

Notificación N°

0092

Nro. Expediente 1167-229-16
Secretario Arbitral Joyce Poves Montero
Demantante(s) Consorcio Supervisor Selva
Demandado(s) Provías Descentralizado
Título Notificación Laudo
Sumilla Notificación Laudo

Destinatario Provías Descentralizado
Dirección Legal Jr. Zorritos N° 1203, Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1° Piso) LIMA-LIMA-LIMA

Se adjunta:

1. (8) Notificación Laudo.docx

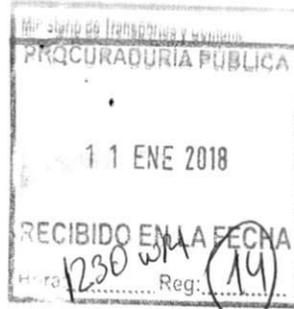
Comentarios

D-105-16 KDR.

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATOLICA
DEL PERÚ



Exp. N° 1167-229-16

Lima, 10 de enero de 2018

Señores

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE
DESCENTRALIZADO - PROVIAS DESCENTRALIZADO DEL MTC**

Jirón Zorritos N° 1203, Edificio Circular, primer piso

Lima.-

**Referencia: Arbitraje Consorcio Supervisor Selva vs Provias
Descentralizado (Exp. 1167-229-16)**

**Atención: Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio
de Transportes y Comunicaciones.**

De nuestra consideración:

Tenemos a bien dirigirnos a ustedes, a fin de enviarles un original de la Resolución N° 19 que contiene el Laudo Arbitral de Derecho a fojas 23 del expediente N° 1167-229-16, seguido entre el Consorcio Supervisor Selva y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – Provías Descentralizado del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, emitido con fecha 08 de enero de 2018.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS



JOYCE POVES MONTERO
Secretaria Arbitral



Exp. N° 1167-229-16

CONSORCIO SUPERVISOR SELVA vs PROVÍAS DESCENTRALIZADO

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Consorcio Supervisor Selva (en adelante, el "CONSORCIO" o el "Demandante")

DEMANDADO: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – Provías Descentralizado del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "PROVÍAS DESCENTRALIZADO" o el "Demandado")

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

ÁRBITRO ÚNICO: Eric Franco Regjo

SECRETARIA ARBITRAL: Joyce Poves Montero
Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Resolución N° 19

En Lima, a los 8 días del mes de enero del año dos mil dieciocho, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Árbitro Único

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 084-2016.MTC/21 “Contrato para supervisión de la obra: Construcción del Puente Carroable sobre el Río Perené y accesos, ubicado en el CC.NN de Capachari, Distrito de Pichanaki, provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín”, suscrito el 05 de abril de 2016 (en adelante, el “Contrato”).

1.2 Instalación del Árbitro Único

Con fecha **15 de noviembre de 2016**, se reunieron el doctor **Eric Franco Regjo** en calidad de Árbitro Único, y la abogada **Claudia Rojas Ventura**, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, “CENTRO”); con la asistencia del **CONSORCIO** representado por el abogado Carlos Antonio Armas Gamarra identificado con D.N.I N° 40330504 y Reg. CAL N° 41957; y de otro lado **PROVÍAS DESCENTRALIZADO**, representada por la abogada de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, doctora Carol Apaza Moncada, identificada con DNI N° 40698341 y con Registro CAL N° 48884.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: (i) el Reglamento de Arbitraje del **CENTRO** (en adelante, el “**REGLAMENTO**”), (ii) la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobada por Decreto Legislativo N° 1017) y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF); y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante LA).

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá el asunto en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por CONSORCIO

Con fecha 15 de diciembre de 2016, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral refiriendo lo siguiente:

Pretensiones:

- 3.1 Como **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, el CONSORCIO solicita que se deje sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta PROVÍAS DESCENTRALIZADO en el oficio N° 965-2016 MTC/21, de fecha de recepción 22 de junio de 2016 (referidas al cambio de Jefe de Supervisión) y se disponga la no aplicación en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.
- 3.2 Como **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** el CONSORCIO solicita que se deje sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta PROVÍAS DESCENTRALIZADO en el oficio N° 1103-2016-MTC/21, de fecha de recepción 13 de julio 2016 (referidas al cambio del Especialista de Impacto Ambiental) y que se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.
- 3.3 Como **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** el CONSORCIO solicita se deje sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta PROVÍAS DESCENTRALIZADO en el oficio N° 1558-2016-MTC/21, de fecha de recepción 23 de septiembre del 2016 (referidas al cambio del Asistente de Supervisión) y se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor, las mismas que están debidamente acreditadas.
- 3.4 Como **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL** el CONSORCIO solicita que las costas y costos del presente proceso arbitral, sean asumidos en su totalidad, por PROVÍAS DESCENTRALIZADO debido a que el presente proceso se origina por la ilegal aplicación de penalidad.

FUNDAMENTOS

Con respecto a la primera, segunda, tercera pretensión principal.

- 3.5 El CONSORCIO señala que mediante carta S/N de fecha de recepción 08 de junio del 2016, el Ing. William Arones Baes, quien fuera propuesto inicialmente por el CONSORCIO como Jefe de Supervisión del Contrato, presenta su carta de renuncia al cargo de Jefe de Supervisión, señalando entre otras cosas que *“Actualmente no me encuentro disponible para asumir el cargo referido; si bien se contaba con un compromiso escrito para formar parte del equipo de Supervisión, al haberse aplazado continuamente el inicio de mis servicios, para asumir mi cargo de Jefe de Supervisión, me he visto obligado a tomar otra opción laboral, a fin de garantizar mi situación económica.(...)”*. El CONSORCIO indica que del tenor de la mencionada carta se desprende que dicha misiva tiene carácter irrevocable, amparando dicha petición en el art. 59 de la Constitución Política del Perú.

- 3.6 En virtud a la renuncia de carácter irrevocable por parte del mencionado ingeniero, el CONSORCIO indica que mediante Carta N°009-2016-CSS/RL, comunica a PROVÍAS DESCENTRALIZADO la renuncia del mencionado profesional, así como también solicita el cambio del Jefe de Supervisión, proponiendo al Ing. Grover Aldo Ferrer Tenicela, quien asumiría el cargo de Jefe de Supervisión previa autorización de PROVÍAS DESCENTRALIZADO.
- 3.7 Con Oficio 965-2016MTC/21; el CONSORCIO refiere que PROVÍAS DESCENTRALIZADO le comunica la aceptación del cambio del Jefe de Supervisión, en consecuencia mediante dicho oficio se aprueba al Ing. Grover Aldo Ferrer Tenicela, como nuevo Jefe de Supervisión, sin embargo PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que en cumplimiento de lo señalado en el numeral 12.4 de los Términos de Referencia, dicho cambio dará lugar al cobro de una penalidad equivalente al 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales.
- 3.8 Asimismo, el CONSORCIO señala que mediante carta S/N de fecha de recepción 28 de junio del 2016, la Ing. María Soledad Labra Chacaltana quien fuera propuesta inicialmente por el CONSORCIO como Ingeniera Especialista en Impacto Ambiental del Contrato, presenta su carta de renuncia al cargo de Especialista de Impacto Ambiental, señalando entre otras cosas que "(...) *Mi persona contaba con un compromiso, para formar parte del equipo de Supervisión, al haberse aplazado continuamente el inicio de mis servicios para asumir el cargo de Especialista en Impacto Ambiental, me he visto obligada a tomar otra opción laboral, a fin de garantizar mi situación económica, por lo tanto, actualmente no me encuentro disponible para asumir el cargo referido al 100% de mi participación. (...)*". El CONSORCIO indica que del tenor de la mencionada carta se desprende que dicha misiva tiene carácter irrevocable, amparando dicha petición en el art. 59 de la Constitución Política del Perú.
- 3.9 El CONSORCIO agrega que, en virtud a la renuncia de carácter irrevocable por parte de la mencionada ingeniera, mediante carta N°014-2016-CSS/RL, comunicó a PROVÍAS DESCENTRALIZADO la renuncia de la mencionada profesional, así como también solicitó el cambio del especialista de Impacto Ambiental, proponiendo al Ing. Juan Manuel Pizango Cárdenas, quien asumiría el cargo de Especialista de Impacto Ambiental previa autorización de PROVÍAS DESCENTRALIZADO.
- 3.10 Así, el CONSORCIO refiere que mediante Oficio 1103-2016MTC/21; PROVÍAS DESCENTRALIZADO le comunica la aceptación del cambio de la Especialista de Impacto Ambiental, en consecuencia, mediante dicho oficio se aprueba al Ing. Juan Manuel Pizango Cárdenas como nuevo Especialista en Impacto Ambiental. Sin embargo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que en cumplimiento de lo señalado en el numeral 12.4 de los Términos de Referencia, dicho cambio dará lugar al cobro de una penalidad equivalente al 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales.
- 3.11 Así también, el CONSORCIO señala que, en virtud a la renuncia de carácter irrevocable por parte del ingeniero, Leoncio Julio Benito Chuque a su cargo como Asistente de Supervisión mediante carta N°023-2016-CSS/RL, comunica a PROVÍAS DESCENTRALIZADO la renuncia del mencionado profesional, así como también solicita el cambio,

proponiendo al Ing. Nilton Condori Quispe, quien asumiría el cargo de Asistente de Supervisión previa autorización de PROVÍAS DESCENTRALIZADO.

- 3.12 El CONSORCIO refiere que con Oficio 1558-2016MTC/21; PROVÍAS DESCENTRALIZADO comunica la aceptación del cambio del Asistente de Supervisión, en consecuencia mediante dicho oficio se aprueba al Ing. Nilton Condori Quispe como nuevo Asistente de Supervisión, sin embargo PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que en cumplimiento de lo señalado en el numeral 12.4 de los Términos de Referencia, dicho cambio dará lugar al cobro de una penalidad equivalente al 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales.
- 3.13 En relación a los tres casos de renuncia de los referidos profesionales, el CONSORCIO indica que el primer párrafo del numeral 12.4 de los Términos de Referencia, señala que no estará permitido cambios, salvo por razones de fuerza mayor debidamente comprobados, en ese extremo el CONSORCIO considera preciso delimitar donde radica la fuerza mayor, como se constituye esta, a quien afecta la renuncia del Jefe de supervisión y Asistente de Jefe de Supervisión, y en estricto si las cartas de renuncia irrevocable constituyen un hecho comprobado tanto para PROVÍAS DESCENTRALIZADO como para el CONSORCIO.
- 3.14 En esa línea, el CONSORCIO indica que el Art. 1314° del Código Civil prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El CONSORCIO sostiene que la norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad; basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento irregular de ser el caso, el CONSORCIO señala que comunicó de manera oportuna la renuncia del Ingeniero William Arones Baes, de la Ing. María Soledad Labra Chacaltana y del Ing. Leoncio Julio Benito Chuque quienes fueran propuestos inicialmente por el CONSORCIO como jefes de Supervisión y asistente de supervisión, respectivamente. El CONSORCIO considera que no puede existir responsabilidad alguna de su parte, pues esta actuó de manera diligente y oportuna al comunicar los hechos de fuerza mayor como son las renunciaciones irrevocables de los mencionados ingenieros.
- 3.15 El CONSORCIO señala que en efecto la renuncia del Ing. Willian Arones Baes, de la Ing. María Soledad Labra Chacaltana y del Ing. Leoncio Julio Benito Chuque suponen hechos de fuerza mayor, pues constituyen actos extraordinarios. El CONSORCIO refiere que dichas renunciaciones obedecen a eventos imprevisibles y finalmente constituyen eventos irresistibles, pues dichas renunciaciones están amparadas en el Art. 59 de la Constitución Política, que cautela los derechos a la Libertad del Trabajo.
- 3.16 Asimismo, el CONSORCIO indica que los términos de referencia en su numeral 12.4 señalan que sí procederá el cambio (y no habrá penalidad) cuando dicho evento obedezca a un hecho de fuerza mayor debidamente comprobado; por lo que, el CONSORCIO refiere que a partir de estas renunciaciones se vio en la obligación de actuar de manera diligente ante PROVÍAS DESCENTRALIZADO, realizando el acto correspondiente; como es solicitar los cambios respectivos a cada área.

- 3.17 El CONSORCIO refiere que pese a que está plenamente configurado el supuesto que origina un caso de fuerza mayor, PROVÍAS DESCENTRALIZADO aun así aplicó una penalidad por dichos cambios, los cuales implican para el CONSORCIO que PROVÍAS DESCENTRALIZADO no asumió y/o no dedujo; que el pedido de cambio de Jefes de Supervisión y de Asistente de Supervisión se debieron a actos voluntarios y libres del Ing. William Arones Baes, de la Ing. María Soledad Labra Chacaltana, del Ing. Leoncio Julio Benito Chuque como son, renunciaciones de carácter irrevocable, derecho amparado en la Constitución.
- 3.18 El CONSORCIO precisa que, no obstante, las renunciaciones de los trabajadores generan efectos en la ejecución del Contrato, las razones y causas de las renunciaciones son irrelevantes respecto de la relación contractual, pues se producen como resultado del ejercicio de la libertad de trabajo de la persona y no como parte de una decisión de PROVÍAS DESCENTRALIZADO o del CONSORCIO. A partir de ello, el CONSORCIO sostiene que las renunciaciones de los trabajadores son extraordinarias porque lo ordinario es que los trabajadores cumplan con su contrato en las condiciones pactadas con los empleadores; es decir, en la forma y en el plazo acordado. Por esa razón, no puede ser considerada ordinaria la renuncia del trabajador. Sobre todo, porque existe una expectativa del empleador, en este caso el CONSORCIO, de contar con sus servicios hasta el final del contrato. En ese sentido, el CONSORCIO sostiene también que son imprevisibles, puesto que el Ing. William Arones Baes, la Ing. María Soledad Labra Chacaltana y el Ing. Leoncio Julio Benito Chuque formaron parte de la propuesta técnica del Contrato, lo que generó certeza en el CONSORCIO de que iba a contar con ellos durante la ejecución del Contrato. Por lo tanto, no tenían forma de prever que los mencionados profesionales, en ejercicio de su libertad de trabajo, decidirían poner fin al compromiso asumido. Finalmente, el CONSORCIO refiere que son irresistibles, debido a que en un Estado Constitucional y Social de Derecho no hay forma en que un empleador pueda resistir a dicha decisión, ya sea oponiéndose a la renuncia del trabajador u obligándolo a permanecer y aun cuando entre el CONSORCIO y su trabajador se establezca una penalidad por romper el compromiso asumido de trabajar hasta el final de la obra a supervisar, ello no representa una situación superior a la Libertad de Trabajo que obligue al trabajador a permanecer en el trabajo, pues el derecho a contratar no puede contravenir la Constitución ni las normas de orden público, debiendo respetarse la dignidad de la persona.

Con respecto a la cuarta pretensión principal

- 3.19 El CONSORCIO señala que al haberse iniciado las controversias por la indebida aplicación de penalidades por parte de PROVÍAS DESCENTRALIZADO y en razón de que los cambios de dicha penalidad se sustentaron en un hecho aislado a la voluntad del CONSORCIO como es la renuncia de los mencionados profesionales, esto constituyó un evento de fuerza mayor del CONSORCIO para con PROVÍAS DESCENTRALIZADO. En ese sentido, el CONSORCIO solicita disponer la condena de las costas y costos del presente proceso arbitral conforme al Art. 73° de la Ley del Arbitraje.

De la Acumulación de la demanda presentada por el CONSORCIO

Con fecha 13 de febrero de 2017, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral acumulada, indicando lo siguiente:

- 3.20 Como **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** el CONSORCIO solicita se deje sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta PROVÍAS DESCENTRALIZADO en el oficio N° 1926-2016-MTC/21, con fecha de recepción 21 de noviembre del 2016 y se disponga la no aplicación de las penalidades, en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor, las mismas que están debidamente acreditadas.

FUNDAMENTOS

- 3.21 El CONSORCIO indica que mediante carta s/n de fecha de recepción 07 de septiembre del 2016, el Ing. Edgardo Francisco Arellano Gómez, quien fuera propuesto inicialmente por el CONSORCIO como Especialista de Estructuras del contrato materia de controversia, presenta su carta de renuncia al cargo de Especialista de Estructuras, señalando entre otras cosas que: “Mi persona contaba con un compromiso, para formar parte del equipo de supervisión; no obstante el inicio de mis servicios para asumir el cargo de Asistente de Supervisión, ha sido aplazado continuamente, por ello me he visto obligado a tomar otra opción laboral, a fin de garantizar mi situación económica; en consecuencia, actualmente no me encuentro disponible en asumir mi participación al 100% en la especialidad (...).” Del tenor de la mencionada carta se desprende que dicha misiva tiene carácter irrevocable, amparando dicha petición en el art. 59 de la Constitución Política del Perú.
- 3.21 El CONSORCIO refiere que, en virtud a la renuncia de carácter irrevocable por parte del mencionado ingeniero, mediante carta N°031-2016-CSS/RL, comunica a PROVÍAS DESCENTRALIZADO la renuncia del mencionado profesional, así como también solicita el cambio del mencionado especialista, proponiendo al Ing. Marco Antonio Navarro Neyra quien asumiría el cargo de Especialista de Estructuras previa autorización de PROVÍAS DESCENTRALIZADO.
- 3.22 Así el CONSORCIO refiere que mediante Oficio 1926-2016MTC/21 de fecha de recepción 21 de noviembre del 2016 PROVÍAS DESCENTRALIZADO le comunica la aceptación del cambio del Jefe de Supervisión. En consecuencia, mediante dicho oficio se aprueba al Ing. Marco Antonio Navarro Neyra como nuevo Especialista de Estructuras. Sin embargo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que en cumplimiento de lo señalado en el numeral 12.4 de los Términos de Referencia, dicho cambio dará lugar al cobro de una penalidad equivalente al 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales.
- 3.23 Asimismo, en este punto el CONSORCIO procede a hacer mención a los mismos argumentos utilizados en su escrito de demanda arbitral, respecto a los otros tres casos de renuncia de su personal.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por PROVÍAS DESCENTRALIZADO:

Con fecha 17 de enero de 2017, PROVÍAS DESCENTRALIZADO contesta la demanda arbitral.

Con respecto a la primera, segunda, tercera pretensión principal

- 4.1 PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que con fecha 17 de mayo de 2016, a través del Oficio N° 088-2016-MTC/21.UGTD, se le comunica al CONSORCIO, la designación del contratista que se haría cargo de la obra, citándosele consecuentemente a la entrega del terreno al contratista programado para el 26 de mayo de 2016, como paso previo al inicio de la obra.
- 4.2 Posteriormente, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que con fecha 23 de mayo de 2016, días antes de iniciarse el servicio, el CONSORCIO, solicitó a través de la Carta N° 008-2016-CSS/RL el cambio del Jefe de Supervisión, sin incluir la Carta de Renuncia del ingeniero William Arones Baes.
- 4.3 En ese sentido, PROVÍAS DESCENTRALIZADO indica que mediante Oficio N° 097-2016-MTC/21.UGTD de fecha 26 de mayo de 2016 a través de la Unidad Gerencial de Transporte Departamental remitió en devolución dicha solicitud al no incluir entre otros la carta de renuncia del profesional a reemplazar, documento indispensable para la evaluación solicitada.
- 4.4 De otro lado, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que mediante Oficio N° 108-2016-MTC/21.UGTD del 02 de junio de 2016 a través de la Unidad Gerencial de Transporte Departamental, le comunica al CONSORCIO el inicio formal de sus servicios a partir del 02.06.2016.
- 4.5 PROVÍAS DESCENTRALIZADO indica que con fecha 10 de junio de 2016, el CONSORCIO solicitó nuevamente el cambio del Jefe de Supervisión a través de la Carta N° 009-2016-CSS/RL adjuntando la carta S/N de fecha 08 de junio de 2016 (carta de renuncia del ingeniero William Arones Baes).
- 4.6 PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que el 21 de junio de 2016 a través del Oficio N° 965-2016-MTC/21.UGTD, que incluye el Informe N° 047-2016-MTCI21.UGTD, autoriza el cambio del jefe de servicio.
- 4.7 Asimismo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO indica que con fecha 12 de junio de 2016 a través del Oficio N° 1103-2016-MTC/21.UGTD, que incluye en Informe N° 057-2016-MTC/21.UGTD, autoriza el cambio del Especialista en Impacto Ambiental. Además, PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que mediante el Informe N° 047-2016-MTCI21.UGTD, incluye a su vez el Informe Técnico N° 0292016-MTC/21.UGTD,svv.
- 4.8 Así también, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que el 23 de junio de 2016, el CONSORCIO, comunicó a través de la Carta N° 010-2016-CSS/RL incluyendo la carta s/n de fecha 17 de junio de 2016 la renuncia del ingeniero Leoncio Julio Benito Chuque, el cambio de Asistente de Supervisión, el mismo que fue rechazado en primera instancia a través de la Oficina Zonal Junín y que fue reiterado a través de la Carta N° 023-2016-CSS/RL de fecha

07.09.2016. Posteriormente, PROVÍAS DESCENTRALIZADO indica que con el Oficio N° 1558-2016-MTC/21.LJGTD del 21 de setiembre de 2016, que incluye en informe N° 096-2016-MTC12.UQT1, que autoriza el cambio del Asistente de Supervisión.

- 4.9 Es preciso indicar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO señalo en el último párrafo de dichos documentos que autorizan los cambios de los referidos profesionales, lo relacionado a la penalidad equivalente al 3.0% del monto de valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales.
- 4.10 En relación a los tres casos de renuncia de los profesionales en mención, PROVÍAS DESCENTRALIZADO sostiene que el CONSORCIO, ha efectuado una interpretación arbitraria del numeral 12.4 de los TDR, pues en ningún extremo de este numeral se exime al CONSORCIO de la aplicación de penalidad por cambio de personal, cuando el cambio se ha dado por hechos de fuerza mayor, penalidad que también se ha plasmado en la cláusula décima cuarta del Contrato.
- 4.11 PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que el CONSORCIO, en sus fundamentos no ha tomado en cuenta que previo a la aplicación del numeral 14.2 de los TDR (penalidad), debe primero autorizarse el cambio del profesional y este evento está regulado en el numeral 5.8 de los TDR y la cláusula décimo séptima del Contrato.
- 4.12 Asimismo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que puede deducirse expresamente de la lectura del numeral 5.8 de los TDR y la cláusula décimo séptima del Contrato que el CONSORCIO estaba obligado a ejecutar el servicio con su personal propuesto, no estando permitido los cambios salvo explícitamente por razones de fuerza mayor debidamente comprobados, situación que ha sido tomada en cuenta para evaluar y aceptar el cambio del Jefe de Supervisión, pues la demora en la designación del CONSORCIO que tendría a su cargo la ejecución de la obra era ajena al CONSORCIO, por tanto considerado un "hecho de fuerza mayor debidamente comprobado" PROVÍAS DESCENTRALIZADO autorizó el cambio de los referidos profesionales.
- 4.13 PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que no está en discusión el hecho de haberse autorizado el cambio de personal profesional por un "hecho de fuerza mayor debidamente comprobado", pues en los TDR y por consiguiente en el Contrato, esta causal es la única para autorizar el cambio de profesionales.
- 4.14 Sin embargo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que el hecho de aprobar el cambio del Jefe de Supervisión bajo la causal por razones de fuerza mayor debidamente comprobados, no le exime a CONSORCIO de la aplicación de la penalidad por cambio de profesionales señalada en el Numeral 12.4 de los TDR y la cláusula décimo cuarta del Contrato, dado que PROVÍAS DESCENTRALIZADO sostiene que la aplicación de la penalidad rige por cada cambio de personal que se generó por razones de fuerza mayor debidamente comprobados en cumplimiento al numeral 5.8 de los TDR.
- 4.15 Asimismo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que el numeral 12.4 de los TDR, no fue cuestionado durante el proceso de selección quedando firme su aplicación.

Respecto a la cuarta pretensión principal

- 4.16 PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que en tanto se aplicó la penalidad por cambio de personal al CONSORCIO conforme a lo establecido en el Contrato y los TDR que forman parte del mismo considera que no le corresponde asumir los costos y costas que el CONSORCIO invertirá en esta controversia.

De la Contestación de la acumulación de la demanda presentada por PROVÍAS DESCENTRALIZADO

- 4.17 Mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2017, PROVÍAS DESCENTRALIZADO contesta la demanda acumulada señalando los mismos argumentos utilizados en su escrito de contestación de demanda arbitral.

V. Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

- 5.1 Con fecha **16 de junio de 2017**, se reunieron el doctor **Eric Franco Regjo** en calidad de Árbitro Único, y la abogada Medaly Claudia Rojas Ventura, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro; con la asistencia del **CONSORCIO**, representado por la abogada Albertina del Rosario Chappa Vicuña identificada con DNI N° 40285214 y Reg. CAL N° 37391; y de otro lado **PROVÍAS DESCENTRALIZADO**, representado por la abogada Karen María Anzualdo Ríos, identificada con DNI N° 25793346 y con Registro CAL N° 31909, quien se encontró acompañada de la señorita Sandra Deidamia Vizcarra Vivanco identificada con DNI N° 09362460 y del señor Carlos Enrique Vásquez Laguna identificado con DNI N° 09830786.

5.2 CONCILIACIÓN

Conforme a lo establecido en el literal a) artículo 48° del Reglamento de Arbitraje del CENTRO, el Árbitro Único inició el diálogo e invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio. Los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que, por el momento, no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad para que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso. En vista de lo anterior, se continuó con la presente Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

5.3 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Árbitro Único, con la intervención de las partes, estableció los puntos controvertidos, con sujeción al artículo 48° del Reglamento, sobre la base de las pretensiones y defensas que han sido planteadas:

Respecto a la demanda arbitral presentada el 15 de diciembre 2016 y la contestación de la demanda presentada el día 17 de enero de 2017 y subsanación presentada el 22 de febrero de 2017.

Primer Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 965-2016MTC/21, de fecha de recepción 22-06-2016 (referidas al cambio del Jefe de Supervisión) y que se disponga la no aplicación de penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor, las mismas que están debidamente acreditadas.

Segundo Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1103-2016-MTC/21, de fecha de recepción 13 de Julio 2016 (referidas al cambio del Especialista de Impacto Ambiental) y que se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

Tercer Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1558-2016-MTC/21, de fecha de recepción 23 de septiembre del 2016 (referidas al cambio del Asistente de Supervisión) y que se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

Respecto a la demanda arbitral acumulada presentada el 13 de febrero 2017 y la contestación de la demanda acumulada presentada el día 27 de marzo de 2017.

Cuarto Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1926-2016-MTC/21, con fecha de recepción 21 de noviembre del 2016 y que se disponga la no aplicación de las penalidades, en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

Costas y costos: Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

Se deja constancia de que los puntos controvertidos precedentemente señalados tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Árbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para facilitar la resolución de la controversia, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de las materias y/o pretensiones sometidas a este arbitraje.

El Árbitro Único deja establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, declara que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Árbitro Único deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48, literal b), del Reglamento de Arbitraje.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Árbitro Único, las partes expresaron su conformidad.

5.4 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

- a) **Del escrito de demanda arbitral presentado por el CONSORCIO el 15 de diciembre de 2016.**

Los documentos ofrecidos y presentados en el Acápito IV. “Medios Probatorios” de su escrito de demanda arbitral, los cuales figuran en calidad de anexos desde el numeral 1-A al 1-I del referido escrito de demanda arbitral y que fueron precisados mediante Resolución N° 1.

- b) **Del escrito de contestación de la demanda presentado por PROVIAS DESCENTRALIZADO el día 17 de enero de 2017 y subsanación presentada el 22 de febrero de 2017.**

Los documentos presentados en el Segundo Otrosí Digo de su escrito de contestación de demanda arbitral; los cuales figuran en calidad de anexos desde el literal A al Y del referido escrito de contestación de demanda arbitral y que fueron subsanados mediante Resolución N° 4.

- c) **Del escrito de demanda arbitral acumulada presentado por el CONSORCIO el 13 de febrero de 2017:**

Los documentos ofrecidos y presentados en el Acápito IV. “Medios Probatorios” de su escrito de demanda arbitral acumulada, los cuales figuran en calidad de anexos desde el numeral 1-A al 1-G del referido escrito de demanda arbitral acumulada.

- d) **Del escrito de contestación de demanda arbitral acumulada presentado por PROVIAS DESCENTRALIZADO el 27 de marzo de 2017**

Los documentos ofrecidos y presentados en el Acápito III. “Medios Probatorios” de su escrito de contestación de demanda arbitral acumulada, los cuales figuran en calidad de anexos desde el numeral 1 al 8 del referido escrito de contestación de demanda arbitral acumulada.

5.5 ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE POSICIONES

A continuación, se procedió con la ilustración sobre las materias controvertidas. El Árbitro Único concedió el uso de la palabra a los representantes del CONSORCIO, quienes realizaron una exposición sobre su posición utilizando una presentación en Power Point; la cual fue presentada en la audiencia en copias suficientes para el Árbitro Único, su contraparte y para el expediente.

Seguidamente, se otorgó el uso de la palabra a los representantes de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, quienes realizaron una exposición sobre su posición utilizando una presentación en Power Point; la cual fue presentada en audiencia en copias suficientes para el Árbitro Único, su contraparte y para el expediente.

Luego de ello, se otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de su derecho a réplica y dúplica.

Asimismo, el Árbitro Único efectuó preguntas a las partes, quienes las absolvieron algunas en la propia audiencia y se fijó un plazo de diez (10) días hábiles para que respondan las siguientes preguntas:

1. Si existe controversia sobre si la renuncia de personal en este caso, constituyó o no un evento de caso fortuito o fuerza mayor.
2. Precisa su posición con relación a que la penalidad por cambio de personal indicada en el numeral 12.4 de los términos de referencia y cláusula décimo cuarta del Contrato corresponde ser aplicada aún en caso de eventos de caso fortuito o fuerza mayor.
3. Sobre el entendido señalado por las partes de que no ha habido más cambios de personal a la fecha distintos a los que son materia de controversia y que el personal ha sido reemplazado por personal que cumple con los requisitos del Contrato, precisar si la Entidad ha sufrido daños por dichos cambios.
4. Precisar si bajo la normativa de la Ley de Contrataciones con el Estado, por un lado, y bajo el Código Civil por otro, corresponde aplicar penalidad en caso de incumplimientos tanto justificados como injustificados.

VI. ALEGATOS ESCRITOS, INFORME ORAL Y OTROS

6.1 Audiencia de Informe Oral

Mediante escrito de fecha 13 de setiembre de 2017, PROVÍAS DESCENTRALIZADO cumple con presentar sus alegatos escritos. Asimismo, mediante Resolución N° 15 de fecha 19 de setiembre, se deja constancia de la falta de presentación del escrito de alegatos a cargo del CONSORCIO.

6.2 Audiencia de Informe Oral

Con fecha **17 de noviembre de 2017**, se reunieron se reunieron el doctor **Eric Franco Regjo** en calidad de Árbitro Único, y la abogada Joyce Poves Montero, en calidad de Secretaria Arbitral del CENTRO; con la asistencia del **CONSORCIO** representado por la ingeniera Carol Fiorella Egusquiza Peceros identificada con DNI N° 43924144 acompañada por el abogado Carlos Antonio Armas Gamarra, identificado con DNI N° 40330504 y Registro CAL N° 41957; y de otro lado **PROVÍAS DESCENTRALIZADO**, representado por la abogada Karen María Anzualdo Ríos, identificada con DNI N°

25793346 y Registro CAL N° 31909, acompañada de la Ingeniera Sandra Deidama Vizcarra Vivanco, identificada con DNI N° 09362460.

El Árbitro Único dio inicio a la audiencia señalando que el objeto de la misma consiste en que las partes y/o sus abogados informen oralmente sus alegatos escritos.

En ese sentido, se otorgó el uso de la palabra a los representantes del CONSORCIO, quienes realizaron una exposición sobre la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint.

Luego, se otorgó el uso de la palabra a los representantes de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, quienes realizaron una exposición sobre la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint. Culminado sus respectivos informes orales, el Árbitro Único otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y réplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

De igual forma, el Árbitro Único realizó las preguntas que estimó necesarias a las partes.

6.3 Con respecto a los escritos complementarios

Mediante escritos de fecha 28 de noviembre de 2017, el CONSORCIO y PROVÍAS DESCENTRALIZADO cumplen con presentar sus escritos complementarios.

6.4 Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 18, notificada a las partes el 06 de diciembre, se fijó el plazo para laudar, el mismo que vence el día 23 de enero de 2018.

VII. ANÁLISIS

Cuestiones preliminares

- 7.1 Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que no se le ha recusado o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y la acumulación respectiva; (iv) que la Entidad cumplió con contestar la demanda y la acumulación respectiva; (v) que las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como la facultad de presentar sus alegatos escritos y la oportunidad de formular sus informes orales, derecho que han ejercido; y, (vi) que el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.
- 7.2 Asimismo, el Tribunal Arbitral Unipersonal 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 Árbitro Único 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.

7.3 Considerando que el referente regulatorio de las partes es la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N 184-2008-EF, es pertinente señalar que cuando se haga mención a “la Ley” se deberá entender a la Ley de Contrataciones y cuando se mencione “el RLCE” deberá entenderse a su Reglamento.

7.4 De igual manera, el Árbitro Único conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.

7.5 Puntos controvertidos

Primer Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 965-2016MTC/21, de fecha de recepción 22-06-2016 (referidas al cambio del Jefe de Supervisión) y que se disponga la no aplicación de penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor, las mismas que están debidamente acreditadas.

Segundo Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1103-2016-MTC/21, de fecha de recepción 13 de Julio 2016 (referidas al cambio del Especialista de Impacto Ambiental) y que se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

Tercer Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1558-2016-MTC/21, de fecha de recepción 23 de septiembre del 2016 (referidas al cambio del Asistente de Supervisión) y que se disponga la no aplicación penalidades en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

Cuarto Punto Controvertido: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades que manifiesta la entidad en el oficio N° 1926-2016-MTC/21, con fecha de recepción 21 de noviembre del 2016 y que se disponga la no aplicación de las penalidades, en razón de existir causas fortuitas o de fuerza mayor.

7.6 Dada la innegable vinculación de los puntos controvertidos antes señalados, el Árbitro Único estima pertinente resolverlos de manera conjunta.

7.7 De los actuados se advierte entonces, dos posiciones distintas que deben ser materia de análisis. Por un lado, el CONSORCIO manifiesta que los cambios de los profesionales por motivos de renuncia, derivan del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor de modo tal, que no le es imputable la penalidad por cambio de profesional y, por otro lado, la Entidad sostiene que, sin perjuicio de la aprobación del cambio del profesional, las disposiciones

contractuales disponen la aplicación de dicha penalidad.

- 7.8 El Árbitro estima pertinente tener presente, las disposiciones contractuales a efectos de determinar en qué supuestos se habilita la aplicación de la penalidad por el cambio de personal, asimismo, verificar si la conducta del CONSORCIO se encuentra dentro del supuesto contractual que habilite la aplicación de dicha penalidad.
- 7.9 Ahora bien, debe destacarse la Cláusula Sexta del Contrato, que señala el orden de prelación documental respecto a la interpretación del Contrato.

“CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente Contrato está conformado por las Bases Integradas, los términos de referencia, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan las obligaciones para las partes. El orden de prelación de los documentos que conforman el presente contrato, para efectos de su interpretación o integración, en caso de cualquier contradicción, diferencia u omisión, es el siguiente:

1. **Términos de referencia.**
2. Bases Integradas
3. La propuesta técnica y económica de EL CONTRATISTA.
4. **El presente documento contractual.**
(Subrayado y negrita son agregados)

- 7.10 Conforme a la cláusula previamente glosada, los términos de referencia constituyen el primer elemento de análisis respecto a la interpretación de la aplicación de la penalidad. En esa línea, se debe tener en cuenta los numerales 5.8, 5.10 y 12.4 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas:

“5.8 Para la prestación de los servicios de supervisión y control. EL SUPERVISOR utilizará el personal calificado especificado en su propuesta técnica, no estando permitido cambios, **salvo por razones de fuerza mayor debidamente comprobadas.** Para este efecto, el SUPERVISOR deberá proponer a PROVIAS DESCENTRALIZADO con diez (10) días útiles de anticipación, el cambio de personal a fin de obtener la aprobación del mencionado cambio. El nuevo personal profesional propuesto deberá reunir similar o mejor calificación que el profesional ofertado inicialmente.”

“5.10 PROVIAS DESCENTRALIZADO podrá solicitar cambio del personal del Supervisor, en cualquier momento, cuando considere conveniente en beneficio del proyecto.”

“12.4 Para la prestación de los servicios de supervisión y control, el Supervisor utilizará el personal calificado especificado en su propuesta técnica, no estando permitido cambios, **salvo por razones de fuerza mayor debidamente comprobados.**

El cambio de personal profesional solicitado por el Supervisor y aprobado por PROVIAS DESCENTRALIZADO dará lugar a una penalidad de 3.0% del monto de las valorizaciones del Contrato Principal y prestaciones adicionales que se realicen desde la fecha que se realizó el cambio, hasta el término del servicio. La penalidad será efectiva por cada cambio de profesional que se realice.

(Subrayado y negrita son agregados)

7.11 Por su parte, la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato establece:

“CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OTRAS PENALIDADES

En concordancia con el artículo 166 del Reglamento y de acuerdo a los términos de referencia, se aplicará la siguiente penalidad:

- El cambio de personal profesional solicitada por el supervisor y autorizado por LA ENTIDAD dará lugar a una penalidad del 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales que se realicen, desde la fecha que se realizó el cambio hasta el término del servicio. La penalidad será efectiva por cada cambio de profesional que se realice.”

7.12 Asimismo, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato dispuso:

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: PERSONAL DEL CONTRATISTA

Para la prestación de los servicios, EL CONTRATISTA utilizará el personal especificado en su propuesta técnica, el cual deberá presentar antes del inicio de los trabajos (...). No está permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.”

7.13 La Entidad sostiene que, a raíz del cambio del profesional, aceptado por su representada, corresponde aplicar la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato que establece la aplicación de una penalidad del 3.0% del monto del Contrato.

7.14 El Demandante por su parte, refiere que el Contrato le exonera la aplicación de dicha penalidad si es que el cambio se debe a un caso de fuerza mayor.

7.15 Ante ello, la Entidad puntualiza que la procedencia del cambio sólo es posible si es que deriva de un caso de fuerza mayor por lo que igualmente, considera que el numeral 12.4 de los términos de referencia y la Cláusula Décimo Cuarta no excluyen la aplicación de la penalidad.

7.16 De ello, el Árbitro Único advierte que la posición de la Entidad es que corresponde aplicar la penalidad especial por los cambios de personal, ya sea que dichos cambios se originen o no en causas de fuerza mayor.

7.17 Bajo dicho contexto, debe tenerse en cuenta que la normativa de contrataciones del estado establece la posibilidad de aplicar penalidades distintas a las penalidades por mora, a efectos de garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de la Entidad. En esa línea, el artículo 166 del Reglamento prevé que:

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

- 7.18 De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan, penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calculan de forma independiente a dicha penalidad y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.
- 7.19 Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de la penalidad, Roberto Dromi ha señalado: *“que la Administración tiene la facultad de imponer sanciones por las faltas contractuales que pueda cometer el contratista, las cuales pueden ser pecuniarias, coercitivas y rescisorias. Dentro de las sanciones pecuniarias pueden ser fijas y predeterminadas y aparecer bajo la fórmula de “cláusula penal” o “multas”. Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo, sino que se aplican ante una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente y que procede, aunque la transgresión contractual no implique otro perjuicio para la Administración”*.
- 7.20 En ese sentido, *“Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató (...) se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él”*².
- 7.21 Por su parte, la Dirección Técnica Normativa del OSCE mediante la Opinión N° 064-2012/DTN de fecha 10 de mayo de 2012 dispone que las disposiciones sobre otras penalidades distintas a la mora deberán sujetarse a tres parámetros:
- “(...) esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: **la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria**”*
- 7.22 Conforme al artículo 166 del Reglamento glosado, las penalidades deben ser objetivas razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. El alcance de dichos parámetros ha sido analizado en la Opinión N° 023-2017/DTN de fecha 20 de marzo de 2017,
- 7.23 donde el órgano rector ha señalado qué, implica cada uno de ellos:

“(..) Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) *La objetividad implicaba que **la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados**, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o*

¹ DROMI CASAS, Roberto. *Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. Pág. 509

² PALOMINO CABEZAS, Walter. *Formas de Conclusión del Contrato*. Capítulo 4 Módulo 4, pág. 10-11
Disponible en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap4_m4a.pdf

procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;

- (ii) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- (iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria."

7.24 Siendo ello así, y a la luz de lo expuesto, es pertinente remitirnos nuevamente a la Cláusula Cuarta del Contrato que establece el parámetro de la penalidad especial.

"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OTRAS PENALIDADES

En concordancia con el artículo 166 del Reglamento y de acuerdo a los términos de referencia, se aplicará la siguiente penalidad:

- El cambio de personal profesional solicitada por el supervisor y autorizado por LA ENTIDAD dará lugar a una penalidad del 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales que se realicen, desde la fecha que se realizó el cambio hasta el término del servicio. La penalidad será efectiva por cada cambio de profesional que se realice."

7.25 Como se hace evidente, la Cláusula previamente glosada se remite a los términos de referencia. Entre ellos, se puede verificar que el numeral 12.4 está referido al cambio de personal. Así de una comparación tenemos:

Cláusula Décimo Cuarta	Numeral 12.4 de los Términos de Referencia
El cambio de personal profesional solicitada por el supervisor y autorizado por LA ENTIDAD dará lugar a una penalidad del 3.0% del monto de las valorizaciones del contrato principal y prestaciones adicionales que se realicen, desde la fecha que se realizó el cambio hasta el término del servicio. La penalidad será efectiva por cada cambio de profesional que se realice.	12.4 Para la prestación de los servicios de supervisión y control, el Supervisor utilizará el personal calificado especificado en su propuesta técnica, no estando permitido cambios, salvo por razones de fuerza mayor debidamente comprobados. <u>El cambio de personal profesional solicitado por el Supervisor y aprobado por PROVIAS DESCENTRALIZADO dará lugar a una penalidad de 3.0% del monto de las valorizaciones del Contrato Principal y prestaciones adicionales que se realicen desde la fecha que se realizó el cambio, hasta el término del servicio. La penalidad será efectiva por cada cambio de profesional que se realice.</u>

7.26 Como se observa, tanto en la Cláusula Décimo Cuarta como en el segundo párrafo de los

términos de referencia se señala como supuesto de hecho y su consecuencia, lo siguiente:

Supuesto de hecho: El cambio de personal profesional solicitado por el Supervisor y aprobado por PROVIAS DESCENTRALIZADO

Consecuencia: Dará lugar a una penalidad de 3.0% del monto de las valorizaciones del Contrato Principal y prestaciones adicionales que se realicen desde la fecha que se realizó el cambio, hasta el término del servicio.

- 7.27 La posición de la Entidad es que el cambio sólo procede por una fuerza mayor; no obstante, la penalidad igualmente le es imputable. Dicha interpretación ciertamente no se encuentra recogida expresamente en el supuesto de hecho concreto. En cambio, para llegar a dicha interpretación es necesario inferir que, tal como señala la Entidad, la aplicación de la penalidad es una consecuencia lógica y natural de dicha redacción.
- 7.28 Entonces, ¿Es posible incluir en el supuesto concreto aquellos supuestos que deriven de caso fortuito o fuerza mayor?
- 7.29 A consideración del Árbitro Único resulta relevante dicha pregunta porque, por un lado, la naturaleza de la penalidad es que ella se aplica ante un **incumplimiento injustificado** del Contratista tal como lo señala el artículo 48 de la Ley que indica:

*“El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al Contratista ante el **incumplimiento injustificado de sus obligaciones** contractuales de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.*

- 7.30 En ese mismo sentido regula el Código Civil la aplicación de las penalidades:

“Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.”

- 7.31 Como vemos, la regla general y la interpretación natural ante una penalidad, tanto en la normativa de contrataciones públicas como en la normativa privada, es que la misma sólo se aplica ante incumplimientos injustificados o causas imputables al deudor. Es posible el pacto en contrario, pero el mismo debe ser expreso.
- 7.32 Por otro lado, el supuesto de fuerza mayor es un elemento eximente de responsabilidad tal como lo prevé la Opinión N° 118-2017 de fecha 18 de mayo de 2017, donde el OSCE indica que:

“Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones”.

- 7.33 Así, dejando de lado el análisis sobre la objetividad, la razonabilidad y la congruencia la penalidad, para que una penalidad aplique en un caso de incumplimiento por causas no

imputables al infractor, su redacción debe ser de una claridad tal que no deje lugar a dudas sobre la intención de apartarse de la regla general.

- 7.34 En el presente caso, la Cláusula Décima Cuarta del Contrato y el numeral 12.4 de los Términos de Referencia no establecen en forma expresa, clara y sin lugar a dudas que la aplicación de la penalidad por cambio de personal se aplicará aún en caso que el cambio se deba a razones de fuerza mayor. Más aún, al señalar que se permite el cambio en caso de fuerza mayor, refuerza la idea que dichos cambios no serán penalizados.
- 7.35 Así las cosas, la interpretación que realiza la Entidad respecto a la aplicación de la penalidad ciertamente, excede los alcances de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato y el numeral 12.4 de los Términos de Referencia. La interpretación de la Entidad del numeral 12.4 de los Términos de Referencia, según la cual se debe entender que aplicaría la penalidad aún luego de aprobado el cambio debido a causas de fuerza mayor, no es una lectura natural y que no deje lugar a dudas.
- 7.36 Dicho en otras palabras, si la Entidad pretendía que la penalidad se pueda imponer incluso en el supuesto de cambio de personal debido a razones de caso fortuito o fuerza mayor, tal como lo refiere la Entidad, dicha disposición debía quedar expresada en el contrato de manera indubitante para que todos los postores puedan entender la intención claramente de una lectura razonable y diligente. Sin embargo, la redacción del Contrato y los Términos de Referencia no expresan claramente que no aplique la regla general de imposición de penalidad sólo ante incumplimientos injustificados.
- 7.37 La interpretación del Árbitro Único, que la penalidad especial para sancionar económica debe haber señalado en forma expresa que la penalidad es igualmente, aplicable para el supuesto de fuerza mayor resulta más evidente debido a que la propia Entidad señala que el cambio será procedente si es que deriva de un supuesto de fuerza mayor. Entonces, al contrario de la opinión de la Entidad, el cambio derivado de un supuesto de fuerza mayor no genera la aplicación de la penalidad, otros cambios que no derivan de fuerza mayor generan la aplicación de la penalidad.
- 7.38 Así en el presente caso, se sucedieron los siguientes cambios de especialistas:
- El Jefe de Supervisión mediante el Oficio N° 965-2016-MTC/21
 - El Especialista de Impacto Ambiental mediante el Oficio N° 1103-2016-MTC/21
 - El Especialista de Asistente de Supervisión mediante el Oficio N° 1558-2016-MTC/21.
 - El Especialista de Estructura mediante el Oficio N° 1926-2016-MTC/21.
- 7.39 Las partes han referido que el cambio se debió a un supuesto de fuerza mayor. Si bien la Entidad ha referido que las renunciaciones pudieron ser simuladas, no ha presentado elemento probatorio que genere convicción en el Árbitro Único sobre aquella simulación de modo tal, que el Árbitro Único considere que la base sobre la cual la Entidad fundó la procedencia del cambio no haya sido un supuesto ajeno a las partes (caso fortuito o fuerza mayor). Al contrario, de la documentación aportada en el expediente arbitral, se encuentra que, durante el procedimiento de cambio de especialistas, la Entidad asumió

que en efecto se trataba de un supuesto de fuerza mayor.

- 7.40 Bajo dichas circunstancias, el Árbitro Único se forma convicción que los cambios de los profesionales previamente señalados se produjeron por unas causas de fuerza mayor y no corresponde la aplicación de la penalidad prevista en el numeral 12.4 de los Términos de Referencia y la Cláusula Décima Cuarta. De tal modo, el Árbitro Único considera que corresponde dejar sin efecto, el extremo que impone la penalidad en el Oficio N° 965-2016-MTC/21, el Oficio N° 1103-2016-MTC/21, el Oficio N° 1558-2016-MTC/21 y el Oficio N° 1926-2016-MTC/21.

Costas y costos: Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

- 7.41 El Árbitro Único, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de los costos del arbitraje, Tribunal Arbitral dispone que cada parte deberá asumir los costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral.

VIII. De la 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 Árbitro Único

LAUDA EN DERECHO:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, declarar sin efecto la aplicación de penalidades dispuesta por la Entidad en el oficio N° 965-2016MTC/21, de fecha de recepción 22 de junio de 2016 (referidas al cambio del Jefe de Supervisión) y que se disponga la no aplicación de penalidades en este caso, por razones de fuerza mayor conforme a las consideraciones del presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, declarar sin efecto la aplicación de penalidades dispuesta por la Entidad en el oficio N° 1103-2016-MTC/21, de fecha de recepción 13 de julio 2016 (referidas al cambio del Especialista de Impacto Ambiental) y que se disponga la no aplicación de penalidades en este caso, por razones de fuerza mayor conforme a las consideraciones del presente laudo

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión de la demanda y, en consecuencia, declarar sin efecto la aplicación de penalidades dispuesta por la Entidad en el oficio N° 1558-2016-MTC/21, de fecha de recepción 23 de septiembre del 2016 y que se disponga la no aplicación de penalidades en este caso, por razones de fuerza mayor conforme a las consideraciones del presente laudo

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Acumulada de la demanda y, en consecuencia, declarar sin efecto la aplicación de penalidades dispuesta por la Entidad en el oficio N° 1926-2016-MTC/21, con fecha de recepción 21 de noviembre del 2016 y que se disponga la no aplicación penalidades en este caso, por razones de fuerza mayor conforme a las consideraciones del presente laudo

QUINTO: DECLARAR que cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido y **FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente cancelados

Se expide el presente Laudo en la ciudad de Lima, a los 8 días del mes de enero de 2018.

Notifíquese a las partes.

Eric Franco Regjo
Árbitro Único