

Arbitraje seguido entre

**CONSORCIO IN CONTINU ET SERVICES – GEMALTO MEXICO SA DE CAPITAL  
VARIABLE**

(Demandante)

y

**MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - MRE**

(Demandada)

---

**LAUDO**

---

*Tribunal Arbitral*

Marco Antonio Martínez Zamora

Franz Kundmüller Caminiti

Jorge Moya Medina

*Secretaría Arbitral*

Tatiana Meza Loarte

## **CARÁTULA DE LAUDO ARBITRAL**

Número de Expediente de Instalación: I246-2018.

Demandante: CONSORCIO IN CONTINU ET SERVICES – GEMALTO MEXICO SA DE CAPITAL VARIABLE.

Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES – MRE.

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 001-2016-RE/EXO para la "Contratación del Servicio de Emisión Descentralizada de pasaportes Biométricos Comunes, Diplomáticos y Especiales".

Monto del Contrato: S/ 86'965,341.10 (Ochenta y seis millones novecientos sesenta y cinco mil trescientos cuarenta y uno con 10/100 Soles).

Cuantía de la Controversia: Indeterminada.

Tipo y Número de proceso de selección: Exoneración N° 0001-2015-RE

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 243,833.88 (Doscientos cuarenta y tres mil ochocientos treinta y tres con 88/100 Soles).

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 57,781.13 (Cincuenta y siete mil setecientos ochenta y uno con 13/100 Soles).

Presidente del Tribunal Arbitral designado por los árbitros: Marco Antonio Martínez Zamora.

Árbitro designado por el contratista: Jorge Moya Medina.

Árbitro designado por la entidad: Franz Kundmüller Caminiti.

Secretaría Arbitral: Tatiana Meza Loarte.

Fecha de emisión del laudo: 1 de julio de 2020.

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad.

Número de folios: 50.

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☐ Resolución de contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☐ Liquidación y pago.
- ☐ Mayores gastos generales.
- ☐ Indemnización por daños y perjuicios.
- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☐ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☐ Devolución de garantías.
- ☒ Otros (especificar): Cumplimiento de acta de acuerdos.

En Lima, a los 1 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación y reconvencción dicta el Laudo siguiente:

## **I. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Con fecha 05 de julio de 2018, se llevó a cabo la instalación del Tribunal Arbitral, en los términos que se consigna en el acta respectiva, contándose con la asistencia de ambas partes.

## **II. DE LA DEMANDA**

- 2.1. El CONSORCIO IN CONTINU ET SERVICES – GEMALTO MEXICO SA DE CAPITAL VARIABLE, en adelante el Demandante o el Consorcio o el Contratista, con fecha 03 de agosto de 2018 presentó su demanda arbitral contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, en adelante la Demandada o la Entidad o el Ministerio, con el siguiente petitorio:

**Primera Pretensión Principal:** *Se ordene a la Entidad reconocer y cumplir con todos los acuerdos suscritos con el Consorcio en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017.*

**Segunda Pretensión Principal:** *Se ordene a la Entidad reconocer y pagar al Consorcio la suma de las facturas impagas a la fecha ascendentes a la suma de S/ 9'740,118.20 (Nueve millones setecientos cuarenta mil ciento dieciocho con 20/100 soles) y las sucesivas, por concepto de pagos pendientes por los servicios prestados en concordancia con el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017.*

**Tercera Pretensión Principal:** *Se ordene a la Entidad que reconozca y pague al Consorcio los intereses devengados y por devengarse hasta la fecha en que efectivamente se haga el pago de los importes arriba demandado.*

**Cuarta Pretensión Principal:** *Se ordene a la Entidad el reembolso de todos los gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso y demás efectuados para su atención.*

- 2.2. Como sustento de sus pretensiones, refiere que el 11 de enero de 2016 se suscribió el Contrato N° 001-2016-RE/EXO, en adelante el Contrato, por la suma ascendente a S/ 86'965,341.10 (Ochenta y seis millones novecientos sesenta y cinco mil trescientos cuarenta y uno con 10/100 soles) incluido IGV, derivada de la Exoneración N°001-2015 RE efectuada para la "Contratación del Servicio de Emisión Descentralizada de Pasaportes Biométricos Comunes, Diplomáticos y

*Especiales”.*

- 2.3. Sostiene que la Entidad incumplió con sus obligaciones, lo que derivó en un retraso en el término de la primera etapa del Contrato, por lo que se suscribió un Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 en adelante el Acta de Entendimiento.
- 2.4. La Entidad pretendería desconocer los acuerdos arribados a través del Acta de Entendimiento, por lo que a la fecha adeuda la suma de S/ 9'740,118.20 (Nueve millones setecientos cuarenta mil ciento dieciocho con 20/100 soles) más intereses.
- 2.5. Por su parte, la Cláusula Cuarta del Contrato se estableció que la contraprestación se realizaría según el siguiente detalle:

| <b>MONTO</b>                                                                                                                                         | <b>CONCEPTO</b>                                                                                                                                                                                         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Un pago del 5% del valor del Contrato</b>                                                                                                         | A la expedición de pasaportes electrónicos en las 04 oficinas consulares de mayor demanda, localizadas en la Unión Europea (Madrid, Milán, Barcelona y Ámsterdam).                                      |
| <b>Un pago del 5% del valor del Contrato</b>                                                                                                         | A la puesta en operación del servicio; esto es a la finalización de la implementación de los sistemas y de la habilitación de las 111 oficinas consulares y sedes de expedición y firma de conformidad. |
| <b>Pagos mensuales</b>                                                                                                                               | Por el servicio de administración, mantenimiento y gestión de equipos, entrega de insumos, mantenimiento correctivo y evolutivo del sistema valorizado en 1/36 del restante del CONTRATO.               |
| <b>Al finalizar la transición de salida, al logro de conformidad del Ministerio de Relaciones Exteriores se realizaría el pago del 10% restante.</b> |                                                                                                                                                                                                         |

- 2.6. Sobre el particular, sostiene que la citada cláusula se determinó que, en caso de retraso en el pago, el Consorcio tendría derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.
- 2.7. Asimismo, se remite a la Cláusula Quinta del Contrato que se estableció que el plazo del servicio sería según la ejecución de las siguientes etapas:
- *Etapas de Implementación: Siete (7) meses contados a partir de la suscripción del Contrato.*
  - *Etapas de Explotación: Treinta y Seis (36) meses contados a partir de la finalización de la Etapa de Implementación.*

- 2.8. A partir del 13 de junio de 2016, según sostiene, de común acuerdo inició la producción de pasaportes biométricos ordinarios, diplomáticos y especiales. Por el compromiso internacional asumido por el Estado Peruano con la Unión Europea (UE) para que los ciudadanos nacionales accedan a la exoneración de la Visa para ingresar al Espacio Schengen, se emitió pasaportes biométricos a partir del 01 de agosto de 2016, siendo esta producción (propia de la Etapa de Explotación) paralela a la ejecución de la Etapa de Implementación.
- 2.9. Respecto a la Primera Pretensión Principal, manifiesta que se debía de culminar la Etapa de Implementación en siete (7) meses contados a partir del 11 de enero de 2016, fecha en la que se suscribió el Contrato, es decir, esta etapa debía de entregarse conforme hasta el 11 de agosto de 2016; no obstante, precisa que debido a causas no atribuibles al Consorcio, dicha Etapa tuvo un retraso de once (11) meses, habiéndose levantado el Acta de Conformidad de esta etapa, recién el día 11 de julio de 2017.
- 2.10. La causa que habría generado el atraso de la Etapa de Implementación, fue la falta de interconexión entre los Sistemas de la Entidad y la Superintendencia de Nacional de Migraciones, ya que para que se finalice con dicha Etapa era necesario que se realice la Interconexión entre los Sistemas de la Entidad y la Superintendencia de Nacional de Migraciones, para ello, ambas entidades debían de celebrar un Convenio de Interconexión.
- 2.11. Esta obligación atribuible a la Entidad, se menciona en diferentes apartados de los Términos de Referencia como en: (i) Objetivo Específicos, (ii) Servicios que debe entregar al Proveedor o (iii) Procesos para Emisión de pasaportes.
- 2.12. Así, el Contratista requirió a la Entidad mediante la Carta S/N de fecha 30 de setiembre de 2016 la celebración del Convenio de Interconexión, a efectos de implementar la interconexión entre ambas entidades, sin embargo, al no obtener respuestas por parte de la Entidad, el Consorcio reiteró el requerimiento de cumplimiento de celebración de convenio para la ejecución de la interconexión a través de las Cartas s/n de fechas 03 y 10 de marzo de 2017. Asimismo, con tales misivas propuso a la Entidad los deductivos correspondientes a las obligaciones relacionadas a la interconexión de los sistemas con Migraciones, para dar una alternativa para la conclusión de la Etapa de Implementación.
- 2.13. Pese los esfuerzos realizados, no se obtuvo una respuesta por parte de la Entidad, sino hasta el 20 de abril de 2017, fecha en la que a través de la Carta (DGC) N° 0-4-A/471, la Entidad comunicó al Consorcio que mediante Acta N° 01-2017-CON-CIP de fecha 28 de marzo de 2017, se había realizado el acuerdo para la Interconexión de Sistemas Biométricos entre Migraciones y la Entidad.

Por su parte, a través de la Carta (DGC) N° 0-4-A/471, la Entidad requirió al Consorcio que proceda con las pruebas de intercambio de información de pasaportes entre Migraciones y la Entidad.

- 2.14. Dado el retraso descrito, el Consorcio requirió a la Entidad la ampliación de plazo correspondiente; sin embargo, la Entidad rechazó el pedido por lo que presentó una solicitud de conciliación de fecha 06 de junio de 2017 ante el Centro de Conciliación y Negociación "OMEGA".
- 2.15. Sostiene que, a consecuencia del retraso de los once (11) meses por culpa de la Entidad para el cierre de la Etapa de Implementación, no solo trajo perjuicios en cuanto al plazo sino también produjo la falta de pago como contraprestación de trece (13) meses de producción de pasaportes.
- 2.16. Explica que a raíz del compromiso internacional asumido por el Estado Peruano con la Unión Europea (UE), se les requirió producir pasaportes durante la Etapa de Implementación, a pesar de que esta actividad estaba asignada a la Etapa de Explotación.
- 2.17. Sostiene que, sin estar obligado contractualmente durante los trece (13) meses que van de junio de 2016 a julio de 2017, se emitió cien mil (100 000) pasaportes, sin embargo dicha producción no ha sido reconocida por la Entidad, por ello, a través de la Carta S/N de fecha 14 de agosto de 2017, se requirió el cumplimiento de pago de S/ 5'500,000.00 (Cinco millones quinientos mil con 00/100 soles) correspondientes a los gastos generales por los trece (13) meses de producción de los pasaportes emitidos.
- 2.18. Debido a los hechos descritos, las partes de común acuerdo habrían suscrito el Acta de Entendimiento por el cual, se acordó:

*"(...) El CONSORCIO deja sin efecto la Conciliación Extrajudicial planteada al Ministerio de Relaciones Exteriores - MRE, y comunicada por el Centro de Conciliación OMEGA con Carta N° 104-2017/OMEGA de fecha 06 de junio de 2017.*

*- El MRE acepta ampliar, en once (11) meses el plazo de cierre de la Etapa de Implementación. Es decir, hasta el 11 de julio de 2017.*

*- El CONSORCIO renuncia, de manera irrevocable, al cobro de S/ 5'500,000.00 por los gastos generales generados por los trece (13) meses de producción de pasaportes biométricos y servicios relacionados; y*

*- Ambas partes aceptan que, en compensación por los trece (13) meses de producción de pasaportes durante la Etapa de Implementación, se reducirá once (11) meses de la Etapa de Explotación y que las cuotas de pagos mensuales pasarán de treinta y seis (36) a veinticinco (25) reajustando su monto sin afectar el costo total del Contrato ni irrogar gastos adicionales al MRE por dicho concepto."*

- 2.19. Refiere que dicha Acta se encuentra suscrita por el director del *Proyecto de Pasaporte Biométricos*, Embajador César Enrique Bustamante Llosa (actual Director General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores), por lo que reviste toda formalidad de representación por parte de la Entidad.

- 2.20. Los acuerdos mencionados como expresión de voluntad de ambas partes, no contravienen ninguna disposición normativa aplicable al Contrato, máxime aún que dichos acuerdos fueron ratificados mediante el Acta de Reunión de fecha 06 de setiembre de 2017, cuyo numeral 2 indicó expresamente lo siguiente: *"2. El MRE y el Consorcio reconocen y ratifican lo acordado en el Acta de Entendimiento suscrita por ambas partes el 28 de agosto de 2017, el cual forma parte de la presente Acta"*.
- 2.21. Afirma que su representada cumplió con los acuerdos establecidos en el Acta de Entendimiento: i) Dejó sin efecto su petición para el reconocimiento de la Ampliación de Plazo planteada ante el Centro de Conciliación OMEGA de fecha 06 de junio de 2017 y ii) Renunció al cobro de S/ 5'500,000.00 (Cinco millones quinientos mil con 00/100 soles) correspondientes a los gastos generales por los trece (13) meses de producción de los pasaportes emitidos.
- 2.22. Pese a ello, informa que la Entidad no ha cumplido con el pago de las facturas mensuales emitidas correspondientes a la Etapa de Explotación esto es, desconoce la validez del Acta de Entendimiento.
- 2.23. Considera que la Entidad asumió los acuerdos previstos en el Acta de Entendimiento, que fue ejercida en parte y ratificada posteriormente por ella misma, pese a que ahora pretendería desconocer tal acta generando un grave perjuicio al Consorcio que, de Buena Fe, habría dado cumplimiento a los acuerdos. Afirma que la Entidad actuó en contra de sus propios actos y la buena fe.

Por lo expuesto, solicita que se ordene a la Entidad honrar el cumplimiento de los acuerdos arribados en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017 y, en consecuencia, se declare fundada la Primera Pretensión Principal.

- 2.24. Respecto a la Segunda Pretensión Principal, manifiesta que la Cláusula Cuarta del Contrato establece que los pagos durante la Etapa de Explotación, se realizaran de manera mensual a favor del Consorcio por el servicio de administración, mantenimiento y gestión de equipos, entrega de insumos, mantenimiento correctivo y evolutivo del sistema.
- 2.25. Agrega que el Acta de Conformidad de fecha 11 de julio de 2017 otorgó la conformidad a la Etapa de Implementación, considerándose a partir de dicha fecha como el inicio formal de la Etapa de Explotación.
- 2.26. El cuarto punto de acuerdo del Acta de Entendimiento estableció que, en compensación por los trece (13) meses de producción de pasaportes durante la Etapa de Implementación, se reduciría en once (11) meses la Etapa de Explotación y que las cuotas de pagos mensuales pasarían de treinta y seis (36) a veinticinco (25). En mérito a ello, su representada habría cumplido con el servicio de los primeros meses de la Etapa de Explotación, emitiendo las siguientes facturas:

- **Factura Electrónica E001-62** emitida el 08 de setiembre de 2017 por la suma ascendente a S/ 1'948,023.64.
- **Factura Electrónica E001-63** emitida el 18 de setiembre de 2017 por la suma ascendente a S/ 1'948,023.64.
- **Factura Electrónica E001-66** emitida el 19 de octubre de 2017 por la suma ascendente a S/. S/ 1'948,023.64.
- **Factura Electrónica E001-71** emitida el 20 de noviembre de 2017 por la suma ascendente a S/. S/ 1'948,023.64.
- **Factura Electrónica E001-73** emitida el 18 de diciembre de 2017 por la suma ascendente a S/. S/ 1'948,023.64.

2.27. Pese a los requerimientos de pago, la Entidad incumplió con su obligación esencial, pues a la fecha no ha procedido a la cancelación de las facturas. Mediante las siguientes cartas se habría requerido la cancelación de los pagos de las facturas mencionadas:

- Carta N°083-2017-MRE-RR
- Carta N°103-2017-MRE-RR
- Carta N°104-2017-MRE-RR
- Carta N°114-2017-MRE-RR
- Carta s/n de fecha 22 de diciembre de 2017.

2.28. Sobre este tema, sostiene que la falta de pago es un incumplimiento esencial de la Entidad, remitiéndose para ello a la Opinión 162-2015/DTN, la cual señala que:

*"2.7.1 A su vez, debe indicarse que la determinación de las obligaciones contractuales de la Entidad que resultan esenciales depende de las características y condiciones de cada contrato y su configuración, por lo que, en principio, no se puede determinar en abstracto cuáles son todas las obligaciones esenciales de la Entidad en el marco de la contratación pública.*

*Sin embargo, toda vez que la obligación de la Entidad de pagar al contratista una retribución por sus obligaciones ejecutadas es una de las condiciones que determinan que una contratación se encuentre bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, esta constituye una obligación esencial de la Entidad.*

*En esta medida, cuando la Entidad incumpla con su obligación de pagar al contratista la retribución por sus servicios efectivamente prestados, de acuerdo a la oportunidad y condiciones establecidas en el contrato, el contratista podría iniciar el procedimiento de resolución del contrato".*

Asimismo, se refiere a la Opinión 027-2014/DTN, la que señala lo siguiente:

*"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”.*

- 2.29. Por todo lo indicado, considera que la falta de pago perjudica de forma directa al Consorcio ya que es indispensable contar con dicha liquidez para alcanzar el objeto o finalidad del contrato.
- 2.30. Respecto a la Tercera Pretensión Principal, manifiesta que de acuerdo al artículo 48 de la Ley y al artículo 181 del Reglamento debido al retraso en el pago por parte de la Entidad, el Consorcio tiene derecho al pago de intereses, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.
- 2.31. En esa línea, se remite a la Cláusula Cuarta del Contrato que establece: *“En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse”.*
- 2.32. Con relación a la Cuarta Pretensión Principal, solicita el reembolso de todos los gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso y demás efectuados para su atención.
- 2.33. Concluye ofreciendo sus medios probatorios

### **III. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA**

El 19 de septiembre de 2018, la Entidad presentó la contestación de demanda, solicitando que se declare improcedente y/o infundada la demanda, bajo los siguientes fundamentos:

- 3.1. En la ejecución del Contrato, el Consorcio incurrió en retrasos. Asimismo, sostiene que la Dirección General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares en adelante DGC en su calidad de área usuaria determinó e informó sobre los incumplimientos por parte del Consorcio, información que fue remitida a la Oficina de Logística para el cobro de las penalidades correspondientes. Los documentos remitidos por la DGC, son los siguientes:
  - Memorándum (DGC) N° DGC0976/2016
  - Memorándum (DGC) N° DGC1246/2016
  - Memorándum (DGC) N° DGC1349/2016
  - Memorándum (DGC) N° DGC5481/2016
  - Memorándum (DGC) N° DGC0095/2017
  - Memorándum (DGC) N° DGC0180/2017
- 3.2. Conforme al Contrato, la Etapa de Implementación debía cerrarse hasta el 11 de agosto de 2016, sin embargo, está recién se produjo el 11 de julio de 2017, que al respecto el Consorcio señala que la causa que generó el atraso se debe a la falta de interconexión entre los sistemas del MRE y la Superintendencia Nacional

de Migraciones, no obstante, la Entidad precisa que esta información no coincide con la realidad.

- 3.3. Para ello, sostiene que con el Memorándum (DGC) N°DGC0446/2017 de fecha 15 de mayo de 2017, el área usuaria indicó que la interconexión entre el MRE y Migraciones se realizará *"durante el periodo del contrato"*, comunicando en este mismo documento que tal interconexión se realizará en la Etapa de Explotación, lo que a su vez fue comunicado al Consorcio a través de la Carta (LOG) 0-4-A/617 notificada el 16 de mayo de 2017.

- 3.4. Así, no sería cierto que el Consorcio mediante carta s/n del 30 de setiembre de 2016, requirió a la Entidad la celebración del Convenio de Interconexión con Migraciones. Más bien, indica que dicha carta se refiere a la entrega del cronograma de actividades y reiteración de solicitud de recepción y conformidad de prestación contractual.

Afirma que no hay referencia alguna al tema de la interconexión y menos aún, que dicha interconexión sea obstáculo para la finalización de la fase de Implementación.

- 3.5. Sobre lo manifestado por el Consorcio respecto a la reiteración del requerimiento de cumplimiento de celebración de Convenio para la ejecución de la interconexión, es a través de sus cartas de fechas 03 y 10 de marzo de 2017, que la Entidad habría referido que en la carta del 03 de marzo el Consorcio no realizó ninguna reiteración, sino más bien habría pedido que para finalizar la Etapa de Implementación, era necesario que exista interconexión.

La Entidad indica que tal comunicación fue cursada casi a los siete (7) meses de vencido el plazo establecido para finalizar la Etapa de Implementación.

- 3.6. Sostiene la Entidad que, si la celebración del convenio de interconexión resultaba imprescindible para finalizar la etapa de implementación, el Consorcio debió señalarlo en su oportunidad y no recién luego de casi siete (7) meses de vencido el plazo respectivo. Precisa que esta situación refuerza la posición asumida por el área usuaria del MRE en el Memorándum (DGC) N°DGC0446/2017.

- 3.7. Sobre la carta de fecha 10 de marzo de 2017, la Entidad manifiesta que tampoco se advierte el supuesto requerimiento del Consorcio hacia la Entidad, pues dicha comunicación tiene como asunto el *"Informe del Fin de la Etapa de Implementación"* limitándose a señalar en su párrafo final que *"en dicho Informe Final, precisamos que se deberá postergar de la Etapa de Implementación, las obligaciones derivadas de la interconexión entre los sistemas de la Entidad y Migraciones, toda vez que hasta la fecha no existe un Convenio de Interconexión entre ambas entidades"*.

Ello, a su entender, reforzaría la posición asumida por el área usuaria efectuada en el Memorándum (DGC) N°DGC0446/2017.

3.8. Mediante carta s/n de fecha 02 de mayo de 2017, el Consorcio solicitó la Ampliación de Plazo por trescientos ochenta y ocho (388) días calendario por retraso en la Etapa de Implementación, siendo que tal solicitud fue negada con carta (LOG) 0-4-A/617 de fecha 16 de mayo de 2017, entregada al Consorcio en la misma fecha.

3.9. Considera falsa las afirmaciones del Consorcio respecto a que el retraso para el cierre de la Etapa de Implementación obedece a culpa atribuible al MRE y que ello le ocasionó perjuicios y falta de pago de 13 meses de producción de pasaportes. Así, considera que el retraso para el cierre de la etapa de implementación, no es imputable a la Entidad pues el demandante incurrió en una serie de retrasos.

Sobre lo afirmado por el Consorcio, respecto a que se le requirió producir pasaportes en la Etapa de implementación pese a estar asignada esta actividad para la Etapa de Producción, sostiene que ello no se condice con la realidad, pues conforme al Contrato y a los Términos de Referencia, si existía la obligación del Consorcio, de producir pasaportes durante la Etapa de Implementación.

3.10. Por otro lado, el *Acta de Entendimiento* materia de esta demanda que fue suscrita por el señor Embajador en el Servicio Diplomático de la República César Enrique Bustamante Llosa, en su condición de director del Proyecto de Pasaportes Biométricos, este carecería de facultades de representación para la toma de los acuerdos allí adoptados.

Respecto al *Acta de Reunión* del Comité Ejecutivo del 6 de setiembre de 2017, afirma que no puede convalidar ni otorgar efectos vinculantes al *Acta de Entendimiento* debido a que no se encuentra suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración en su condición de representante legal de la Entidad, por lo que no puede exigirse su cumplimiento.

3.11. En cuanto a la Primera Pretensión Principal, manifiesta que el artículo 140 del Código Civil, dispone que todo acto jurídico debe contener un agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible. Asimismo, se remite al artículo 210 del citado código que establece que el acto es nulo cuando es practicado por agente incapaz. Así, el Acta de Entendimiento, que es materia de la Primera Pretensión Principal, carecería de validez y eficacia jurídica por no haber sido suscrito por agente capaz, pues en ella se otorgó una ampliación de plazo de once (11) meses a la etapa de implementación y en el mismo periodo fue reducido al periodo de explotación.

3.12. El artículo 6 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) dispone que "*cada entidad establecerá en su Reglamento de organización y funciones u otros instrumentos de organización, el órgano y órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario (...)*".

En relación a ello, cuatro años antes de la firma del Acta de Entendimiento, mediante Resolución Ministerial N° 1003-/RE-2013 el MRE otorgó facultades en materia de contrataciones del Estado a favor del jefe de la Oficina General de Administración donde se dispuso las siguientes facultades:

- Aprobar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de estas.
- Suscribir los contratos y adendas que se deriven de los procedimientos de selección.
- Autorizar las ampliaciones de plazo solicitadas por los contratistas, en el marco de lo dispuesto en la normativa de contratación pública.

3.13. Pese a ello, quien suscribió el Acta de Entendimiento, fue el señor Embajador César Enrique Bustamante Llosa, en su calidad de director del Proyecto del Contrato quien carece de facultades para otorgar ampliaciones de plazo y reducir periodos de prestaciones, máxime si las personas que suscribieron el Acta de fecha 6 de setiembre de 2017 tampoco ostentaron el cargo de titular de la OGA por lo cual, no puede entenderse por ningún motivo que dicho acto convalidó el Acta de Entendimiento.

3.14. Respecto a la Segunda Pretensión Principal, manifiesta que los montos puestos a cobro por el Consorcio emanan de las obligaciones acordadas en el Acta de Entendimiento, sin embargo, conforme al razonamiento expuesto sobre la primera pretensión, el MRE rechaza dichas facturas toda vez que no se ajustan a lo estipulado en el Contrato.

La Cláusula Tercera del Contrato fijó como monto total la suma de S/ 86'965,341.10 Soles y la forma de pago fue prevista en la cláusula cuarta y el plazo de ejecución contractual fue pactado en la cláusula quinta. Acota que dichas cláusulas no han sido modificadas por lo que cualquier modificación debe provenir de una adenda.

3.15. Manifiesta sobre los montos consignados en las facturas electrónicas emitidas por el Consorcio cuyo pago demandan como segunda pretensión principal, no se condicen con los acuerdos establecidos en el contrato, razón por la cual la Entidad ha venido efectuando el pago parcial de las mismas, en un monto de S/. 1'352,794.19 soles y no los S/ 1'948,023.64 soles que figuran en las mismas y que responden al Acta de Entendimiento que carece de efectos legales.

3.16. Por estas razones, la *Segunda Pretensión Principal del Demandante* debería ser desestimada, pues la voluntad real de las partes está contenida en el contrato y no en el Acta de Entendimiento, contrario sensu, el Colegiado estaría aplicando un criterio no previsto contractualmente y ajeno al acuerdo contractual negociado y aceptado por ambas partes.

3.17. Con relación a la Tercera Pretensión Principal considera que debe ser desestimada por cuanto, las facturas giradas por el Consorcio no se han sujetado

al procedimiento previsto en el contrato, sino que responden al Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017, el mismo que no ha sido suscrito por el Jefe de la Oficina General de Administración, y por tanto las facturas no pueden ser exigibles en los montos allí consignados, menos, procedería computarse los intereses reclamados. Refiere que ha venido pagando las facturas en los verdaderos montos que corresponden, respetando el Contrato válidamente suscrito entre las partes,

- 3.18. Por último, respecto a la Cuarta Pretensión Principal, sostiene que debe ser desestimada, por cuanto el artículo 73 de la Ley de Arbitraje dispone que sólo en caso que haya una parte completamente vencida, el Colegiado podrá condenarla al pago íntegro de los gastos arbitrales, precisa que respecto a lo señalado en sus argumentos quien deberá asumir el pago de las costas, costos, y gastos debe ser el Consorcio demandante.
- 3.19. Concluye ofreciendo medios probatorios

#### **IV. DE LA RECONVENCIÓN**

- 4.1. Mediante el escrito N°002 presentado el 19 de septiembre de 2018, la Entidad formuló reconvención, en los siguientes términos:

***Primera Pretensión Principal:*** *Se declare la nulidad e ineficacia del acto jurídico contenido en el acta de entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 suscrita por el Consorcio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable y el Embajador César Enrique Bustamante Llosa por carecer del requisito esencial para la validez del acto jurídico: capacidad del agente.*

***Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal:*** *Que se ordene al Consorcio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable dejar de emitir facturas derivadas del acta de entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 y que al contrario proceda a emitir facturas conforme a lo previsto en el contrato.*

***Segunda Pretensión Principal:*** *Que se condene al Consorcio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable al pago de los gastos arbitrales incurridos en el presente arbitraje.*

- 4.2. Respecto a la Primera Pretensión Reconvencional, la Entidad sostiene que el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017 contiene una invalidez completa que emana de un vicio estructural, es decir, un vicio que nació junto con el otorgamiento del acto jurídico. Para ello, refiere que el embajador César Bustamante Llosa no tenía facultades para llegar a tales acuerdos, pues la materia acordada en dicho acto fue sobre ampliaciones de plazo y reducción de prestaciones, facultades que fueron conferidas por Resolución Ministerial N°

1003-/RE-2013 de fecha 2 de diciembre de 2013 al jefe de la Oficina General de Administración.

- 4.3. El Embajador César Bustamante Llosa es el director del Proyecto y además director de la Dirección General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores y que carece de representación en relación a los acuerdos tomados en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017.
- 4.4. Por otro lado, respecto a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, refiere que al ser declarado nulo el acto jurídico inmerso en el Acta de Entendimiento, deberá ordenarse al Consortio que no emita las facturas derivadas de dicho acto ineficaz.
- 4.5. Respecto a la Segunda Pretensión Principal Reconvencional, señala que esta pretensión, dependerá del resultado del arbitraje, pues quien gane la contienda será el que tenga derecho a repetir el pago de los gastos arbitrales incurridos contra la parte vencida.

## **V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN**

Mediante escrito N° 05, presentado el 24 de octubre de 2018 el Consortio contesta la reconvención negando y contradiciendo los argumentos señalados por la Entidad, bajo los siguientes argumentos:

- 5.1. Respecto a la Primera Pretensión de la Reconvención sostiene que, en el supuesto hipotético, que está haya sido inválida e ineficaz por falta del agente, los acuerdos contenido en dicha acta fueron ratificados con posterioridad por la Entidad; y que los intentos de está por cuestionar la validez de tal acta demostrarían una conducta de mala fe por parte de la Entidad. En esa línea, afirma que por *Acta de Reunión* de fecha 06 de septiembre de 2017 se ratificó el *Acta de Entendimiento*, por lo tanto, el acto jurídico contenido en ella es válido y eficaz debido a que aquella Acta de Reunión ratifica sus términos y acuerdos, precisando que dicha ratificación es válida y permitida por nuestro marco normativo, en base en el artículo 162 del Código Civil.

El artículo 162 del referido Código, sostiene que los actos jurídicos que, inicialmente, resultan ineficaces pueden ser ratificados y, en consecuencia, adquirir sin problemas validez y eficiencia.

- 5.2. Sostiene para ello, que la ratificación no es sino la manifestación de voluntad por la cual, una persona presta su consentimiento a ser alcanzado para tales efectos de un acto jurídico que, en su origen, no tiene poder jurídico suficiente para vincularlo, debido a que fue suscrito por una persona que no tenía facultades y el poder para representarla.

En esa línea, el Acta de Reunión del 06 de septiembre de 2017, además de

contener acuerdos que vinculan tanto el Consorcio como la Entidad, representaría un caso de ratificación, en el cual manifiesta su consentimiento de que se le vinculen los efectos de Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017. Precisa que se estaría frente a una plena y válida ratificación, toda vez que el Acta de Reunión, a diferencia del Acta de Entendimiento, ha sido suscrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

- 5.3. Respecto a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, considera que resulta legal y válido que el Consorcio emita facturas según los términos y acuerdos contenidos en dicho Acta.
- 5.4. Finalmente, en cuanto a la Segunda Pretensión Principal de la Entidad, señala que recurre al presente arbitraje ante la imposibilidad de que la Entidad cumpla con sus obligaciones derivadas del Acta de Entendimiento, y precisa que sus argumentos son sólidos, completos y plenamente ciertos, por ello solicita se declare infundada esta pretensión
- 5.5. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

## **VI. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

- 6.1. La Entidad, interpuso excepción de caducidad respecto a la Primera, Segunda y Tercera Pretensiones Principales de la demanda mediante el escrito presentado el 19 de setiembre de 2018. Para ello, sostiene que el Consorcio, con fecha 06 de julio de 2017 dio inicio a un proceso de conciliación extrajudicial respecto a "la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo de la Etapa de Implementación presentada por el Consorcio el 2 de mayo de 2017", la misma que fue denegada mediante Carta (Log) 0-4-A7617 que, a su vez, fue recibida por el Consorcio el 16 de mayo de 2017.

Tal proceso conciliatorio habría concluido el 29 de agosto de 2017, por inasistencia de las partes.

- 6.2. Con fecha 28 de agosto de 2017, las partes suscribieron el Acta de Entendimiento, la cual fue ratificada mediante Acta de Reunión de Comité Ejecutivo de fecha 6 de setiembre de 2017; sin embargo, el funcionario que suscribió el Acta de Entendimiento, Embajador del Servicio Diplomático de la República César Enrique Bustamante Llosa, en su condición de director del Proyecto de Pasaportes Biométricos, carecía de facultades de representación para la toma de los acuerdos allí adoptados.
- 6.3. El Consorcio debió iniciar inmediatamente el arbitraje, considerando que ya había iniciado previamente un procedimiento de conciliación extrajudicial, pues el artículo 215 del Reglamento dispone que al no haberse adoptado acuerdo alguno o tras haberse adoptado un acuerdo parcial, el arbitraje debe iniciarse dentro de los quince días hábiles siguientes.

Sin embargo, el Consorcio inicia el 25 de octubre de 2017 una nueva solicitud de conciliación respecto al Acta de Entendimiento, conforme se aprecia del sello de recepción del centro de conciliación que aparece en la parte superior de la referida solicitud y que adjunta como parte del Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo de fecha 10 de noviembre de 2017.

- 6.4. El Consorcio inició el presente arbitraje recién el 1 de diciembre de 2017, por lo que estima que ha transcurrido en demasía el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública.
- 6.5. Para tales efectos, sostiene que, con fecha 28 de agosto de 2017, se firmó el Acta de Entendimiento y el 31 de agosto del 2017, se recibió en la Mesa de Partes de la Entidad, la Carta N° 074-2017-MRE-RR, cursada por el Consorcio al MRE, a través de la cual remite y solicita el Pago de la Factura Electrónica N° E001-60, por la suma de S/. 1'352,794.19 soles, correspondiente al primer pago mensual de la etapa de explotación, conforme a lo establecido en el contrato suscrito entre las partes.
- 6.6. El 6 de septiembre en Acta de Reunión del Comité Ejecutivo, se ratificó el Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 y el 8 de setiembre de 2017 se recibió en la Mesa de Partes del MRE, la Carta N° 083-2017-MRE cursada por el Consorcio a través de la cual remite y solicita el pago de la Factura Electrónica N° E001-62 por la suma de S/. 1'948,023.64 soles, asimismo, el Consorcio señaló que la factura que está adjuntando deja sin efecto y reemplaza a la remitida el 31 de agosto de 2017.
- 6.7. Considera que, a partir de este momento, 8 de setiembre de 2017, si el Consorcio consideraba que efectivamente el Acta de Entendimiento vinculaba a las partes, cosa que niega, debió acudir a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato y en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, facultativamente la conciliación o el arbitraje.
- 6.8. Sin embargo, recién el 25 de octubre de 2017, el Consorcio presenta su solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación y Negociación "Omega", la que cursa al MRE, la Carta de Invitación el 30 de octubre de 2017; es decir, el Demandante acude al proceso de conciliación de manera extemporánea por cuanto ha excedido el plazo de caducidad establecido en el artículo 181 del Reglamento.
- 6.9. Si el Consorcio remite a la Entidad su Factura electrónica N° E001-62 el día 08 de setiembre de 2017, debió acudir a los mecanismos de solución de controversias a más tardar el 24 de octubre de 2017, pues a esta fecha vencían los plazos señalados en la norma antes transcrita, esto es, diez (10) días calendario para la conformidad y quince (15) días calendario para el pago por lo que tenía un plazo de quince (15) días hábiles de vencido el plazo para el

pago para acudir a la conciliación o al arbitraje, según la norma transcrita; entonces, al haber presentado su solicitud de conciliación recién el 25 de octubre de 2017, considera que se ha producido la caducidad que alega.

- 6.10. Señala que, con fecha 29 de noviembre de 2017, efectuó el pago parcial de la Factura Electrónica N° E001-62 por la suma de S/ 1'352,794.19 conforme al Contrato y no el monto total de tal factura (S/ 1'948,023.64), pues superaba el máximo establecido contractualmente.
- 6.11. Por todo lo anterior, estima que operó la caducidad respecto a la Primera, Segunda y Tercera Pretensiones Principales, precisando además que estas dos últimas en realidad son consecuencia de la primera.
- 6.12. Concluye incluyendo medios probatorios.

## **VII. DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

- 7.1. Mediante escrito N°05 recibido con fecha 24 de octubre de 2018, el Consorcio absuelve la excepción de caducidad formulada por la Entidad. Para ello, sostiene que las afirmaciones de la Entidad, son ajenas a la verdad, debido a que la Entidad confunde las materias ventiladas en la primera conciliación extrajudicial del 06 de julio de 2017 con las materias que se discuten en el presente arbitraje, precisando que ambos casos son completamente distintos.
- 7.2. Sobre la primera conciliación extrajudicial de fecha 06 de julio de 2017, sostiene que tuvo la finalidad de encontrar una solución a la denegatoria de solicitud de ampliación de plazo N° 01. Por otro lado, con fecha posterior, el Consorcio ha iniciado el presente arbitraje con la finalidad que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el cumplimiento por su parte del Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017, lo cual es una materia diferente a la primera.
- 7.3. Lo alegado por la Entidad sería atendible si se hubiera iniciado el presente arbitraje para controvertir la denegatoria de la solicitud de Ampliación de plazo N° 01, no obstante, advierte que ello no ocurre así por cuanto, la pretensión no está referida a la solicitud de ampliación de plazo. Así, en estricto cumplimiento del procedimiento previsto por la normativa de contratación, tuvo que iniciar el arbitraje el 25 de octubre de 2017, un segundo procedimiento de conciliación extrajudicial, en el cual busca una solución negada para que la Entidad cumpla con su parte del Acta de Entendimiento.
- 7.4. Como tales intentos conciliatorios no tuvieron éxito, el 10 de noviembre de 2017 las partes suscribieron un Acta de Conciliación por falta de acuerdo, es a partir de esta última fecha que el Consorcio tenía el plazo de quince (15) días hábiles a fin de iniciar el presente arbitraje, precisando que efectivamente se inició a través de su solicitud arbitral el 01 de diciembre de 2017.

- 7.5. Entonces, sostiene que presentó oportunamente su solicitud de arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles, no operando de esta forma ninguna caducidad, en consecuencia, a ello solicita se declare infundada la excepción de caducidad formulada por la Entidad.

**IX. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS E INFORME DE HECHOS**

Con fecha 19 de noviembre de 2018, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión y Actuación de Medios Probatorios e Informe de Hechos con la asistencia del Tribunal Arbitral, y la participación de las partes, en los siguientes términos:

- 8.1 Respecto a la Conciliación no se pudo llegar a acuerdo a alguno dejándose abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.
- 8.2 Acto seguido, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas.

- **Primer Punto Controvertido (Primera Pretensión Principal de la Demanda):** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad reconozca y cumpla con todos los acuerdos suscritos con el Consorcio con el Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017.*
- **Segundo Punto Controvertido (Segunda Pretensión Principal de la Demanda):** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad reconocer y pagar al Consorcio la suma de las facturas impagadas a la fecha ascendentes a la suma de S/ 9'740,118.20 (nueve millones setecientos cuarenta mil ciento dieciocho con 20/100soles) y las sucesivas que no se les cancele al Consorcio, por concepto de pagos pendientes por los servicios de prestados en concordancia con el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017.*
- **Tercer Punto Controvertido (Tercera Pretensión Principal de la Demanda):** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad reconozca y pague al Consorcio los intereses devengados y por devengarse hasta la fecha en la que efectivamente se haga el pago de los importes arriba demandado.*
- **Cuarto Punto Controvertido (Primera Pretensión Principal de la reconvencción):** *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia del acto jurídico contenido en el Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017, suscrita por el Consorcio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable y el embajador César Enrique Bustamante Llosa, por carecer del requisito esencial para la validez del acto jurídico: Capacidad del agente.*
- **Quinto Punto Controvertido (Pretensión Accesorio a la Primera**

***Pretensión Principal de la reconvención):*** *Determinar si corresponde o no ordenar al Consortio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable deje de emitir facturas derivadas del Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 y si corresponde o no, ordenar al Consortio emita las facturas conformes al contrato.*

- ***Sexto Punto Controvertido (Cuarta Pretensión Principal de la demanda):*** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el reembolso de todos os gastos, costos y costas incurridos en el presente arbitraje, incluido los honorarios profesionales contratado para la defensa en este proceso y demás efectuados para su atención.*

- 8.3. Asimismo, se admitieron los medios probatorios presentados por las partes, se llevó a cabo los informes de hecho y se convocó a audiencia de Testimoniales, para el día 13 de diciembre de 2018, citando en calidad de testigo al señor Raúl Aldoradín Gutiérrez, Jefe de Logística del Ministerio de Relaciones Exteriores.

## **IX. OTRAS ACTUACIONES PROCESALES**

En adición a todo lo anterior, cabe destacar las siguientes incidencias pertinentes al presente proceso arbitral:

- 9.1. El 13 de diciembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Testimoniales, con la presencia de las partes y del señor Raúl Aldoradín Gutiérrez, testigo, en calidad de Jefe de Logística del Ministerio de Relaciones Exteriores; realizándole las preguntas del pliego interrogatorio remitido por la Entidad.
- 9.2. Con la Resolución N°23 de fecha 22 de mayo de 2019, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, para que presenten sus alegatos y de estimarlo pertinente, soliciten el uso de la palabra.
- 9.3. Con la Resolución N°24 de fecha 11 de julio de 2019 las partes cumplen con presentar sus alegatos escritos y solicitaron el uso de la palabra.
- 9.4. El 12 de agosto de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia del Tribunal Arbitral y la participación de las partes.
- 9.5. Mediante la Resolución N°27 de fecha 2 de octubre de 2019, se declaró cerrada la etapa probatoria y se dispuso plazo para laudar.
- 9.6. Con la Resolución N°28 de fecha 14 de noviembre de 2019, se corrió traslado al Contratista el pedido de remoción formulado por la Entidad, respecto de uno de los miembros del Tribunal Arbitral.
- 9.7. Mediante la Resolución N°29 de fecha 25 de noviembre de 2019, se dispuso la suspensión del proceso arbitral y del plazo para laudar, en tanto se resuelva el

incidente mencionado en el acápite anterior.

- 9.8. Desestimándose el pedido de remoción antes indicado, se reanudó el plazo para laudar. Sin embargo, con fecha 15 de marzo de 2020, el Supremo Gobierno declara el Estado de Emergencia Nacional como consecuencia del brote del COVID-19, disponiendo el distanciamiento social (cuarentena) de la población nacional por el término de quince (15) días calendario, motivo por el cual en la misma fecha este Tribunal Arbitral dispuso la suspensión de todos los plazos procesales por el mismo lapso.

Levantada la suspensión del proceso, en la fecha se emite el presente Laudo Arbitral, sin perjuicio de su plazo de notificación.

## **X. CONSIDERANDO:**

### **X.1 Consideraciones previas**

10.1 Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) El Consorcio presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, así como su escrito de ampliación de demanda;
- iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestarla y formulando reconvencción;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral;
- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta

- independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
- x) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
  - xi) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

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

## **X.2 Normativa aplicable**

10.3 De acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el contrato materia del presente caso arbitral, la norma aplicable al presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por Ley N° 29873 (en adelante, La Ley), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el Reglamento).

Estas disposiciones son aplicables para todos los contratos que han tenido como origen procedimientos de selección convocados entre el 20 de septiembre de 2012 y el 08 de enero de 2016 inclusive.

## **XI. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

- 11.1. En forma previa al análisis de las pretensiones de las partes, corresponde analizar la caducidad invocada por la Entidad respecto de las tres primeras pretensiones formuladas por el Contratista. Tal caducidad se invoca respecto de dos momentos: i) El primero, por el vencimiento del plazo producido desde la emisión del Acta de Conciliación por Inasistencia de Ambas Partes N° 0099-2017 de fecha 29 de agosto de 2017 y la fecha de interposición de arbitraje y; ii) El segundo, por el vencimiento de plazo para cuestionar el pago derivado del Acta de Entendimiento, luego de emitida la factura emitida como consecuencia de tal acuerdo.
- 11.2. Cabe recordar que las primeras tres pretensiones del Contratista, están referidas: i) a que se le reconozca y se cumpla con los acuerdos suscritos en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017; ii) a que se le pague la S/ 9'740,118.20

por los servicios prestados, conforme al mencionado acuerdo y; iii) que se le reconozcan los intereses devengados y por devengarse de los montos impagos.

Como se apreciar, el elemento central de estas tres pretensiones, así como de la oportunidad de su reclamo en sede arbitral, están referidos a la oportunidad de suscripción del Acta de Entendimiento y de sus efectos, los que se analizarán a continuación.

### **Hechos que derivaron de la suscripción del Acta de Entendimiento**

- 11.3. El 2 de mayo de 2017, el Demandante solicitó una ampliación de plazo por trescientos ochenta y ocho días calendarios, que fue denegada por la Entidad mediante la Carta LOG 0-4-A/617 del 16 de mayo de 2017.

Contra tal denegatoria de ampliación de plazo, el Contratista formuló solicitud de conciliación, siendo que su petitorio estuvo orientado a obtener la ampliación de plazo denegada. Específicamente dicho proceso conciliar fue planteado: *"respecto la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo de la etapa de implementación presentada por el Consorcio"*<sup>1</sup>.

- 11.4. Estando el mencionado proceso conciliatorio en curso, el 28 de agosto de 2017 las partes suscribieron el Acta de Entendimiento<sup>2</sup>, en la que se acordó lo siguiente<sup>3</sup>:

*"1. El Consorcio deja sin efecto la conciliación extrajudicial planteada al MRE y comunicada por el Centro de Conciliación Omega con carta N° 104-2017-OMEGA de fecha 8 de junio de 2017.*

*2. El MRE acepta ampliar, en once (11) meses, el plazo de cierre de la etapa de implementación. Es decir, hasta el 11 de julio de 2017.*

*3. El Consorcio renuncia de manera irrevocable al cobro de S/ 5'500,000.00 (...) por los gastos generales por los trece (13) meses de producción de pasaportes biométricos y servicios relacionados.*

*4. Ambas partes aceptan que, en compensación por los trece (13) meses de producción de pasaportes durante la etapa de implementación, se reducirán once (11) meses de explotación y que las cuotas de pagos mensuales pasarán de treinta y seis (36) a veinticinco (25) reajustando su monto sin afectar el costo total del Contrato ni irrogar gastos adicionales al MRE por dicho concepto".*

---

<sup>1</sup> Anexo 2-A del escrito presentado el 19 de setiembre de 2018 por la Entidad.

<sup>2</sup> Anexo 1-I de la demanda presentada por el Contratista.

<sup>3</sup> Cabe precisar que no se analiza en esta parte de nuestro análisis, la validez o no de tal *Acta de Entendimiento* (aspecto que se encuentra reservado al análisis del principal), sino la oportunidad, materia y efectos de su suscripción respecto de los plazos con los que contaba el Contratista para plantear su solicitud arbitral.

- 11.5. De la lectura del acta en mención, se aprecia que el Contratista no sólo renunciaba a su solicitud de conciliación, sino a los gastos generales que hubieran correspondido a su pedido de ampliación de plazo, en caso este hubiera sido conferido, así como otros aspectos que se encontraban vinculados a la oportunidad en la cual deberían computarse los respectivos plazos de implementación y producción.

Así, de los propios términos establecidos en la mencionada acta, carecía de objeto continuar con el proceso conciliatorio iniciado, por haber quedado vacío de contenido, hecho que se refleja en la culminación del mismo por inasistencia de ambas partes, como se aprecia del Acta de fecha 29 de agosto de 2017.

- 11.6. Es en este punto donde la Entidad sustenta su pedido de caducidad. Al negarle validez al Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017, considera que la controversia no se cerró y que, por ende, el plazo de caducidad de quince (15) días para recurrir a arbitraje, debía computarse a partir de la culminación del proceso conciliatorio, es decir a partir del día siguiente al 28 de agosto de 2017<sup>4</sup>.

- 11.7. Bajo dicha posición, la Entidad sostendría que el Contratista, en lugar de plantear una nueva conciliación (mediante solicitud del 25 de octubre de 2017), debió haber recurrido al arbitraje dentro de los quince (15) días siguientes al cierre del primer proceso conciliatorio, siendo que sólo habría recurrido a dicho mecanismo de solución de controversias, el 1 de diciembre de 2017.

Así las cosas, la Entidad considera que el pedido arbitral es extemporáneo - tanto si se cuenta desde el cierre del primer proceso conciliatorio, como desde el plazo que tenía el Contratista luego de emitida la factura del 8 de septiembre de 2017, en la que pretendía implementar los acuerdo de tal Acta de Entendimiento.

**(i) Sobre la caducidad computada desde la culminación del primer proceso de conciliación**

- 11.8. En este extremo, la excepción planteada por la Entidad parte de considerar que el Contratista debió recurrir al arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles<sup>5</sup> de concluido el proceso de conciliación iniciado por este, por la denegatoria de ampliación de plazo. Ello ocurrió el 29 de marzo de 2017, con el Acta de Conciliación por Inasistencia de Ambas Partes de tal fecha.

- 11.9. Sin embargo, tal inasistencia no se da como un hecho aislado, sino en el marco

---

<sup>4</sup> Cita para ello el artículo 215 del Reglamento el cual establece que: "(...) si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo Total o Parcial (...)"

<sup>5</sup> Bajo la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, el plazo de caducidad aplicable para las controversias relativas a las ampliaciones de plazo, era de 15 días calendario, no así los 30 días que contemplada la norma actualmente vigente.

de negociaciones entre actos directos, entre una parte y otra, que llevaron a la suscripción del *Acta de Entendimiento* tantas veces mencionada en el presente documento. Si bien la Entidad como parte de sus pretensiones y en reconvención, plantea la nulidad de la misma<sup>6</sup>, al no haber sido revocada, anulada o bajo cualquier otro medio dejada sin efecto, a la fecha y, en tanto se resuelva la primera pretensión de la reconvención, dicha Acta goza de la presunción de licitud.

- 11.10. Expresado en otros términos, la renuncia del Contratista a continuar con las acciones orientadas a reclamar la ampliación de plazo que le fue denegada, no sólo se encuentra expresamente mencionada en el *Acta de Entendimiento* en mención, sino que adicionalmente deriva de y se refleja en el abandono del proceso de conciliación previamente iniciado.

El análisis de la validez o no de tal *Acta de Entendimiento* es materia que será determinada, solo como consecuencia de lo que se decida en el análisis de fondo del presente caso arbitral, teniendo en cuenta la propia pretensión reconvencional de la Entidad, máxime si de la propia documentación aportada por las partes, queda claro que tal documento no ha sido revocado o, bajo cualquier otra modalidad, previamente dejado sin efecto. En esa línea, no corresponde sustentar un pedido de caducidad sobre la base de la impertinencia de un documento, cuya validez debe ser decidida en este mismo proceso arbitral.

- 11.11. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta el objeto del primer proceso conciliatorio y si, el mismo, mantiene identidad o no con las tres pretensiones del Contratista, cuya oportunidad se cuestiona con la presente excepción de caducidad.

En efecto, la controversia que fue materia del mencionado proceso conciliatorio está referida a una ampliación de plazo que fue denegada por la Entidad. En este sentido, el tema a resolver es si ha habido identidad o no entre el proceso de conciliación que se menciona, respecto de las pretensiones sobre las cuales recae el pedido de caducidad bajo análisis; o si, por el contrato, éstas están referidas a una controversia nueva.

- 11.12. Como queda claro, el primer proceso conciliatorio fue interpuesto por el Contratista luego de que se le negara un pedido de ampliación de plazo que, adicionalmente, incluía su pretensión de reconocimiento de sus gastos generales. De modo simultáneo, pero no en el marco del proceso conciliatorio iniciado, el Contratista y el funcionario de la Entidad a cargo de la administración

---

<sup>6</sup> La primera pretensión de la reconvención (cuarto punto controvertido), plantea “*Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia del acto jurídico contenido en el acta de entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017, suscrita por el Consortio In Continuo Et Services Gemalto México SA de Capital Variable y el Embajador César Enrique Bustamante Llosa, por carecer del requisito esencial para la validez del acto jurídico: capacidad del agente*”.

y gestión de contrato, suscribieron un *Acta de Entendimiento*, en la que el Contratista renuncia a los gastos generales y en la que, adicionalmente, se efectúan diversos acuerdos sobre la fecha de inicio, extensión y superposición de las etapas de implementación y explotación para la elaboración de pasaportes, establecidas en el Contrato.

Siguiendo lo establecido en dicha *Acta de Entendimiento*, el Contratista no continúa con su proceso conciliatorio, el que culmina con el Acta N°0099-2017 de fecha 29 de agosto de 2017.

11.13. ¿En el presente proceso arbitral la controversia es la misma que la planteada en el mencionado primer proceso conciliatorio?, la respuesta es evidentemente no. En efecto, como se aprecia de los actuados arbitrales y pretensiones planteadas, no pretende el Consorcio en este proceso arbitral que se le otorgue la ampliación de plazo y gastos generales inicialmente solicitados y que le fueran negados; por el contrario, su objeto está referido a solicitar el cumplimiento del *Acta de Entendimiento* de fecha 28 de agosto de 2017 y los efectos que se derivan de la misma, tal como la forma de pago establecida en dicha acta y los intereses legales por el atraso en los pagos incurridos.

11.14. No insiste el Contratista en el reconocimiento de una ampliación de plazo previamente denegada, sino en la ejecución de un *Acta de Entendimiento*, celebrada en trato directo en un momento posterior y que la Entidad considera que no le es oponible. Tal controversia es reconocida por la propia Entidad, puesto que, en este mismo proceso arbitral, solicita que el Colegiado declare la invalidez del mencionado documento.

En esa línea, no existe identidad entre la pretensión del primer proceso conciliatorio y las tres primeras pretensiones de la demanda, del presente caso arbitral. El hecho que motiva el presente caso arbitral, es la controversia en torno a la validez o no del *Acta de Entendimiento*, no así una controversia previa, cuya discusión no ha sido continuada por el actual accionante.

11.15. Más aún, incluso en el hipotético supuesto que existiese alguna duda sobre la no identidad entre la pretensión del proceso conciliatorio y las que nos ocupan, debe recordarse que la caducidad es un instituto que no sólo restringe, sino incluso extingue un derecho, por lo que no puede hacerse del mismo una lectura extensiva, sino por el contrario, debe partirse de una delimitación estricta.

11.16. Como consecuencia de todo lo anterior, deviene en IMPROCEDENTE este extremo del pedido de caducidad deducido por la Entidad.

**(ii) Sobre la caducidad computada desde la oportunidad para cuestionar el monto del pago que correspondía al Contratista**

11.17. Un segundo extremo del pedido de caducidad se encuentra limitado a la

segunda pretensión (y de modo accesorio a la tercera) del Contratista, en cuanto solicita el pago de su facturación en la forma, monto y periodicidad prevista en el *Acta de Entendimiento* suscrita el 28 de agosto de 2017. Sobre este tema, la Entidad considera que el Consorcio acudió de modo extemporáneo al segundo proceso de conciliación extrajudicial (iniciado el 25 de octubre de 2017) para reclamar su pago.

- 11.18. En el marco del Acta de Entendimiento, el 6 de septiembre de 2017 se lleva a cabo la reunión del Comité Ejecutivo en el que se ratifican los términos de aquella y, conforme al cual, dos días después, el Contratista presenta la factura electrónica N°E001-62 por la suma de S/ 1'948,023.64 Soles, precisando que esta factura reemplaza a la factura electrónica N°E001-60, emitida por un monto menor<sup>7</sup>.
- 11.19. De este modo, la Entidad considera que el Contratista debió contar desde el 08 de septiembre de 2017, fecha de presentación de esta última factura, el plazo para su pago, considerando los días que tenía la Entidad para aprobar y pagar la misma; siendo que no se produjo el pago dentro de tales plazos<sup>8</sup>, considera que a partir del 3 de octubre de 2017 el Contratista debió computar los 15 días hábiles de ley para recurrir a conciliación o arbitraje, los que culminaron el 24 de octubre de 2017. En tal sentido, el pedido de conciliación presentado por el Consorcio devendría, a su entender, en extemporáneo.
- 11.20. La Entidad sostiene que, a partir del 8 de setiembre de 2017, el Contratista debió contar su plazo para acudir al arbitraje y reclamar el pago de la factura presentada. No obstante, recién el 25 de octubre de 2017 el Consorcio presentó su solicitud de conciliación, lo que considera fue extemporáneo.

Sobre este tema, la Entidad sostiene que el Contratista debió como máximo activar los mecanismos de solución de controversia el 24 de octubre de 2017, pues a esta fecha, vencían los plazos señalados en el artículo 181 del Reglamento; esto es, 10 días para la conformidad, 15 días para el pago y 15 días hábiles para reclamar el pago y, por ende, para acudir a conciliación o arbitraje, sin embargo, recién acudió el 25 de octubre de 2017.

- 11.21. Dicho de otro modo, la Entidad considera que el Contratista debe contar por si mismo el plazo que tiene la parte estatal para dar conformidad, así como añadir exactamente a continuación los 15 días dentro de los cuales debe procederse al pago. Como la Entidad no pagó en tales 25 días acumulados, considera que existe una controversia y, con ello, sostiene que desde ahí deben computarse los 15 días hábiles para recurrir a conciliación o arbitraje.

---

<sup>7</sup> Recordemos que uno de los acuerdos alcanzados en el acta de entendimiento, implicaba el reconocimiento de la coexistencia de las etapas de implementación y explotación, así como – preservando el monto previsto en el contrato para la fase de explotación, prorrateaba su pago a los meses que se consideraban restantes. De este modo, en lugar de emitirse 36 facturas por S/ 1'352,794.19, se emitirían sólo 25, pero por un monto de S/ 1'948,023.64.

<sup>8</sup> Diez días calendario para la conformidad y quince días calendario para el pago.

- 11.22. No se tiene en cuenta, sin embargo, que no existe silencio positivo respecto de los entregables del Contratista; ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, como tampoco el contrato que rige a las partes establecen que, transcurridos los diez días de plazo para la conformidad, el producto queda aprobado de modo automático y para todos los efectos.

Del mismo modo, la simple omisión de pago dentro de los 15 días calendario correspondientes, puede considerarse como controversia, sino que constituirá un simple atraso sujeto al pago de intereses legales, como bien lo establece la legislación vigente<sup>9</sup>.

- 11.23. Sólo puede considerarse la existencia de una controversia entre las partes, cuando existe una posición clara y discrepante entre ellas o, cuando estando en estado de supuesto incumplimiento una de las partes, la otra opta por no continuar esperando y, por el contrario, decide recurrir a los mecanismos de solución de controversias.

- 11.24. En el caso que nos ocupa, tenemos la presentación de una factura, sobre la cual no hay ni conformidad ni ningún otro pronunciamiento por la parte que la recibe; es decir, tal factura ni se rechaza, ni se observa ni se niega, ni en todo o en parte, de modo tal que, si bien puede continuar a la espera de un pronunciamiento, el Contratista opta por activar la conciliación, con fecha 25 de octubre de 2017. La existencia de controversia, queda ratificada por la propia Entidad el 29 de noviembre de 2017, cuando procede al pago de la factura aludida, pero solo de modo parcial<sup>10</sup>.

Así, antes del 25 de octubre no existía controversia alguna. Esta sólo se inicia en tal fecha y queda ratificada con el pago parcial del 29 de noviembre de 2017.

- 11.25. Sobre el tema, el último párrafo del artículo 181 del Reglamento establece que: *"(...) Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago"* (El subrayado es nuestro). Si no ha producido aún la controversia, no corresponde el cómputo de plazo alguno.

En efecto, cabe reiterar que el plazo de quince días para la activación de los mecanismos de solución de controversias, no están referidos a la simple demora

---

<sup>9</sup> La Ley de Contrataciones del Estado establece en su artículo 48 que: *"(...) en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes"*. Similar sentido, se encuentra en el artículo 181 del Reglamento, cuando regula lo siguiente: *"(...) en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse"*.

<sup>10</sup> Por S/ 1'352,794.19

en la conformidad o en el pago, pues para ello la propia legislación ha previsto, entre otros, el pago de intereses legales. No es lo mismo el simple retraso en el pago, que genera el pago de intereses legales, con la diferencia clara y explícita entre las partes, respecto del monto a pagar.

- 11.26. Francesco Cernelutti denominó controversia como “aquella situación que se produce cuando los sujetos titulares de los intereses en conflicto hacen manifiestas sus posiciones contrarias, discutiéndolas, contradiciéndolas o contraviniéndolas”<sup>11</sup>. Así, podemos señalar que una controversia será aquella donde las partes manifiestan y sustentan posiciones contradictorias o distintas, de modo tal que es necesario la intervención de un tercero mediante el arbitraje, a efectos de dilucidar dicha controversia, así “*Los hechos controvertidos pues, serán los únicos sobre los que se llevará a cabo el debate procesal*”<sup>12</sup>.

No serán controversia aquellos hechos donde las partes ciertamente, no formulen cuestionamientos, en consecuencia, debe tenerse como ciertos y “*no cabrá discusión sobre ellos*”<sup>13</sup>.

- 11.27. En consecuencia, el Colegiado concluye que este extremo de la caducidad deducida por la Entidad, debe igualmente desestimarse y, por ende, deviene en IMPROCEDENTE.

## **XII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES**

### **Naturaleza del Contrato Administrativo**

- 12.1. Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de contrataciones pública regulado por la Ley de Contrataciones del Estado comprende la totalidad de entidades públicas, incluidas las empresas estatales y dentro de ellas las empresas mixtas en las que se mantenga el control público de sus decisiones, así como los diversos fondos, sociedades de beneficencia y juntas de participación social. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador que optó por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración alguna, que pueda sostener *per se* su

---

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Volumen 1. Buenos Aires: UTEHA citado por PANDURO MEZA, Lisbeth en *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el Arbitraje*. Tesis, 2011. Ver: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/793/PANDURO\\_MEZA\\_LIZBETH\\_APLICABILIDAD\\_INSTITUCIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/793/PANDURO_MEZA_LIZBETH_APLICABILIDAD_INSTITUCIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>12</sup> SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso*. En IUS ET VERITAS N° 47, Lima, diciembre 2013, p. 222.

<sup>13</sup> SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso*. En IUS ET VERITAS N° 47, Lima, diciembre 2013, p. 222.

exclusión del régimen de contrataciones del Estado<sup>14</sup>.

- 12.2. Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la Ley de Contrataciones del Estado, tenemos a su vez, el ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como las llama la Ley de Contrataciones del Estado) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.
- 12.3. Esto quiere decir que, en principio, toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos públicos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especiales, que se denomina en el Perú como Régimen de Contratación Estatal, que al momento del proceso de selección estuvo regido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado mediante el Reglamento y sus normas modificatorias y complementarias.
- 12.4. El sustento constitucional para dicha obligación, es el artículo 76° de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que *"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes"*, agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Este hecho en su momento constituyó un cambio dramático en el modo de afrontar las contrataciones y adquisiciones del Estado, puesto que con anterioridad a la Ley N° 26850 del 27 de julio de 1997, que aprobó el texto original de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existía en el Perú un régimen disperso y desconcentrado, en el que existía normativa distinta para los casos de obras, consultorías de obras, servicios y bienes, siendo que dentro de estos últimos supuestos resultaba paradigmático el caso de las empresas estatales, las que estaban sometidas a sus propias disposiciones internas, que no siempre resultaban igualmente accesibles, de facto, entre los potenciales proveedores del mercado en su conjunto. Es justamente en el ámbito de las empresas estatales donde se da aún la mayor tensión entre las disposiciones aplicables a todas las entidades estatales y las propias necesidades de un mercado en competencia, tal como ocurrió que con el caso de Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., que obtuvo un régimen privativo especial para seleccionar al postor merecedor de la Buena Pro, pero siempre engarzado en las normas generales del régimen común, al igual que las Cajas Municipales a partir del ejercicio presupuestal 2010.

<sup>15</sup> Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC<sup>15</sup>, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que: *"La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la*

- 12.5. En esa línea, en la relación contractual existen un conjunto de derechos y obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavallo<sup>16</sup> expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato, como categoría general, es obligatorio sea que se trate de un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *“un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”*.
- 12.6. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.
- 12.7. Adicionalmente a las características de los contratos previstas en el Derecho Común, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el régimen de contratación estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública o de otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en el acápite siguiente.
- 12.8. En el caso de los contratos en los que sea parte una ENTIDAD estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones específicas que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas puntuales) que en estricto sentido desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

---

*libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)” (El subrayado es nuestro).*

<sup>16</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

- 12.9. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como vienen a ser los silencios positivos, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
- 12.10. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación contractual de la Entidad con su contra parte contractual, así como la relación de derechos y deberes que se originan como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la Entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.
- 12.11. Por los primeros, la Entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.
- 12.12. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro lado, otorgar la suficiente predictibilidad para el contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.
- 12.13. Siguiendo el razonamiento antes explicado, en la interpretación de los contratos administrativos debe tenerse en cuenta que es la Entidad quien redacta las Bases y que éstas son parte integrante del Contrato, así como también es la Entidad la que establece los márgenes posibles sobre las cuáles los postores y futuro contratista pueden formular sus ofertas, siendo asimismo la Entidad la parte que evalúa las propuestas presentadas y otorga, conforme a ellas, la Buena Pro. Queda claro, en ese sentido, que es su obligación formular reglas claras, no pudiendo obtener ventaja de las imprecisiones o inconsistencias que – eventualmente- los documentos que forman parte del Contrato, pudiesen

contener.

### **Análisis en específico de los Puntos Controvertidos**

- 12.14. En el presente caso, el íntegro de las pretensiones, con la sola excepción de las costas y costos procesales, se encuentran vinculadas a la validez o no del Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017 y sus efectos. Por ello, en primer lugar y antes de resolver su validez o no, debemos analizar el contexto en el cual se suscribe, en función a las características especiales del Contrato y de las prestaciones que debían cumplirse.
- 12.15. Para ello, es necesario entender los siguientes temas: i) la relación que existía entre la denominada etapa de implementación y etapa de explotación del Contrato; ii) los efectos del *Acta de Entendimiento* respecto del plazo contractual; iii) La formación del precio del Contrato y si el *Acta de Entendimiento* modificaba o no su monto y; iv) Las funciones que correspondían a los diversos órganos de administración, previstos en el propio contrato.

Luego de ello, podremos responder cada una de las preguntas que conforman las pretensiones planteadas por ambas partes.

### **12.16. Etapa de implementación versus etapa de explotación**

- a) En primer lugar, debemos tener en cuenta que el régimen de contratación pública establece límites a la duración de los contratos, los que en modo alguno puede ser indefinidos o indeterminados. En el caso de servicios, este tema no genera mayor inconveniente, cuando nos encontramos ante productos que se elaboran en corta duración, como podría ser un informe legal o técnico o en general, cualquier estudio específico.

Distinto es el caso de servicios continuos, es decir aquellos que la Entidad requiere de modo permanente, como es el caso de seguros, vigilancia o limpieza, así como aquellos que, sin ser permanentes, se brindan en una extensión amplia de tiempo.

- b) Para estos casos, debe tenerse en cuenta lo contemplado en el artículo 150° del Reglamento, que en su numeral 1 establece lo siguiente:

#### ***“Artículo 150.- Casos especiales de vigencia contractual***

*1. Las Bases pueden establecer que el plazo del contrato sea por más de un ejercicio presupuestal, hasta un máximo de tres (3), salvo que por leyes especiales o por la naturaleza de la prestación se requieran plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones.”*

Ello quiere decir que, por regla general, el servicio a contratar no puede ser brindado por un período mayor a tres (3) años, lo que de este modo se constituye como la duración máxima de la contratación.

- c) Tal circunstancia no es ajena al caso que nos ocupa. Siendo que el objeto de la contratación entre la Entidad y el Consorcio era la producción de pasaportes bajo condiciones técnicamente específicas, cabe advertir que los Términos de Referencia (que son parte del Contrato), establecían en tales tres (3) años la duración del servicio, conforme se puede apreciar de su texto:

***“Plazo de duración del servicio***

*El servicio tendrá una duración de tres (3) años contados desde el día siguiente de la puesta en operación del servicio (finalización de la implementación a nivel nacional y de firma de conformidad)”.*

- d) En esa misma línea, se pronuncia la Cláusula Quinta del Contrato propiamente dicho, la que se encuentra planteada en los términos siguientes:

**CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN**

El plazo de ejecución del presente contrato es por el periodo de tres (03) años, contados desde el día siguiente de la puesta en operación del servicio (finalización de la implementación a nivel nacional y firma de conformidad).

Asimismo, se deberá tener en cuenta el plazo para el Plan de implementación, el mismo que será presentado en un plazo de veintiún (21) días calendario contados luego de la suscripción del presente contrato.

Etapas de Implementación: **EL CONTRATISTA** tendrá un plazo máximo de siete (07) meses para esta etapa, por lo que en caso de incumplimiento, **LA ENTIDAD** podrá aplicar las penalidades especificadas en los Términos de Referencia de las Bases.

Esta etapa considera la implementación y recepción gradual de al menos, los hitos mencionados a continuación: la capacitación, la transición de entrada y la habilitación de sedes.

- e) Nótese sin embargo que, en ambos casos, además del período de ejecución propiamente dicho, en ambas disposiciones se contempla un período de implementación, necesario para que se den las condiciones necesarias para el desarrollo del servicio contratado (la expedición de pasaportes). Este período previo o período de implementación, no sería pues una etapa propiamente de ejecución del servicio, sino de acondicionamiento de las exigencias necesarias para que se brinde el servicio que fue objeto de la convocatoria y del posterior Contrato y que fue establecido, en un lapso *máximo* de siete (7) meses.
- f) Para tales efectos, los *términos de referencia* del presente Contrato,

establecieron dos momentos:

- Período de implementación, conforme a la página 76 de los términos de referencia señala que *"tendrá una duración máxima de siete (7) meses"*.
  - Período de explotación, conforme a la página 84 de los términos de referencia, que constituye propiamente el período de ejecución del servicio contratado, siendo que la *"duración de la etapa de explotación es de 36 meses"*.
- g) Queda claro que la etapa de implementación tiene un fin estrictamente subordinado e instrumental al objeto del servicio propiamente dicho, durante el cual deben obtenerse las condiciones necesarias para el inicio de la expedición de pasaportes. Consecuentemente, puede colegirse válidamente que la intención de la Entidad era contar con la provisión del servicio de pasaportes por el plazo máximo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir tres (3) años.

Lo que no podría concluirse, es que el servicio propiamente dicho se pacte por un plazo mayor a tales 36 meses, pues de este modo se estaría trasgrediendo la norma antes citada.

- h) Así, tenemos una etapa o período de explotación previsto en el máximo posible por el Reglamento, que sería de 36 meses. Para alcanzar dicho máximo, el propio contrato prevé un período de implementación que igualmente tiene un máximo (7 meses), cuyo objeto y finalidad es generar las condiciones necesarias para que pueda llevarse a cabo el servicio de expedición de pasaportes, durante el plazo máximo previsto en la normativa de la materia.

Dada la naturaleza estrictamente instrumental del período de implementación, queda claro que su duración no podía extenderse indefinidamente en el tiempo, puesto que su objeto era únicamente proveer las condiciones necesarias para permitir la denominada etapa de explotación (inicio del servicio propiamente dicho).

- i) Bajo esa línea, el Contratista plantea una ampliación de plazo relativa a la fase de implementación, que no es aprobada por la Entidad al considerar que las tareas pendientes que la sustentaban, podían ser implementadas en la fase de explotación. Con la suscripción del *Acta de Entendimiento* del 28 de agosto de 2017 el Contratista no insiste más en este punto, sino que acepta un acuerdo más amplio, en el cual se reconoce tanto la extensión de la fase de implementación, como el inicio anticipado de la fase de explotación, con una superposición entre ambas de once (11) meses calendario<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> De los actuados en el presente caso arbitral queda claro que, más allá del tema formal que es el que se analiza en el presente caso, la expedición de pasaportes se vino efectuando con anterioridad a la culminación de la denominada fase de implementación. El Acta de

- j) Sobre este tema, el *Acta de Entendimiento* del 28 de agosto de 2017, establece lo siguiente:

"(...)

2. El MRE acepta ampliar, en once (11) meses, el plazo de cierre de la etapa de implementación. Es decir, hasta el 11 de julio de 2017.

3. El Consorcio renuncia de manera irrevocable al cobro de S/ 5'500,000.00 (...) por los gastos generales por los trece (13) meses de producción de pasaportes biométricos y servicios relacionados.

4. Ambas partes aceptan que, en compensación por los trece (13) meses de producción de pasaportes durante la etapa de implementación, se reducirán once (11) meses de explotación y que las cuotas de pagos mensuales pasarán de treinta y seis (36) a veinticinco (25) reajustando su monto sin afectar el costo total del Contrato ni irrogar gastos adicionales al MRE por dicho concepto".

- k) No tratemos aún la validez o no de dicha *Acta de Entendimiento* (lo que se verá más adelante), sino la simple lógica del marco en el cual se suscribe. Si tenemos en cuenta el plazo de implementación (máximo) contemplado en el Contrato, este debía culminar el 11 de agosto de 2016 y, consecuentemente, iniciar el plazo de explotación desde el día siguiente hasta el 11 de agosto de 2019 inclusive (es decir durante el íntegro de sus 36 meses).

Si se leen los numerales 2 y 4 de tal acta de entendimiento, se puede apreciar igualmente que ambas partes tienen claro que, pese al retraso de once meses en la etapa de implementación, se ha venido expidiendo pasaportes (explotación) durante el lapso de los mencionados 11 meses y, por ende, se plantea la afectación de la duración del servicio propiamente dicho, planteado en los mencionados 36 meses<sup>18</sup>, restando únicamente la diferencia de 25 meses.

- l) Más allá del reconocimiento material de la ejecución del servicio antes que culmine el período de implementación, cabe analizar si – desde el punto de vista formal, era posible o no tal superposición. Una primera interpretación nos podría llevar a sostener que, en la medida que se posibilite el inicio de la expedición de pasaportes, ello si sería posible, dada la naturaleza propiamente instrumental de la fase de implementación.

Una segunda interpretación, por el contrario, sostendría que una etapa se desarrolla de modo estricto al vencimiento de la anterior, de modo tal que sólo a la culminación de los siete meses previstos para la etapa de implementación, podría computarse el inicio de la etapa de explotación; siendo esta última la

---

Entendimiento hace referencia a 13 meses, de los cuales se le reconocería 11 al Contratista, como parte de su ejecución del servicio.

<sup>18</sup> Plazo que además constituye el máximo posible del servicio, conforme al ya mencionado artículo 150° del Reglamento.

posición que adopta la Entidad.

- m) Si la superposición es posible, entonces no existe mayor controversia en la materia a analizar, pues la fase de explotación, es decir el inicio del procedimiento de expedición de pasaportes, podía iniciarse incluso antes de la culminación total de la implementación y, como tal, igualmente el inicio del cómputo de sus treinta y seis meses, aun cuando existiesen temas pendientes de implementación.

En ese mismo sentido, la denominada *Acta de Entendimiento*, no generaría problema alguno, pues en estricto no estaría modificando ningún acto, sino estableciendo el inicio del cómputo de los treinta y seis (36) meses de servicio ya previstos en el Contrato.

- n) Partamos, sin embargo, de la premisa contraria sostenida por la Entidad en este proceso arbitral: Es decir que estamos ante dos periodos estanco, claramente diferenciados, de modo tal que el segundo sólo podía iniciarse al vencimiento del primero:
- Bajo dicha premisa, teniendo en cuenta que la suscripción del Contrato se produjo el 11 de enero de 2016, los periodos de duración de cada etapa, serían los siguientes: i) ***El periodo de implementación*** contado desde el día siguiente de suscrito el contrato por el periodo de siete (7) meses esto es, a partir del 12 de enero de 2016 hasta el 11 de agosto de 2016 y; ***el periodo de explotación*** contado desde el día siguiente de culminado el periodo de implementación hasta por treinta (36) meses esto es, a partir del 12 de agosto de 2016 hasta el 11 de agosto de 2019.
  - Sin embargo, la etapa de implementación formalmente se prolongó once (11) meses más de modo tal, que el 11 de julio de 2017 se emitió el *Acta de Recepción Definitiva*<sup>19</sup> de la etapa de implementación que en forma expresa consigna la siguiente:

**"ACTA DE RECEPCIÓN DEFINITIVA**

**(...)**

***Fecha: 11/07/2017***

*La firma del Acta de Recepción definitiva marca el fin del periodo de evaluación y de implementación del proyecto; en consecuencia, se da inicio a la etapa de explotación al día siguiente de suscrita la presente Acta".*

- Siguiendo al extremo con esta premisa, podría inferirse que, de ser ambas etapas compartimientos estanco, el inicio del plazo de explotación se iniciaría el 12 de julio de 2017, lo que llevaría a sostener, por simple consistencia, que la culminación de la etapa de explotación culminaría el 11 de julio de 2020.

---

<sup>19</sup> Anexo 8 – F del escrito N°8 recibido el 26 de noviembre de 2019.

- o) Sin embargo, tal posición no se sostiene con lo expuesto por la propia Entidad durante la Audiencia de Informes Orales de fecha 12 de agosto de 2019, en la que dicha parte sostuvo de modo expreso, que la etapa de explotación culminó el 11 de agosto de 2019, conforme se aprecia de lo siguiente:

|                          |                                                                                                             |
|--------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Tribunal Arbitral</i> | <i>Para Uds. ¿Estaría acabando en trece (13) meses más?<br/>O ¿Para el Ministerio acabó el día de ayer?</i> |
| <i>Entidad:</i>          | <i>Acabó el día de ayer<sup>20</sup></i>                                                                    |

- p) Esto es, en los 36 meses de acuerdo a la previsión original del Contrato, pero teniendo en cuenta los 11 meses de superposición de etapas y los 25 meses restantes posteriores a tal superposición.

No olvidemos que el 11 de agosto de 2019 corresponde al cumplimiento de los 36 meses, contados desde los plazos originalmente establecidos en el Contrato.

- q) En efecto, si el propósito de la Entidad es que el periodo de explotación sea de treinta y seis meses, lo lógico y natural siguiendo su propio razonamiento, es que el Contratista permanezca en la ejecución de la explotación hasta el 11 de julio de 2020 no obstante, por su propia declaración ha confirmado que el periodo de explotación culminó el 11 de agosto de 2019 por lo que en los hechos está dándole validez precisamente al *Acta de Entendimiento* que señaló que: “se reducirán once (11) meses de explotación”, partiendo que en dicho período – superpuesto, se habría venido brindando el servicio de emisión de pasaportes.
- r) Con todo lo anterior queda claro que, dada la finalidad instrumental de la fase de implementación, no estamos ante compartimientos estancos entre una fase y otra. Lo relevante, para efectos del Contrato, es que el servicio de expedición de pasaportes, debía ser brindado por el periodo efectivo de 36 meses, siendo que incluso para la Entidad (según lo expuesto en los informes orales), queda claro cual es la fecha de culminación del servicio, en el que se tendrían en cuenta los once meses superpuestos, más los veinticinco meses posteriores a tal superposición.
- s) Téngase presente que todo lo anterior, se menciona y analiza desde una perspectiva de hecho, sin perjuicio de la determinación sobre la validez o invalidez del *Acta de Entendimiento*, aspecto que se analizará en los acápites siguientes.

---

<sup>20</sup> Con ello se desvirtúa la línea argumentativa que pretendería el cómputo de los 36 meses de servicio, recién desde el 12 de julio de 2017, teniendo en cuenta que, al 11 de agosto de 2019, han transcurrido apenas veinticinco (25) meses.

### **12.17. Sobre los efectos del Acta de Entendimiento respecto del plazo contractual**

- a) Como continuación del tema anterior, la pregunta que queda por responder es si, en efecto, el Acta de Entendimiento introduce modificaciones sustanciales respecto del plazo contractual. Tal como hemos visto, el Contrato incluidos sus términos de referencia, establecía como plazo de ejecución del servicio, un período total de 36 meses (el máximo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) y un período de implementación (fase preparatoria) de 7 meses como máximo.

Sumados ambos, nos da un total de 43 meses calendario.

- b) Sobre este tema, el Acta de Entendimiento no establece una ampliación de tales 43 meses, sino que se limita únicamente a reconocer una superposición de etapas, por la propia extensión del período de implementación y el inicio material de la etapa de producción. Si sumamos el período total, incluidos los primeros siete meses de implementación, los once superpuestos y los veinticinco posteriores, seguimos teniendo los mismos cuarenta y tres (43) meses totales antes mencionados.
- c) Dicho de otro modo, la prestación del servicio se mantiene en los mismos treinta y seis (36) meses. Las labores de implementación pasan de siete (7) a dieciocho (18) meses, pero sin que afecte el plazo total previsto en el contrato, por los mencionados once (11) meses de superposición.
- d) De este modo, el Acta de Entendimiento no aprueba ninguna ampliación de plazo, limitándose a establecer la fecha de inicio y culminación de cada etapa, así como el reconocimiento de una superposición entre ambas. En efecto, lo que ha ocurrido específicamente es una variación del inicio de las etapas.
- e) En esa línea, si el plazo de ejecución sigue siendo de cuarenta y tres (43) meses y dado que lo que ha variado es el inicio de las etapas, entonces, no puede afirmarse que las partes no han seguido el procedimiento de ampliación de plazo previsto en el artículo 175 del Reglamento, toda vez que, no nos encontramos ante una ampliación de plazo, puesto que no existe una extensión del plazo, sino más bien, ~~ante~~ un reajuste del inicio de las etapas de inicio, a efectos que corran en paralelo por un periodo determinado.

El periodo total del contrato, incluida la fase preparatoria y la ejecución propiamente dicha, sigue siendo de cuarenta y tres (43) meses por lo cual, el Colegiado advierte que no se ha producido ninguna alteración al plazo de ejecución.

### **12.18. Sobre el precio del Contrato y si ha habido modificación o no del mismo en el Acta de Entendimiento**

- a) Además de la imputación sobre la modificación del plazo, la Entidad sostiene que, en el *Acta de Entendimiento*, se habría modificado el precio del Contrato, al variarse las "*condiciones de pago de parte del MRE al pretender el pago de la contraprestación correspondiente a la etapa de explotación de 36 a 25 meses*."

Sobre este tema, la Cláusula Cuarta de Contrato estableció lo siguiente:

**CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO**

**LA ENTIDAD** se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA** en soles, de acuerdo al detalle a continuación, previa conformidad del servicio emitida por el área usuaria y luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

- ✓ Un (01) pago del 5% del valor, de lograrse la expedición de pasaportes electrónicos en las 04 oficinas consulares de mayor demanda, localizadas en la Unión Europea (Madrid, Milán, Barcelona y Ámsterdam).
- ✓ Un (01) pago del 5% del valor del contrato a la puesta en operación del servicio (finalización de la implementación de los sistemas y de la habilitación de las 111 oficinas consulares y sedes de expedición, y firma de conformidad).
- ✓ Luego se realizarán pagos mensuales iguales por el servicio de administración mantenimiento y gestión de equipos, entrega de insumos, mantenimiento correctivo u evolutivo del sistema valorizados en 1/36 avo del restante del contrato. Al finalizar la transición de salida, al logro de conformidad del MRE se realizará el pago del 10% restante.

- b) Como se aprecia del texto citado, el pago de la contraprestación al Contratista, estuvo establecida de la siguiente forma:
- Un primer pago del cinco (5%) por ciento del valor del Contrato al lograrse la expedición de pasaportes electrónicos en las 4 oficinas consulares de mayor demanda (Madrid, Milán, Barcelona y Ámsterdam).
  - Un segundo pago del cinco (5%) por ciento del valor del Contrato a la puesta en operación.
  - Luego treinta y seis pagos.
  - Un diez (10%) por ciento del restante del Contrato, al finalizar la transición de salida.
- c) Para el tema que nos ocupa, el tema relevante es el que corresponde al tercer ítem de pagos, es decir a la programación de treinta y seis pagos, respecto de los veinticinco del acta de entendimiento. Para entender este punto, recordemos que el *Acta de Entendimiento* reconoce una superposición de once meses entre la etapa preparatoria (implementación) y la de explotación (ejecución del servicio propiamente dicho), período sobre el cual el Contratista no había expedido factura alguna por tal servicio.
- d) En estricto, el objeto de dicha acta, era reprogramar los pagos no efectuados por los primeros once meses de servicio, en los veinticinco meses restantes. En

efecto, respecto de las treinta y seis facturas preestablecidas, cada una de ellas debía emitirse por la suma de S/ 1'352,794.19, de modo tal que multiplicada tal suma por 36, tenemos un resultante de S/ 48'700,590.84.

Si por su parte, tenemos en cuenta el pago de S/ 1'948,023.64 previstos en el acta de entendimiento, pero solo por los veinticinco meses restantes (habida cuenta la inexistencia de pago por los once meses previos), tenemos que multiplicado dicho monto por 25, el resultante viene a ser de S/ 48,700,591.00.

- e) Como se puede apreciar, salvo factores de redondeo, el resultado es el mismo y el monto se mantiene igual. No se puede afirmar por ende que hubiese existido una modificación del monto contractual, sino únicamente una reprogramación de pagos, habida cuenta los once meses previos en los que no hubo retribución al Contratista.
- f) Recordemos que uno de los acuerdos alcanzados en el acta de entendimiento, implicaba el reconocimiento de la coexistencia de las etapas de implementación y explotación, así como – preservando el monto previsto en el contrato para la fase de explotación, prorrateaba su pago a los meses que se consideraban restantes. De este modo, en lugar de emitirse 36 facturas por S/ 1'352,794.19, se emitirían sólo 25, pero por un monto de S/ 1'948,023.64, sin que ello implique variación en el monto a ser reconocido a la parte privada.
- g) En este punto, resulta importante exponer la declaración de la Entidad durante la Audiencia de Informes Orales:

|                          |                                                                                                                                                                                                                                            |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Tribunal Arbitral</b> | <b>Si para Uds. acabó el Contrato ayer entonces, ha habido sólo Veinticinco (25) pagos, ¿Qué pasó con el resto de los pagos? ¿Qué pasaría, no se le pagaría?</b>                                                                           |
| <b>Entidad</b>           | El Ministerio tiene que pagar de acuerdo a lo que dice el Contrato.                                                                                                                                                                        |
| <b>Tribunal Arbitral</b> | ¿Y las otras cuotas? ¿Se le pagaría culminado el Contrato?                                                                                                                                                                                 |
| <b>Entidad</b>           | También vale la pena aclarar, que en el Estado para pagar se debe contar con la conformidad del área usuario, luego pasa a administración y luego hay pago. (...). Mientras no haya esa conformidad                                        |
| <b>Tribunal Arbitral</b> | Es decir, Ud. no está en desacuerdo en pagar las treinta (36) cuotas, pero señala que estas trece cuotas se pagarían después del servicio.                                                                                                 |
| <b>Entidad</b>           | Adicionalmente, el Consorcio está obligado a una serie de prestaciones que debe cumplir para proceder a la conformidad. Es la denominada transición, que es bastante complejo, para recién emitir la conformidad y recién efectuar el pago |
| <b>Tribunal Arbitral</b> | Nuevamente, Uds. dicen que estos trece (13) pagos pendientes serían a partir de setiembre (2019) y con otras conformidades. O sea ¿La etapa de salida es de trece meses?                                                                   |
| <b>Entidad</b>           | Es de cuatro meses.                                                                                                                                                                                                                        |

|                          |                                                                                    |
|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Tribunal Arbitral</b> | ¿Qué va a pagar en los meses siguientes? ¿Contra qué conformidad se le va a pagar? |
| <b>Entidad</b>           | Contra las prestaciones que están pendientes. Están pendientes pasaportes.         |

- h) La Entidad ha confirmado al Tribunal Arbitral que le corresponde pagar las treinta y seis (36) cuotas, en esa línea, durante la Audiencia de Informes Orales aceptó su obligación del pago de las primera veinticinco (25) cuotas en su monto original, refiriendo que las restantes serían abonadas luego de la culminación del servicio, en la etapa de transición, pues una vez obtenida la conformidad se habilitaría su pago.

En estricto, ello implica su propia propuesta de variación respecto de la forma de pago, como medio de reconocer los once meses superpuestos previos, en los que no hubo pago al Contratista por el servicio de expedición de pasaportes propiamente dicho.

- i) Así, la Entidad no niega la procedencia del saldo de pago de las treinta y seis (36) cuotas de ellas, reiterándose únicamente en la vigencia del pago mensual preestablecido y difiriendo el pago de las once (11) cuotas restantes, a la etapa de transición.
- j) Es decir, para la Entidad la modalidad de pago se daría en veinticinco (25) cuotas y el resto de las once (11) cuotas se condensaría en una sola cuota que se pagaría al final de la transición de salida. Así, la Entidad fija una posición distinta a la prevista en la Cláusula del Contrato toda vez, que el pago de las treinta y seis (36) cuotas están siendo fijadas en veinticinco (25) cuotas y una cuota que (contiene las trece (13) cuotas) al final de la transición de la salida.
- k) Sobre el tema, en la página 84 de los Términos de Referencia se indica lo pertinente respecto a la transición de Salida:

**Transición de Salida**

La Transición de salida se aplicará en caso de término de contrato o de Resolución Contractual debido al incumplimiento.

La duración de la fase de transición de salida será como máximo de cuatro (4) meses, previos al término de los 36 meses de operación del SERVICIO DE EMISIÓN DE PASAPORTES ELECTRÓNICOS COMUNES, DIPLOMÁTICOS Y ESPECIALES (fase de explotación).

En caso de resolución contractual la fase de transición de salida se iniciará al día siguiente de su notificación al PROVEEDOR, la misma que no deberá exceder de cuatro (4) meses.

- l) Como se observa, la transición de salida es de máximo cuatro (4) meses **previos** al término de la fase de operación, la que habría culminado el 11 de agosto de 2019 entonces, siguiendo los términos de referencia la transición se habría dado, a lo mucho, a partir 11 de abril de 2019. Es decir, no se trata de una fase

previa, sino simultánea con los últimos meses de servicio, pese a lo sostenido en la Audiencia de Informes Orales, en la cual la Entidad señaló que se trataría de una etapa posterior.

- m) Con todo lo anterior, queda claro que la reprogramación de 36 a 25 cuotas por el servicio efectivo no genera incremento alguno en el monto contractual, sino que, por el contrario, constituye una reprogramación de los primeros 11 meses del servicio en los que no se había efectuado la facturación correspondiente. En cuanto a la posición sostenida sobre diferir el pago a la etapa de transición, ello carece de objeto, por cuanto dicha etapa es simultánea y no posterior, con los últimos cuatro meses del servicio.

#### **12.19. Sobre las funciones que correspondían a los diversos órganos de administración, previstos en el propio contrato**

- a) Todo lo anteriormente carecería de sustento si, como parte de nuestro análisis, se determinase que quien suscribe el *Acta de Entendimiento* por parte de la Entidad, no tuviera facultades para hacerlo. Resta entonces hacer el análisis sobre este tema en específico.
- b) Al respecto, la Entidad sostiene que el *Acta de Entendimiento* no es válida por haber sido suscrita por el embajador del Servicio Diplomático de la República, César Enrique Bustamante Llosa en su condición de director del proyecto de Pasaportes Biométricos. Para ello sostiene que dicho funcionario no contaba con los poderes de representación, de modo tal que la única persona competente para suscribirla, hubiera sido el jefe de la Oficina General de Administración, designado por Resolución Ministerial N°1003-RE-2013.
- c) Tal como se ha desarrollado en los acápites anteriores, el Acta de Entendimiento no ha efectuado ni una ampliación del plazo total del Contrato, que continúa en un total de 43 meses, como tampoco de su monto. En estricto únicamente efectúa una precisión respecto del inicio de la fase de producción, así como una reprogramación del monto a facturar por los primeros 11 meses del servicio de expedición de pasaportes.

Dicho de otro modo, no inciden en una modificación ni del plazo ni del monto del Contrato, sino a aspectos operativos relacionados con la implementación de cada uno de ellos.

- d) Debemos recordar que, dada la complejidad técnica del Contrato, se estableció, por parte de la Entidad, un director de proyecto, como también un Comité Ejecutivo, ambos debidamente facultados para resolver diversos temas de incidencia contractual.
- e) Así, el *Acta de Entendimiento* fue suscrita por el director del proyecto que según los Términos de Referencia es el "*Ejecutivo responsable de la gestión corporativa de tecnología de información y comunicaciones de EL MRE*", lo que en estricto lo

hace representante de los intereses de la Entidad en el Contrato, máxime si como en el presente caso y, conforme todo lo antes analizado, no se trata de modificaciones sustanciales.

- f) No obstante, asumamos por un momento, que el director del proyecto no contase con las facultades para suscribir la citada Acta. Ante ello, en el expediente arbitral se encuentra el Acta de Reunión de fecha 6 de setiembre de 2017 suscrita por el director y el gerente del proyecto de la Entidad, donde las partes presentaron el siguiente acuerdo:

*"2. El MRE y el Consorcio reconocen y ratifican lo acordado en el Acta de Entendimiento suscrita por ambas partes el 28 de agosto de 2017, el cual forma parte de la presente acta".*

- g) Bajo la redacción previamente transcrita, se advierte que la Entidad a través del Acta de Reunión de fecha 6 de setiembre de 2017, ratificó el contenido del Acta de Entendimiento. Corresponde en consecuencia, verificar si es que los suscribientes de la Entidad tenían en efecto, las facultades para disponer los acuerdos del Acta de Entendimiento que ratificaron.
- h) En principio, debemos tener en cuenta que el Comité Ejecutivo tenía las siguientes responsabilidades:

#### Comités

Para el adecuado desarrollo del proyecto y los servicios, se tienen contemplados dos (2) niveles de comités, estos son el Comité Ejecutivo y el Comité Operativo.

#### Comité Ejecutivo

El objetivo de este comité es darle al proyecto un control estratégico y buscar la oportuna toma de decisiones sobre aspectos que lo modifiquen en tiempo, alcances y costo. Estará conformado como mínimo por: El Director del Proyecto del PROVEEDOR, el gerente de proyectos del PROVEEDOR, el Director del Proyecto de El MRE, el gerente del proyecto del MRE. Es la instancia superior de decisión. Se reunirá bimestralmente o cuando sea requerido por el Comité Operativo. Asimismo, este comité podrá contar con la participación de otros ejecutivos de alto nivel del PROVEEDOR a solicitud del MRE.

#### Responsabilidades:

- Obtener información y tomar decisiones estratégicas sobre el proyecto y los problemas identificados.
- Resolver cualquier desacuerdo o controversia entre las partes, relacionados con la ejecución del proyecto que no haya podido resolverse en instancias previas.
- Velar por el cumplimiento de los acuerdos y Niveles de Servicio del Proyecto.
- Ajustar las líneas base de los servicios durante la operación.



- Definir y comunicar las directrices en los procesos y estructura.
- Aprobar los cambios que impliquen modificación en tiempo, costos, Niveles de Servicio o alcance del proyecto.
- Dirigir la estrategia de comunicación y visibilidad corporativa del proyecto.

- i) Como se observa, el Comité Ejecutivo tiene la facultad de aprobar cambios que

impliquen modificación en tiempo, costos, niveles de servicio o alcance del proyecto. Sobre ello, la Entidad ha señalado que el término tiempo no está referido a la modificación del plazo – como se prevé en el artículo 175 del Reglamento.

- j) El Tribunal Arbitral comparte en efecto, que el término previsto en las responsabilidades del Comité Ejecutivo correspondiente a la modificación en tiempo no se encuentra dentro de los alcances del artículo 175 del Reglamento, de modo tal, que el Comité Ejecutivo no puede disponer una ampliación de plazo contractual.
- k) En esa línea, el Comité Ejecutivo se encuentra habilitado a disponer las acciones correspondientes a los tiempos, por ejemplo, de los inicios de las etapas de implementación como de explotación que no implican como se ha indicado en el acápite anterior una modificación del plazo contractual de modo tal, que el Colegiado considera que el Comité Ejecutivo puede disponer conforme a sus facultades la modificación en tiempo tal como ha ocurrido en los actuados del Acta de Entendimiento.
- l) En este punto, es pertinente señalar que *"una persona que no se encontraba autorizada por el sujeto titular de los intereses que ha regulado ni por la ley, celebra un negocio jurídico en nombre del supuesto representado con la finalidad de que los efectos jurídicos de dicho negocio se produzcan en la esfera jurídica del supuesto representado. Sin embargo, como el representado no ha dado autorización para que ello sea así, entonces, los efectos jurídicos de dicho negocio no se pueden producir en su esfera jurídica, con lo que el negocio es ineficaz. Por ello, se permite que, a través de una declaración posterior, el supuesto representado haga suyo los efectos de un negocio celebrado en su nombre por una persona que no tenía el poder de representación"*<sup>21</sup>.
- m) En esa línea, expresa Priori Posada que la *"ratificación (...) se realiza respecto de un negocio jurídico que ya ha sido celebrado y que necesita de ella a fin de que sea eficaz, de forma tal que la ratificación operará sus efectos retroactivamente, siendo ésta la característica esencial de la ratificación pues el negocio ratificado será considerado como si no le hubiera faltado el asentimiento, por tanto, como si el negocio, en lo que se refiere al asentimiento, hubiera sido eficaz desde el momento de su celebración"*<sup>22</sup>.
- n) Incluso si seguimos la línea de razonamiento de la Entidad, respecto que el director del Proyecto no contaba con las facultades para suscribir el Acta de Entendimiento no menos cierto, es que con el Acta de Reunión de fecha 6 de setiembre de 2019, el Comité Ejecutivo – que es el órgano máximo de la Entidad para la gestión del Contrato, ratificó los alcances del Acta de Entendimiento y con ello, se ha producido en forma retroactiva la eficacia y por

<sup>21</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Ratificación del Acto Jurídico. En Código Civil, comentado. P. 528

<sup>22</sup> PRIORI POSADA, ibídem.

ende, la validez del Acta de Entendimiento.

- o) Es más, la Entidad no ha informado que haya iniciado ninguna acción administrativa respecto a la actuación del Embajador que ejerció el cargo Director de Proyecto de la Entidad y quien suscribió el Acta de Entendimiento a efectos de sancionar la supuesta actuación irregular; por lo cual, a consideración del Colegiado, no es coherente tampoco la conducta desplegada en el presente arbitraje.
- p) De otro lado, la Entidad solicita la nulidad e ineficacia del acto jurídico contenido en el Acta de Entendimiento toda vez que considera que adolece de capacidad del agente a cuyo efecto, se remite a los artículos 140 y 219.2 del Código Civil:

*"Artículo 140º.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

- 1.- Agente capaz.*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3.- Fin lícito.*
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".*

*"Artículo 219º.- 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 1358º. (...).".*

- q) Al respecto, sobre el artículo 219.2 del Código Civil, Escobar Rozas precisa que: "la incapacidad a la que se refiere la norma materia de comentario supone que el sujeto goza de capacidad jurídica mas no de capacidad de obrar plena o absoluta, de modo que el mismo no puede "actuar" válida y personalmente el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas que le corresponden (ejercer poderes o derechos, cumplir deberes, etc.)".
- r) En esa línea, el artículo 43 del Código Civil señala que se tiene incapacidad de obrar absoluta cuando el sujeto tiene menos de dieciséis años de edad (salvo para aquellos actos determinados por ley); cuando (por cualquier causa) se encuentre privado de discernimiento o cuando, siendo sordomudo, ciegosordo o ciegomudo, no puede expresar su voluntad de manera indubitable.
- s) En el presente caso, se aprecia que la facultad descrita del Director del Proyecto ciertamente, daba pie a que suscriba el Acta de Entendimiento asimismo, de acuerdo a la manifestación del Comité Ejecutivo mediante el Acta de Reunión se ha observado que incluso en el supuesto negado de la falta de facultad – el Acta de Entendimiento ha sido ratificada por lo que los efectos del Acta de Entendimiento resultan válidos; en adición, el Colegiado ha concluido que los actos que contiene la citada Acta no implican una modificación del plazo contractual ni tampoco una variación del monto de contractual razón por la

cual, no nos encontramos ante un supuesto de nulidad alegada por la Entidad.

**12.20. Sobre lo afirmado por la Entidad en cuanto a que el *Acta de Entendimiento* se basa o no en situaciones ajenas a la realidad: i) Demora en la implementación no se originó por la falta de firma del convenio y; ii) Gastos generales no se encuentran acreditados.**

- a) Tal como se ha establecido en los considerandos anteriores, los acuerdos dispuestos en el *Acta de Entendimiento* se han efectuado en el marco legal aplicable al Contrato, máxime si fueron ratificadas por el Comité Ejecutivo, cuyas funciones estaban claramente establecidas en el mismo.
- b) Sin perjuicio de ello, la Entidad sostiene que tal acta se suscribió por situaciones que no se condicen con la realidad, esto es las razones que llevaron a precisar el inicio de cada etapa – incluida la ejecución contractual, así como la forma de pago, que ya han sido analizadas.
- c) Al respecto, es pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Entidad respecto a la Ampliación de Plazo que fuera solicitada por el Contratista. Dicho pronunciamiento se encontró en la Carta (LOG)0-4-a/617 de fecha 16 de mayo de 2017:

*“Al respecto, se procedió a elevar la solicitud de ampliación de plazo al área usuaria, la Dirección General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares, quien manifestó lo siguiente:*

*“a) El proveedor señala como argumento que, a la fecha, está pendiente la implementación de la interoperabilidad de Sistemas Biométricas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Superintendencia Nacional de Migraciones por falta de acuerdo entre ambas entidades.*

*b) Al respecto, si bien esta interconexión requiere el consentimiento de un tercero no obligado (Migraciones), los términos de referencia señalan que la misma se puede realizar “... durante el periodo del contrato ...” (Anexo 1).*

*c) En consecuencia, corresponde indicar al proveedor que la interconexión pasará a la Etapa de Explotación.*

*SEGUNDO. - Por otro lado, la ampliación de plazo solicitado significaría que no se apliquen las penalidades generales sobre el cierre de la etapa de implementación, motivo por el consideramos que no se debe aceptar”.*

*(...)*

*De acuerdo con lo señalado por el área usuaria, la interconexión de los sistemas entre el MRE y Migraciones pasará a la etapa de explotación (...).*

(El subrayado es nuestro)

- d) Resulta relevante que la propia declaración de la Entidad que indica: *“la interconexión de los sistemas entre el MRE y Migraciones pasará a la etapa de explotación”* implica a consideración del Tribunal Arbitral, que ciertamente la interconexión de los sistemas se encontraba dentro de la etapa de implementación y por ello, la Entidad mediante su pronunciamiento dispone que dicha actividad será realizada en la etapa de explotación.
- e) Con lo cual, nos encontramos que la interconexión era un aspecto –hasta antes del pronunciamiento de la Entidad– que correspondía ser atendida en la etapa de implementación por lo que aparentemente, la falta de aquella bien pudo dar pie a la suscripción del Acta de Entendimiento.
- f) Respecto a los gastos generales, dicho elemento no se encuentra dispuesto como el origen del Acta sino más bien, como un acuerdo de renuncia expresa a los mismos, por lo que el referido argumento de la Entidad no tiene amparo.

#### **12.21. Sobre el pago de los intereses legales**

- a) Un tema adicional en controversia, corresponde a determinar si corresponde el pago de intereses legales por la deuda que le imputa el Consorcio a la Entidad. Dicha deuda en estricto, es el resultado de la diferencia entre el monto a facturar en 36 meses (S/ 1'352,794.19 mensual) y el monto a facturar en 25 meses (S/ 1'948,023.64), lo que nos da una diferencia de S/595,229.45 (Quinientos noventa y cinco mil doscientos veintinueve y 45/100 soles).
- b) Sin embargo, de la propia información que obra en el expediente se advierte que la controversia se genera con la primera de las 25 facturas cuya pertinencia sostiene el Consorcio. Esto es, se ha tratado de un hecho en controversia desde el primero de los pagos que han estado en controversia, de modo tal que la diferencia mencionada entre lo que cada parte consideraba que se debe pagar de modo mensual, no ha sido resuelto sino con el presente Laudo.
- c) En tal sentido, el pago de los intereses legales, entendido como la demora de la Entidad en pagar el monto que adeuda al Contratista – hecho que solo ha quedado dilucidado con el presente Laudo Arbitral, solo se computará desde la fecha del presente laudo arbitral, hasta la fecha efectiva de pago, desestimándose en todos los demás extremos que contiene.

#### **12.22. Respecto de los aspectos resolutivos específicos**

Con todo lo anteriormente expuesto, las pretensiones que son parte del presente proceso arbitral, deben ser resueltas del modo siguiente:

- a) En cuanto al primer punto controvertido, ha quedado acreditada la validez del

Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017, delimitándose, habiéndose establecido la pertinencia de la superposición del inicio de la fase productiva del Contrato con su etapa preparatoria o de implementación, sin que se haya producido una modificación de su plazo total de duración, establecido en 43 meses totales y, por lo mismo, estableciéndose que el mencionado acuerdo no modifica ni el plazo del Contrato ni el pago (siendo que en este caso únicamente se reprograman los pagos para culminar el mes 36 del servicio calzado con el pago final de los abonos mensuales).

En tal sentido, corresponde declarar fundada la primera pretensión de la demanda. Del mismo modo, corresponde desestimar la Primera Pretensión de la reconvencción, que es el reflejo directamente opuesto a la primera pretensión planteada por el Contratista.

- b) De manera consecuente con lo anterior y por los mismos motivos, corresponde declarar fundada la Segunda Pretensión del Contratista, por la que solicita el pago de los saldos facturados no reconocidos por su contraparte que consideraba su pago para un momento posterior, desestimando igualmente la Segunda Pretensión de la demanda, que es el reflejo directamente opuesto a la primera pretensión planteada por el Contratista. En cuanto a los intereses legales, estos corresponderán únicamente desde la fecha de emisión del presente Laudo Arbitral hasta la fecha efectiva de pago, conforme se ha precisado en el acápite anterior.
- c) En consecuencia, corresponde resolver los puntos controvertidos primero al quinto, de la siguiente forma:

*Declarar **FUNDADA** la primera y segunda pretensiones principales de la demanda, que corresponde al primer y segundo puntos controvertidos del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que, corresponde a la Entidad reconocer y cumplir con lo establecido por ambas partes en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017, procediéndose al pago de las facturas que ha emitido el Consorcio de conformidad con lo establecido en dicha Acta.*

*Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde a la Entidad reconocer a favor del Consorcio los intereses legales que se devenguen desde la fecha del presente Laudo Arbitral hasta la fecha efectiva de pago, declarándose **INFUNDADO** en todo lo demás que contiene.*

*Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvencción y su pretensión accesorio, que corresponden al cuarto y quinto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, declarar que no corresponde declarar la nulidad o ineficacia del Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017, ni ordenar se dejen de emitir facturas conforme a dicho documento, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.*

### **XIII. SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS**

- 13.1. Este Colegiado considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles, por lo que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia, habiéndose pronunciado con absoluta transparencia durante el proceso arbitral, absolviendo los requerimientos y consultas formuladas por este Tribunal Arbitral.
- 13.2. Así las cosas, al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, el Tribunal Arbitral dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral, debiendo asumir en partes iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de su secretaría.

### **XIV. DECISIÓN**

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral por unanimidad y en Derecho,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducidas por la Entidad respecto de la Primera, Segunda y Tercera Pretensiones Principales de la demanda, conforme a las consideraciones del presente Laudo Arbitral.

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADAS** la primera y segunda pretensiones principales de la demanda, que corresponde al primer y segundo puntos controvertidos del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que, corresponde a la Entidad reconocer y cumplir con lo establecido por ambas partes en el Acta de Entendimiento del 28 de agosto de 2017, procediéndose al pago de las facturas que ha emitido el Consorcio de conformidad con lo establecido en dicha Acta.

**TERCERO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde a la Entidad reconocer a favor del Consorcio los intereses legales que se devenguen desde la fecha del presente Laudo Arbitral hasta la fecha efectiva de pago, declarándose **INFUNDADO** en todo lo demás que contiene.

**CUARTO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención y su pretensión accesorio, que corresponden al cuarto y quinto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, declarar que no corresponde declarar la nulidad o ineficacia del Acta de Entendimiento de fecha 28 de agosto de 2017, ni ordenar se dejen de emitir facturas conforme a dicho documento, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

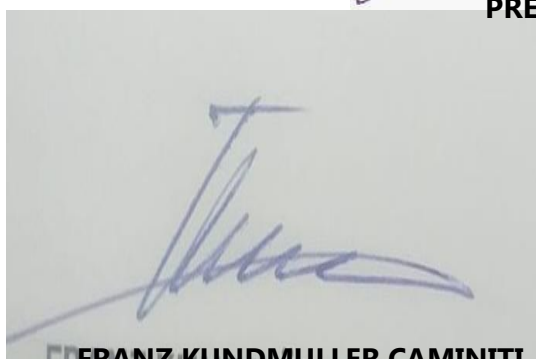
**QUINTO:** Disponer que cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, correspondiendo a cada una de ellas los propios costos en los que hubieran incurrido en la defensa de sus respectivas posiciones. En este sentido, corresponde desestimar las pretensiones de cada una de las partes, en las que solicitaban la condena de costos y costas procesales a su contraparte.

**SEXTO:** Dispóngase que la Secretaría Arbitral notifique el presente Laudo Arbitral a cada una de las partes, procediéndose asimismo a su publicación en el SEACE. Para esto último, facúltase al Presidente del Tribunal Arbitral, a suscribir todos los documentos que sean necesarios para dicho fin.

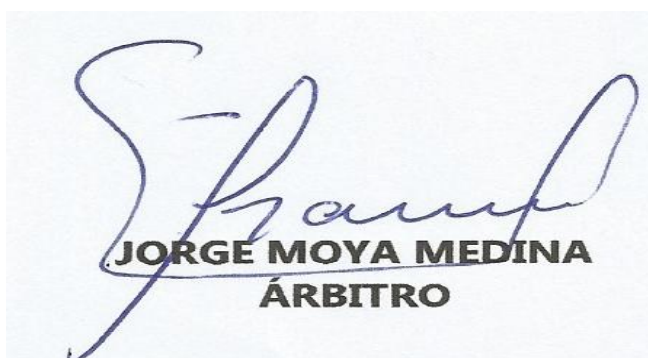
Notifíquese a las partes.



**MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA**  
**PRESIDENTE**



**FRANZ KUNDMULLER CAMINITI**  
**ÁRBITRO**



**JORGE MOYA MEDINA**  
**ÁRBITRO**