuales ascienden a un monto acumulado de US\$ 194,444.05 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro con 05/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), incluido el IGV.			
Valorización	Total valorización inc IGV [A]	Descuento por ausencia de personal inc IGV [B]	Total a facturar inc IGV [A-B]
Val N°04	\$711,418.14	\$102,789.74	\$608,628.39
Val N°05	\$725,213.31	\$3,343.48	\$721,869.83
Val N°10	\$308,921.43	\$60,765.82	\$248,155.62
Val N°11	\$130,176.85	\$27,545.01	\$63,414.43
Total		\$194,444.05	

78. El Demandante ha justificado las ausencias señalando que responden al goce vacacional al que tienen derecho los trabajadores.
79. Un primer tema a analizar para efectos de arribar a una decisión sobre la Segunda Pretensión es la modalidad contractual del Contrato y específicamente, cómo se formó el precio y cómo se acordó su pago. Al respecto, tenemos en primer lugar el numeral 5 de los Términos de Referencia, donde se establece que el Contrato responde a un sistema de contratación de precios unitarios:

“5. SISTEMA DE CONTRATACIÓN

Este contrato será bajo el sistema de contratación de tarifas y precios unitarios.”

80. Por su parte, los Términos de Referencia definen “Tarifa” como como sigue:

“Tarifa. - Se refiere al valor mensual, en la moneda de la propuesta económica, para cada miembro del equipo de personal que participa en la Supervisión. Las Tarifas incluyen honorarios, cargas sociales, tributos, seguros, transporte fuera del ámbito de las obras, viáticos, gastos generales de la empresa y utilidades.”

81. Esta definición es usual en las prácticas de la industria, cuando la retribución acordada se acuerda en función de los recursos destinados a la prestación del servicio, que en este caso es el personal y los equipos y bienes, y por lo tanto el precio total – en este caso el precio ofertado y que dio lugar a la adjudicación del contrato en favor del Consorcio – se cuantifica como consecuencia de cálculos matemáticos en los cuales deben considerarse todos los recursos que serán destinados a los servicios, incluyendo todos los gastos y costos asociados a ello, más la utilidad esperada e incluso otros conceptos e imprevistos que pudiesen surgir, pero que estuviesen relacionados a la prestación de los servicios y que por lo tanto son de responsabilidad del prestador de los servicios, como tal.
82. Esto es de vital importancia, puesto que, al momento de cuantificar un precio, y en este caso, presentar una oferta, todo postor, y más aún uno experimentado como es el caso, es conocedor de las normas y de las obligaciones laborales y de la situación legal de su personal, y todos los costos asociados a estas obligaciones deben ser considerados en el precio (tarifas) ofertado.
83. A lo anterior, corresponde agregar las pautas aplicables a la forma de pago de la retribución, las cuales están recogidas en el numeral 16 de los Términos de Referencia, a saber:

“16. FORMA DE PAGO

*La forma de pago previsto (sic) se regirá por la aplicación de **Tarifas y Precios Unitarios según los valores ofertados por el SUPERVISOR**, hasta el máximo del monto estipulado en el Contrato de Supervisión. Para la valorización trimestral del personal/equipos y posterior pago, el SUPERVISOR **deberá incluir sólo los recursos empleados en el trimestre respectivo, aplicando la Tarifa/precio unitario correspondientes, según el valor indicado en su propuesta económica**. Los pagos serán realizados de manera proporcional en función del uso efectivo de los recursos en el trimestre. (énfasis agregado)*

(...)

Se considera que las Tarifas y los Precios Unitarios cubren todos los costos necesarios para la correcta y completa ejecución del servicio de Supervisión de las Inversiones Complementarias.”

84. De lo anterior tenemos que la retribución por los Servicios sería pagada en función de los recursos efectivamente empleados en la prestación de los servicios de supervisión durante el trimestre valorizado, al precio o tarifa aplicable.

85. Como refuerzo a lo expresado, se tiene que en el numeral 9.3. del Contrato se estipuló que la ausencia de personal de la Supervisión en el lugar de la prestación de los Servicios daría lugar a un descuento. Dicho numeral 9.3. estipula lo siguiente:

9.3. En caso se verifique la ausencia del personal en el lugar de la prestación del servicio conforme al plan de supervisión, se realizará un descuento, por cada día, de 1/25 de la tarifa correspondiente, en la valorización respectiva, sin perjuicio de la penalidad que pudiera corresponder.

86. Está también el numeral 6.7. del Contrato, según el cual OSITRAN fiscalizaría la participación del personal del Consorcio según lo ofertado:

6.7 EL SUPERVISOR estará sujeto a fiscalización por parte de OSITRAN, este último verificará la participación del personal así como la efectiva utilización de los bienes asignados a la supervisión, por parte de EL SUPERVISOR, según lo ofertado en su propuesta y de acuerdo al cronograma de los servicios de supervisión.

87. De lo analizado en los párrafos anteriores tenemos que, según el Contrato, la retribución por los servicios se pagaría en función del personal que efectivamente estuvo en el lugar de la prestación de los servicios, durante el periodo de tiempo valorizado. Y en esa misma línea, OSITRAN descontaría de la valorización correspondiente, el monto proporcional al personal que no hubiese estado en el lugar de la prestación de los servicios.
88. Agrega OSITRAN que en el Cronograma de asignación de recursos y equipos de la supervisión, que forma parte del Plan de Supervisión, se debe establecer la participación de todos los recursos humanos ofertados: personal y equipos, con las fechas de incorporación y salida de cada uno de la obra u actividad; y ahí la Supervisión programa la participación de su personal y recursos en forma coherente, con un criterio netamente técnico y en concordancia con los Términos de Referencia y el Cronograma de Ejecución de las Inversiones Complementarias, de tal manera que en ningún momento exista carencia del personal ni de recurso requeridos.
89. Si bien no escapa al análisis del Tribunal Arbitral la existencia de obligaciones legales laborales del Consorcio, es importante que las mismas sean puestas en el contexto del Contrato y sus particularidades, así como las obligaciones asumidas por el Demandante y la manera en que se pactó la retribución por los servicios de supervisión.
90. Lo cierto es que las tarifas ofertadas debieron cubrir todo concepto involucrado en la prestación de los servicios, y ello supone también el impacto que tiene el descuento a que se refiere el numeral 9.3. del Contrato, ante la decisión del Consorcio de permitir – o acordar – con su personal, el goce de vacaciones – tanto el número de días a gozar como el momento en que son gozadas – durante el periodo de tiempo comprendido en la prestación de los servicios que fueron objeto del Contrato.
91. Al respecto, ello fue parte de las reglas de juego previamente conocidas y a las que se sometió el Consorcio al momento de participar en la licitación que luego dio lugar al

contrato, lo que se plasma, entre otros en el siguiente párrafo del numeral 16 de los Términos de Referencia:

“Se considera que las Tarifas y los Precios Unitarios cubren todos los costos necesarios para la correcta y completa ejecución del servicio de Supervisión de las Inversiones Complementarias.”

92. Ahora bien, un tema es el derecho al goce vacacional del personal del Consorcio, y otro tema diferente es el acuerdo entre las partes respecto de la modalidad según la cual se pagaría la retribución acordada, que como vimos más arriba, responde a la modalidad de tarifas y precios unitarios. Como ya se señaló más arriba, estamos ante un contrato cuya modalidad de contratación es por precios unitarios, y el precio se paga en función de los recursos existentes en el lugar de la prestación de los servicios. Por lo tanto, ante la ausencia de recursos, no aplica el pago, lo que se traduce en el descuento plasmado en el numeral 9.3. del Contrato.
93. En esta misma línea, la decisión sobre la oportunidad en que los trabajadores del Consorcio gozan de sus vacaciones, así como el número de días de goce vacacional que decide otorgarle – o decide acordar con sus trabajadores – responde a una decisión empresarial propia del Consorcio que debe ser considerada al momento de cuantificar y ofertar sus tarifas, mas no puede ser alegada para exonerarse del descuento que fue acordado en el Contrato, si se verifica la ausencia de personal en el lugar del servicio, como hito que gatilla el descuento, aunado a esto, el Tribunal Arbitral, recoge lo señalado por el propio Demandante quien sostiene en el numeral 130 de su escrito de demanda – y conforme lo establece el Decreto Legislativo Nº 713, - que el descanso vacacional presupone el cese temporalmente de la obligación del trabajador de prestar el servicio al que se encuentra obligado siendo que dicha suspensión temporal no puede ser oponible a la Demandada, quien fácticamente comprobó además la ausencia de los trabajadores que habían gozado de su descanso vacacional, no siendo además dicha causal por periodo vacacional aprobada por las partes como justificativo de ausencia del personal en el Contrato, ni en cualquier otro documento aplicable a la ejecución del mismo.
94. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que la segunda pretensión bajo análisis y su pretensión condicional deben ser declaradas infundadas.

4.3. Análisis de la obligación de restitución de la garantía.

95. El punto controvertido que se procede a analizar es el siguiente:

- v) **TERCERA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral declare que OSITRAN incumplió injustificadamente con su obligación de devolver la Carta Fianza otorgada por el Consorcio en garantía de fiel cumplimiento a la finalización del Contrato de Supervisión, y en consecuencia le ordene la devolución de la Carta Fianza Nº 0011-0708-9800104455-55 del BBVA Banco Continental conjuntamente con los costos financieros asociados a las sucesivas renovaciones, equivalente a la suma de US\$ 53,015.06 (cincuenta y tres mil quince con 06/100 Dólares Americanos).

96. La Demandante refiere que, por Carta Nº 200903-01-OSITRAN del 3 de setiembre de 2020, informó a OSITRAN del pago de la liquidación calculada en el Informe de Liquidación Final del Contrato emitido por la Demandada, dejando constancia de su discrepancia con relación a los descuentos aplicadas y aplicación de penalidades; y, además, solicitó la devolución de la Carta Fianza Nº 0011-0708-9800104455-55 del BBVA Continental, al no existir obligación pendiente de ejecución por parte del Consorcio.
97. La Demandante indica que, mediante Oficio Nº 01385-2020-GA-OSITRAN del 8 de octubre de 2020, OSITRAN informó que no resulta procedente la devolución de la carta fianza, la cual debía mantenerse vigente hasta la finalización del Contrato, tal como lo establece su cláusula décima, siendo que aún no ha concluido toda vez que ha presentado una petición de arbitraje.
98. La Demandante considera que, en atención del artículo 34º del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por OSITRAN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo Nº 040-2015-CD-OSITRAN, la garantía se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación, lo cual sucede con la emisión del Informe Final de Liquidación por parte de OSITRAN, con lo cual, el Contrato habría finalizado con dicho documento.
99. La Demandante destaca que es evidente que, si los servicios no hubiesen concluido, OSITRAN hubiese rechazado la presentación del informe final presentado por el Consorcio y al cual respondió con el Informe Final de Liquidación.
100. Por su parte, la Demandada sostiene que, conforme a la cláusula décima del Contrato, para proceder a la devolución de la carta fianza, el Contrato debe haber finalizado.
101. La Demandada añade que el numeral 12.2 de la cláusula décima segunda del Contrato establece que el servicio se extiende hasta la conformidad de la totalidad de las Inversiones Complementarias y aprobación del Informe de Liquidación Final del Contrato de Supervisión.
102. La Demandada también indica que el artículo 34º de las Disposiciones Complementarias estipula que la garantía de fiel cumplimiento debe tener una vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo de la empresa supervisora, lo cual debe ser interpretado de manera integral con los Términos de Referencia, las Bases y el Contrato.
103. Así, en su escrito de contestación de demanda, OSITRAN refiere que, si bien es cierto que el Informe Nº 00334-2020-JCFM-GSF-OSITRAN contiene el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización respecto a la liquidación final del Contrato presentada por el Consorcio, también es cierto que el Consorcio – no obstante haber pagado el saldo determinado a favor de la Demandada – ha puesto en manifiesto su desacuerdo con dicho pronunciamiento, con lo cual no puede entenderse que existe conformidad sobre la totalidad de las Inversiones Complementarias ni puede darse por aprobada o consentida la liquidación del Contrato y, por lo tanto, la vigencia del negocio jurídico suscrito entre las partes no ha culminado.

104. En esa línea, la Demandada destaca que en el artículo 126º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, se establece que la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de consultoría de obras.
105. Precisamente, la Demandada indica que, por Oficio N° 01385-2020-GA-OSITRAN, comunicó al Consorcio que no resultaba procedente la devolución de la garantía en mención, debido a que, al existir una controversia en vía arbitral respecto a la liquidación final del Contrato, este no habría culminado.

Posición del Tribunal Arbitral

106. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral advierte que la cláusula décima del Contrato regula la obligación del Consorcio de asegurar el cabal cumplimiento de sus obligaciones contractuales con una garantía de fiel cumplimiento consistente en una carta fianza:

CLÁUSULA DÉCIMA.- GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
El cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales estará asegurado por la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, a través del siguiente documento:

- La Carta Fianza solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática, N° 0011-0708-9800104455-55, emitida por el Banco Continental, por un monto ascendente a USD 684,278.10 (Seiscientos Ochenta y Cuatro Mil Doscientos Setenta y Ocho y 10/100 Dólares de los Estados Unidos de América), a favor de **OSITRAN**, vigente hasta el 18 de abril de 2018, la cual será renovable anualmente y debe mantenerse vigente hasta la finalización del presente contrato.

107. Las partes indicaron que la garantía debía mantenerse vigente hasta la finalización del Contrato y que sería devuelta al Consorcio siempre que no existan deudas a su cargo:

Cuando **EL SUPERVISOR** no hubiera renovado la garantía antes de su fecha de vencimiento, el **OSITRAN** podrá ejecutarla sin que **EL SUPERVISOR** tenga derecho a reclamo alguno. Una vez culminado el Contrato, y siempre que no existan deudas a cargo de **EL SUPERVISOR**, el monto ejecutado le será devuelto a este sin dar lugar al pago de intereses.

108. De lo expuesto queda claro que la carta fianza entregada a favor de OSITRAN tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Consorcio, con lo cual, ante la verificación de una situación de incumplimiento de parte de la Demandante o ante la falta de pago de conceptos económicos a favor de OSITRAN por aquella, la Demandada contaba con la facultad de ejecutar la garantía en mención y compensar los montos que correspondan.
109. Por consiguiente, resulta claro que si el Consorcio ha cumplido con las obligaciones a su cargo y su contraparte no tiene observaciones sobre dicha ejecución, el objeto o fin de la garantía se pierde.
110. Precisamente, es menester resaltar que OSITRAN se pronunció sobre la liquidación presentada por el Consorcio mediante Informe N° 00334-2020-JCFM-GSF-OSITRAN,

en el cual, tras analizar los conceptos que lo integran, concluye que el Consorcio remitió el referido informe en cumplimiento de los TDR y que, luego de hacer los deductivos por ausencia de personal, penalidades e intereses, quedaría un saldo a favor de OSITRAN de US\$ 1,078.39:

5.2 El SUPERVISOR ha remitido el Informe de *Liquidación Final del Contrato* en cumplimiento a lo establecido en el Numeral 13 de los Términos de Referencia del Contrato N° 023-2017-OSITRAN.

(...)

5.7 Por lo expresado, luego de hacer los deductivos a la última valorización ascendente a US\$ **63,414.43** (Sesenta y Tres Mil Cuatrocientos Catorce con 43/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), incluido el IGV⁵, por el saldo de las penalidades e intereses impagos (US\$ **63,638.04** y US\$ **854.78**) queda un saldo a favor de OSITRAN de US\$ **1,078.39** (Mil Setenta y Ocho con 39/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), incluido el IGV.

(Anexo A-4, p. 14)

- III. Así, es pertinente destacar que la Demandada ha reconocido que el Consorcio cumplió con el pago de dicho monto:

En tal sentido, si bien el Consorcio no tendría ningún pago pendiente al Ositrán, al no haber culminado la vigencia del Contrato N° 023-2017-OSITRAN, no corresponde efectuar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo expresamente señalado en su Cláusula Décima.

(Escrito de contestación de demanda, p. 47)

112. Asimismo, la Demandada no ha desmentido que el Consorcio no tiene obligaciones pendientes de ejecución, en cambio, ha alegado que no procede la devolución de la carta fianza dada a su favor, toda vez que la existencia del presente arbitraje implica que la liquidación no se encuentra consentida.
113. La lectura que provee la Demandada a la situación, sin embargo, no se condice con el objeto de la garantía en mención, el cual está íntimamente relacionado a la existencia de obligaciones pendientes de ejecución por parte del Consorcio, puesto que, solo en ese escenario OSITRAN mantendría su derecho a ejecutar la carta fianza y cobrarse tras dicho acto.
114. En la situación descrita por ambas partes, la ejecución de la garantía ya no serviría para paliar los incumplimientos del Consorcio, en tanto que la Demandada determinó que, por el servicio prestado, considerando los descuentos por penalidades y otros conceptos, habría un saldo a su favor de US\$ 1,078.39, el cual fue pagado por el Consorcio.
115. Es evidente que el resultado sobre las controversias sometidas a conocimiento del Tribunal Arbitral en el presente arbitraje no perjudica en lo absoluto el derecho que tiene el Consorcio a que se le restituya la garantía entregada a OSITRAN, en tanto que no se ha planteado una pretensión respecto a prestaciones no ejecutadas por la

Demandante y que supondrían la existencia de un derecho de crédito a favor de la Demandada.

116. En efecto, todas las pretensiones buscan favorecer la posición del Consorcio con relación a la liquidación final del Contrato, con lo cual, el resultado no genera ningún impacto en la garantía, pues, tanto si las pretensiones fueran declaradas infundadas como si fueran amparadas, en ningún escenario se advertiría un supuesto en que la Demandada tendría derecho a ejecutar la carta fianza para cobrarse un crédito impago.
117. Así, no habiendo ninguna otra prestación a cargo del Consorcio, la interpretación que tiene OSITRAN sobre su obligación de restituir la carta fianza en mención resulta contraria a la buena fe y a los deberes secundarios que nacen con ella como es la protección del patrimonio de su contraparte.
118. La buena fe contractual es fundamental para la restitución de la garantía, toda vez que, como se puede desprender de lo expuesto, debe existir un criterio de lealtad entre las partes, de modo que no se perjudique al Consorcio por hacer uso de su derecho a contradecir la liquidación, sin que ello, a su vez, perjudique el interés de OSITRAN.
119. En torno a la lealtad, como explica Rodotà citado por Morales Hervías (2013), *“el criterio de lealtad se especifica en dos direcciones: 'como criterio idóneo para permitir la formación de una norma contractual que haga posible la realización completa de la operación económica perseguida por las partes', y 'como criterio que, compatiblemente con el tipo de reglamento de intereses perseguido por las partes, permite la formación de una norma contractual adecuada a las finalidades del orden social perseguidas por el ordenamiento’”*⁴.
120. Justamente, podemos encontrar definiciones donde las palabras buena fe y lealtad confluyen: en las que se indica que actuar de modo leal es proceder de buena fe⁵ y también en las que se expresa que la buena fe propugna una conducta leal⁶ o está definida por los principios de lealtad y honestidad en toda la mutación contractual⁷.
121. De igual manera, tanto la buena fe como la lealtad limitan la discrecionalidad y buscan impedir actos oportunistas o la generación de un daño a la parte opuesta a quien debe guardar dichos deberes, lo cual supone, además, actuar razonablemente de acuerdo con ciertas expectativas o con la finalidad de satisfacer las mismas⁸.

⁴ RODOTA, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*, citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*. En: Revista Derecho PUCP, Nº 71, Lima, 2013, p.64.

⁵ Ver MORALES HERVIAS (2013), p. 66 (*“El concepto de lealtad es una variante del principio de buena fe”*).

⁶ Ver SÚMAR & VELARDE (2015), p. 145, (*“La ‘buena fe’ es un concepto muy difícil de definir. Diremos que, aplicado como principio, tiene una clara unión con la moral, propugnando una conducta leal y muchas veces hasta solidaria entre los contratantes”*).

⁷ PATTI, Salvatore. *L'interpretazione delle clausole generali*. En: *Rivista di diritto civile*, LIX, 2, Padua: Cedam, 2013, p. 275.

⁸ Ver SMITH, Gordon. *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, En: *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, p. 33, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=339100> (*“Ciertamente las cortes usan el deber de buena fe para hacer cumplir razonables o justificables expectativas de las partes contratantes”*) (Traducción libre); aunque la aplicación del deber de buena fe por parte de los jueces puede ir más allá del acuerdo, Ver Gergen, Mark P., *A Defense of Judicial*

- | Nº | Elemento PEP | Denominación del débito | Fon contabilización | Código de clase | Descripción de clase de costo | Valor/Monto
de la operación | Monto de la
operación | Nº docum. refer. | Número de
comprobante | Asignación | Denominación | Categoría
de gasto | Código |
|------|--------------|---------------------------|-----------------------------|-----------------|-------------------------------|--------------------------------|--------------------------|------------------|--------------------------|---|--------------|-----------------------|--------|
| 2019 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 100019 620000 | | Comisiones Bancarias | 90,078 PEN | 9000000217 | 1010405 | 20190801 | 94-GASTOS REEMBOLSALES | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 271219 620000 | | Comisiones Bancarias | 34,708 60 PEN | 1000000112 | 1010410 | 20191227 | 94-GASTOS REEMBOLSALES MES DIC 2019 | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 310129 620000 | | Comisiones Bancarias | 43,275 18 PEN | 1010201016 | 1010411 | 20191215 | 94-GASTOS REEMBOLSALES MES JUN 2019 | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 310703 620000 | | Comisiones Bancarias | 14,946 15 PEN | 1000000789 | 1013107 | 20200731 | 94-GASTOS REEMBOLSALES DE AVALÚS JULIO 2020 | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 220903 620000 | | Comisiones Bancarias | 1,868 00 PEN | 1010343208 | 20200901 | 20200901 | 94-GASTOS REEMBOLSALES AGOSTO 2020 | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 100001 620000 | | Comisiones Bancarias | 14,946 15 PEN | 1000000344 | 101343200 | 20200901 | 94-GASTOS REEMBOLSALES AVALÚS | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 311203 620000 | | Comisiones Bancarias | 22,884 25 PEN | 1000000703 | 10136621 | 20201231 | 94-GASTOS REEMBOLSALES | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | 310001 620000 | | Comisiones Bancarias | 23,114 70 PEN | 1013662120 | 20201231 | 20201231 | 94-GASTOS REEMBOLSALES | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | Previsión Marzo, Abril 2021 | 620000 | Comisiones Bancarias | 24,000 00 PEN | Previsión | Previsión | Previsión | 94-GASTOS REEMBOLSALES | 100001 | PX000671-50 | |
| 2020 | PX000671-50 | Supervisión 1 Metro Linea | Previsión Mayo, Junio 2021 | 620000 | Comisiones Bancarias | 24,000 00 PEN | Previsión | Previsión | Previsión | 94-GASTOS REEMBOLSALES | 100001 | PX000671-50 | |
| | PX000671-50 | | | JRC000 | | 185,652 73 PEN | | | | | | | |
| | | | | | | TC 3.5 | 58,616 56 PEN | | | | | | |

- Reconstruction of Contracts*, 71 Ind. L.J. 45, 78 (1995); ver también Van Alstine, Michael P., *Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith*, 40 Wm. & Mary L. Rev. 1223, 1253 (1999) ('el deber de buena fe puede derivar no solo de los mismos acuerdos formales entre las partes, sino también de expectativas sociales de justicia y conducta razonable') (Traducción libre).

26

129. En consecuencia, de manera adicional a verificar si un gasto es necesario y proporcional, se debe aportar una documentación mínima probatoria que lo respalde y que, en el caso particular, debió ser aportada por el Consorcio. La razón detrás de ese requerimiento es la probanza, en niveles razonables, de la veracidad de la operación. Para este Colegiado, no solo es necesaria una acreditación a nivel de comprobantes de pago, lo cual es insuficiente, sino de su realización efectiva.
130. A criterio de este Tribunal Arbitral, la aplicación de estos criterios es necesaria para poder determinar si un gasto se encuentra debidamente acreditado y, en consecuencia, deba ser reembolsado atendiendo al principio de verdad material, por el cual la acreditación es contable, financiera y fáctica, no siendo suficiente con la mera alegación de una parte o la sola presentación de facturas u otro comprobante de pago, salvo que la ley así lo establezca.
131. En consecuencia, el Anexo A-45 de la demanda no genera convicción al Tribunal Arbitral para el reconocimiento de la suma reclamada, en tanto que, por un lado, no se logra distinguir con claridad si corresponden a gastos directamente relacionados a la garantía de fiel cumplimiento o no y, por otro lado, no se aprecia su realización efectiva a través de movimientos bancarios o anotaciones contables.
132. En tanto que el Consorcio no ha ofrecido ninguno de los documentos mencionados, el Tribunal Arbitral no cuenta con elementos probatorios que le permitan verificar que la suma demandada ha sido efectivamente incurrida por la Demandante.
133. En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que la pretensión debe ser amparada parcialmente, debiéndose ordenar a OSITRAN a la restitución de la garantía entregada a su favor, mas no al pago del monto reclamado, en tanto que no se encuentra acreditado.

4.4. Pronunciamiento sobre los costos del proceso.

134. En este punto corresponde determinar quién debe asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales generados en el presente proceso arbitral.
135. Al respecto el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución de los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala:

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

136. En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato, se puede apreciar que las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

137. A mayor abundamiento, el artículo 46º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje, establece que los gastos arbitrales comprenden los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje. De acuerdo con el artículo 49º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la distribución de los gastos del arbitraje, atendiendo a lo pactado entre las partes.
138. Ahora bien, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, el Tribunal Arbitral considera que existieron discrepancias sobre aspectos de hecho y de derecho en la relación contractual llevada por las partes, que motivaron el presente arbitraje, en el que tanto la parte demandante como la parte demandada tenían razones suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en la presente controversia.
139. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que, en este caso, cada parte deberá asumir los costos y costas de este arbitraje en la proporción que les corresponda, por lo tanto, cada quién asumirá los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en partes iguales. Así también, cada quien asumirá los gastos referidos a su defensa en este proceso.
140. En ese orden, se advierte en los actuados que cada parte ha asumido el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, en la proporción que les correspondía, por lo cual no hay nada que una parte deba reembolsar a la otra.

V. FALLO.

141. El Tribunal Arbitral considera pertinente expresar que sus miembros han ejercido su cargo con estricta imparcialidad e independencia, no habiendo sido objeto de conflictos de interés, coacción o cualquier otro acto que menoscabe sus atribuciones.
142. Por tanto, en ejercicio de la función que las partes y la Constitución Política del Perú le ha conferido, el Tribunal Arbitral procede a decidir sobre las controversias puestas a su conocimiento en los términos siguientes:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS la primera pretensión y su pretensión condicional de la demanda interpuesta por Consorcio AYESA-TMB.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADAS la segunda pretensión y su pretensión condicional de la demanda interpuesta por Consorcio AYESA-TMB.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio AYESA-TMB; en consecuencia, **ORDENAR** a **OSITRAN** a la restitución de la carta fianza entregada a su favor, sin costos financieros asociados a renovaciones.

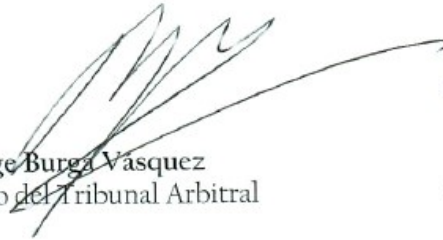
CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión de la demanda interpuesta por Consorcio AYESA-TMB. **DISPONER** la distribución de los costos y gastos del arbitraje, de modo que, por un lado, cada parte ha de asumir los honorarios por concepto de defensa en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro y, por otro lado, cada parte ha de asumir los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de los árbitros en igual proporción.



Eric Franco Regjo
Presidente del Tribunal Arbitral



VERÓNICA FERRERO DÍAZ
Miembro del Tribunal Arbitral



Jorge Burga Vásquez
Miembro del Tribunal Arbitral