

A-118-16 WLV  
laudo (E)

Lima, 6 de setiembre de 2017

Señores

**PROVIAS NACIONAL**

Jr. Zorritos N° 1203, Mesa de Partes de la Procuraduría del MTC: Edificio Circular  
1° Piso

Cercado de Lima.-

**Referencia: Arbitraje Consorcio Pericos San Ignacio – Provias  
Descentralizado (Exp. N° 1164-226-16)**

De nuestra consideración:

Tenemos a bien dirigirnos a ustedes, a fin de hacerles llegar la Resolución N° 13 de fecha 4 de setiembre de 2017, a fojas 41, la cual contiene el Laudo Arbitral emitido por el doctor Héctor Ferrer Tafur, recaído en el proceso de la referencia seguido entre Consorcio Puentes Modulares y Provias Descentralizado.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS  
  
Luis Miguel Merino Brenis  
Secretario Arbitral



EXP. N° 1164-226-16

LAUDO DE DERECHO

**DEMANDANTE:** **CONSORCIO PUENTES MODULARES** (en adelante, también el **CONSORCIO**, el **CONTRATISTA**)

**DEMANDADO:** **PROVÍAS DESCENTRALIZADO DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES** (en adelante, también **PROVÍAS**, **PROVÍAS DESCENTRALIZADO** o la **ENTIDAD**)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho.

**ÁRBITRO ÚNICO:** Héctor Ferrer Tafur

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez  
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje  
del Centro de Resolución de Conflictos de la  
Universidad Católica.

---

**Resolución N° 13**

 En Lima, a los 4 días del mes de setiembre del año dos mil diecisiete, 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 en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

---

## **I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

### **1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 124-2015-MTC/21, "Contratación del Servicio General de Instalación de Puentes Modulares Provisionales – Paquete 8; ubicados en el Departamento de Apurímac", suscrito el día 26 de octubre del 2015.

### **1.2 Instalación del Tribunal Arbitral**

El día 16 de setiembre de 2016, se instaló el Tribunal Arbitral Único, integrado por el doctor Héctor Ferrer Tafur, quien fue designado por la Corte del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante el "CENTRO"), donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

## **II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE**

Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante el REGLAMENTO), la Ley de Contrataciones 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, simplemente LA).

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

### **III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO**

Mediante escrito de fecha 14 de octubre de 2016, el demandante interpuso su demanda arbitral señalando las siguientes pretensiones principales:

#### **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Árbitro Único declare la nulidad de la penalidad contra CONSORCIO PUENTES MODULARES, impuesta por parte de LA ENTIDAD por el monto de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles), y en consecuencia nula e ineficaz las consideraciones y conclusiones del Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR, por ser contrario a la Normativa Vigente, al pretender LA ENTIDAD imponer su propia definición de "*Fuerza Mayor o Caso Fortuito*", colisionando con la definición establecida por el Código Civil.

#### **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Árbitro Único disponga que LA ENTIDAD devuelva a favor de CONSORCIO PUENTES MODULARES, la cantidad de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles) indebidamente descontado de las Valorizaciones N° 05 y 06 de la ejecución contractual, como concepto de aplicación penalidades. Debiendo pagar además a favor del CONSORCIO los interés de Ley que se han generado desde la fecha en que se produjo el descuento unilateral, arbitrario y sin previo aviso, hasta la fecha en que proceda a la cancelación y/o devolución del monto descontado.

#### **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Árbitro Único disponga que LA ENTIDAD asuma los costos y costas arbitrales que generan el presente proceso arbitral.

**Respecto a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda el Consorcio señala lo siguiente:**

- 3.1 Con fecha 26 de octubre del 2015 las partes suscribieron el Contrato N° 124-2015-MTC/21 para la prestación del Servicio denominado: *"SERVICIO GENERAL DE INSTALACIÓN DE PUENTES MODULARES PROVISIONALES - PAQUETE 8; UBICADOS EN EL DEPARTAMENTO DE APURÍMAC"*
- 3.2 El CONSORCIO presentó las valorizaciones N° 05 y 06 ante la Entidad para su respectiva cancelación.
- 3.3 Sin mediar comunicación alguna la entidad realizó a favor del CONSORCIO el pago parcial de las valorizaciones 05 y 06, Adeudando un saldo equivalente a S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles).
- 3.4 Ante la falta de comunicación por parte de la entidad, que permita conocer los motivos por la cual se retenía el monto antes indicado, y considerando que dicho acto constituye una decisión unilateral y arbitraria, por carecer de motivación expresa y debidamente notificada, vulnerando el principio de equidad que rige el contrato suscrito y los requisitos del procedimiento al que se encuentra sometido, el CONSORCIO con fecha 28 de mayo del 2016 cursó comunicación notarial a PROVIAS DESCENTRALIZADO, solicitando la aclaración y motivación del caso por la retención unilateralmente realizada en la cancelación de las valorizaciones antes mencionadas.
- 3.5 Con fecha 10 de junio del 2016, el CONSORCIO señala que recibió vía notarial, el Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR, suscrito por el Gerente de la Unidad Gerencial de Transporte Rural (e) de PROVIAS DESCENTRALIZADO, mediante la cual se brinda respuesta a la carta notarial mencionada en el literal precedente, y se les comunica

que, luego de haberse aprobado la solicitud de cambio de profesionales a través de la R.D. N° 795-2015-MTC/21 de fecha 16.11.2015, correspondía, según decisión de la ENTIDAD, aplicar una penalidad equivalente a S/ 130,988.52, por concepto de penalidades por el cambio de profesionales, **por no haberse sustentado la causal de fuerza mayor de la renuncia de estos profesionales.**

**Respecto a los fundamentos de la Primera Pretensión Principal, el Consorcio señala lo siguiente:**

3.6 La Cláusula Sexta del Contrato N° 124-2015-MTC/21, suscrito entre el CONSORCIO y PROVIAS DESCENTRALIZADO, establece el orden de prelación de los documentos que lo conforman para efectos de su interpretación. Cláusula que textualmente establece:

#### **CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO**

3.7 El presente contrato está conformado por los Términos de Referencia, las Bases Integradas, la Oferta Ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

3.8 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.

3.9 En concordancia con el literal precedente, el CONSORCIO Señala que el numeral 8.0 *"REQUISITOS MINIMOS QUE DEBE CUMPLIR EL*

CONTRATISTA”, sección: CONDICIONES GENERALES PARA LA EJECUCION DEL SERVICIO – cuarto párrafo, textualmente señala:

El contratista deberá utilizar el Personal Profesional y Personal Técnico, indicado en el Ítem Recursos humanos mínimos y especificaciones en su Propuesta Técnica. PROVIAS DESCENTRALIZADO no aceptará ninguna solicitud de cambio de Personal Profesional que no tenga origen en causas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito debidamente comprobadas. Aquellos casos que no se encuentren dentro de las causales antes indicadas, se le aplicará las penalidades establecidas en el ítem 19 de los TDR.

(El subrayado es del CONSORCIO)

3.10 De la condición antes glosada, establecida por los Términos de Referencia, el CONSORCIO señala que se desprende que la aceptación por parte de “PROVIAS DESCENTRALIZADO” de la solicitud de cambio de personal profesional sólo se produce cuando tiene origen en causas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito debidamente comprobadas.

3.11 Más aún, si en el último párrafo de la CARTA 003-2015/APURIMAC - a la que se refiere el tercer Considerando de la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21 – por la cual el CONSORCIO, solicita el “Cambio de Profesionales” señala textualmente: *“Cabe señalar que nuestra representada aún no ha aceptado las renunciaciones de los profesionales salientes hasta que la Entidad autorice los cambios solicitados.”*

3.12 El Consorcio señala que por Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21, LA ENTIDAD, autorizó el cambio de personal solicitado por el Contratista, aceptación que en aplicación de la condición

establecida por los Términos de Referencia en su numeral 8.0, glosada en el literal precedente, configura el reconocimiento de la causal de fuerza mayor.

- 3.13 Sin perjuicio de lo expuesto en los literales precedentes, el CONSORCIO refiere que resulta necesario establecer que la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21, en su segundo y tercer Considerando, deja constancia de la presentación de las Cartas de Renuncia del personal cuyo reemplazo fue autorizado, por lo que este hecho resulta incuestionable.
- 3.14 De igual manera, señala el CONSORCIO, queda establecido que, la causal para que solicite el reemplazo o cambio del personal a que se refiere el segundo y tercer Considerando de la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21, es el hecho de la renuncia presentada por estas personas ante el Contratista y que este presentó ante LA ENTIDAD como causal de fuerza mayor para solicitar el reemplazo del personal renunciante.
- 3.15 A tenor de lo expuesto, el CONSORCIO señala que resulta obvio que PROVÍAS pretende que el personal renunciante, a que se refiere el 2do. Considerando de la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21, justifique y demuestre las causas de Fuerza Mayor que determinaron su libre decisión de renunciar al compromiso laboral con el Contratista -CONSORCIO PUENTES MODULARES-, decisión que en la jerarquía de derecho constitucional es incuestionable y no puede estar sometida a más razones que el derecho a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo.
- 3.16 En este orden de ideas y para resolver de derecho la primera pretensión en particular, el CONSORCIO señala que resulta

necesario establecer si la renuncia de un trabajador a un compromiso laboral constituye la libertad con que cuenta este trabajador al amparo del derecho constitucional a la libertad de trabajo.

- 3.17 Es así que, desarrollando el tema de fondo planteado en el literal precedente, el CONSORCIO hace referencia a jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, como la establecida, entre otras, a través de la Sentencias recaídas en los expedientes del Tribunal Constitucional N° 855-2005-PA/TC, 661-04-AA/TC y 04058-2011-PA/TC, las que en su Fundamentación reiteran lo siguiente:

...el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo.

- 3.18 Sobre el mismo tema, el CONSORCIO refiere que el Tribunal Constitucional ha interpretado el papel que debe cumplir el Estado frente a este derecho, de la siguiente manera:

EXP. N.º 04058-2011-PA/TC

4. Que con relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de trabajo, este Colegiado ha señalado que

Es una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado no sólo debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27.º de la Constitución), sino que, además, debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante

la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce (Cfr. STC 2802-2005-PA/TC, 3330-2004-PA/TC, entre otras).

#### **Asimismo ha recalcado que**

[...] el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo (Cfr. **STC 661-2004-PA/TC, FJ 5, STC 855-2005-PA/TC, FJ 3, STC 4058-2004-PA/TC, FJ 5, entre otras**).

3.19 En tal sentido, el CONSORCIO señala que la renuncia de los trabajadores presentada por el Contratista ante la Entidad, constituye la Causal de Fuerza Mayor enmarcado en la definición establecida por el Artículo 1315 del Código Civil, por lo debe declararse improcedente la aplicación de penalidad contra el CONSORCIO, impuesta por parte de LA ENTIDAD y por lo tanto nula e ineficaz las consideraciones y conclusiones del Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR, por ser contrario a la Normativa Vigente, en tanto LA ENTIDAD, en claro abuso del derecho, ha penalizado al CONSORCIO por el ejercicio del derecho constitucional de trabajadores contratados a presentar renuncia, sin que se haya expuesto los argumentos por los cuales imputa al Contratista la decisión que libremente tomaron los trabajadores.

#### **FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

3.20 El CONSORCIO refiere que, sin mediar comunicación alguna, LA ENTIDAD realizó en favor de su representada el **pago parcial** de las

valorizaciones 05 y 06, Adeudando un saldo equivalente a S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles), que luego y a requerimiento notarial del CONSORCIO, tomó conocimiento mediante el Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR, que había aplicado penalidad, supuestamente, por no sustentar las causas de Fuerza Mayor que generó la solicitud para reemplazar al personal renunciante, por lo que corresponde como consecuencia de declarar nula y/o improcedente la penalidad impuesta, ordenar la devolución del monto indebidamente descontado de las Valorizaciones antes señaladas, más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el arbitrario “descuento por penalidades” hasta la fecha de su cancelación.

#### **FUNDAMENTOS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

3.21 De lo expuesto en los fundamentos de nuestras pretensiones se desprende que LA ENTIDAD ha generado innecesariamente la presente controversia al hacer mal uso y abuso de su posición contractual, al aplicar sin previo aviso, comunicación y argumentación el “descuento por penalidades” materia de la primera y segunda pretensión, por lo que corresponde con justicia que LA ENTIDAD asuma las costas y costos que se generen en el presente proceso Arbitral.

#### **IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR PROVÍAS DESCENTRALIZADO**

Respecto a la contestación de la demanda PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala lo siguiente:

**ANTECEDENTES:**

- 4.1 Con fecha 26.10.2015 se firma el Contrato N° 124-2015-MTC/21 con el **CONSORCIO** para la ejecución del Servicio General de Instalación de Puentes Modulares Paquete N° 08, ubicado en el Departamento de Apurímac, por un monto ascendente a S/ 2'183,142.17 (dos millones ciento ochenta y tres mil ciento cuarenta y dos con 17/100 soles) Incluido IGV y con un plazo de 90 días calendarios.
- 4.2 Mediante la carta N° 003-2015/APURIMAC recibida el 04.11.2015, el **CONSORCIO** solicitó el cambio de todos los profesionales del servicio, y adjuntó una declaración jurada en la que señala que los profesionales a reemplazar vienen laborando como profesionales en otros contratos, luego de haber aceptado su participación en servicios que pertenecen también a Provías Descentralizado, y que estarían comprendidos en contratos a cargo de sus consorcios (Puentes Modulares y Los Andes) situación considerada como causal de fuerza mayor amparada en los principios constitucionales de libre voluntad de los profesionales reconocida como causal de fuerza mayor conforme a la R.D. N° 304-2014-MTC/21 y 1384-2013-MTC/21.
- 4.3 Con fecha 16.11.2015, mediante R.D. N° 795-2015-MTC/21, la ENTIDAD autorizó el cambio de profesionales para el Servicio General de Instalación de Puentes Modulares Provisionales, Paquete 8, ubicados en el departamento de Apurímac, conforme el detalle siguiente:
- Ing. Néstor Ricardo Hurtado Sandoval, con CIP N° 47849, por el Ing. Abel Ramos Cuya, con CIP N° 056614, a quien se le reconocerá como el nuevo Jefe de Servicio.
  - Ing. César Aniano Cortijo Narváez, con CIP N° 52905, por el Ing. Fermín Alberto Fernández Susanibar, con CIP N° 051895, a quien se le reconocerá como el nuevo Asistente 1.

- Ing. Juan Carlos Cisneros Timoteo, con CIP N° 50670, por el Ing. Jorge Pinedo Delgado, con CIP N° 014394, a quien se le reconocerá como el nuevo Asistente 2.
- Ing. Celso Alarcón Vargas, con CIP N° 77336, por el Ing. Elvin Roberto Fuentes Campos, con CIP N° 43727. A quien se le reconocerá como el nuevo Asistente 3.
- Ing. Fernando Reque Liza, con CIP N° 48145, por el Ing. Percy Avelino Salvador Cárdenas, con CIP N° 61209, a quien se le reconocerá como el nuevo Asistente 4.
- Ing. Alejandro Euclides Díaz Ríos, con CIP N° 52908, por el Ing. Teodulio Walter Reyes Blas, con CIP N° 060130, a quien se le reconocerá como el nuevo Prevencionista.

4.4 Asimismo, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que dicha Resolución Directoral dispone que la Unidad Gerencial de Transporte Rural evalúa la posibilidad de aplicar la penalidad que corresponda, por el cambio de cada uno de los profesionales propuesto por el CONSORCIO, tal como lo establece la cláusula décima cuarta del contrato.

4.5 Refiere PROVÍAS DESCENTRALIZADO que en las valorizaciones N° 05 y 06, se aplicó la penalidad por el cambio de profesionales que no sustentaron la causal de fuerza mayor o caso fortuito, la cual ascendió a la suma de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 Soles).

4.6 Mediante Carta Notarial, el contratista solicitó la aclaración y/o debida motivación por la cancelación parcial del monto total de las valorizaciones presentadas a la fecha.

4.7 A través del oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que se comunicó al CONSORCIO que el cambio de profesionales solicitado por su empresa fue procedente; sin

embargo, dado que no sustentó la causal de fuerza mayor de la renuncia de los profesionales, dichos cambios están sujetos a penalidades conforme a la cláusula décimo cuarta del contrato y la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21, y siendo que en el presente caso se realizaron seis cambios de profesionales, el cálculo de la penalidad es equivalente al 6% del monto del contrato (S/ 130,988.52), monto que fue descontado de las valorizaciones N° 05 y 06.

- 4.8 Asimismo, señala PROVÍAS DESCENTRALIZADO que mediante Oficio N° 466-2016-MTC/21.UGTR de fecha 10.06.2016, recibida por el CONSORCIO con fecha 16.06.16, se notificó al CONTRATISTA la liquidación final del servicio aprobada por la ENTIDAD, en el cual se incluye la penalidad por el cambio de profesionales, liquidación que se encuentra consentida desde el 01.07.16, fecha en la que se cumplió el plazo de 15 días para que se pronuncie, sin que éste realizara lo propio.

**Respecto a los fundamentos de hecho y de derecho, el CONSORCIO señala lo siguiente:**

**Con relación a la Primera Pretensión de la Demanda**

- 4.9 Mediante la carta N° 003-2015-MTC/21, el CONSORCIO presentó una declaración jurada de fecha 03.11.2015 suscrita por el representante legal, en la que se manifiesta que los profesionales a reemplazar viene laborando como profesionales en otros contratos, luego de haber aceptado su participación en otros servicios que pertenecen también a PROVIAS DESCENTRALIZADO, contratos que están a cargo de sus consorcios (Puentes Modulares y Los Andes) y lo considera como causal de fuerza mayor amparada en los principios constitucionales de libre voluntad de los profesionales y que ha sido reconocido como causal de fuerza mayor de las R.D. N° 304-2014-MTC/21 y 1384-2013-MTC/21.

- 4.10 En relación al sustento de fuerza mayor planteado por el CONSORCIO según lo descrito en el párrafo anterior, se señala que en el caso de la R.D. N° 304-2014-MTC/21, corresponde a la aprobación del cambio de residente de una obra, utilizando como sustento legal lo señalado en el artículo 185 del Reglamento de Contrataciones del Estado, en el cual no se exige que el cambio del profesional sea por causal de fuerza mayor, solo que el profesional reemplazante reúna las calificaciones profesionales iguales o superiores a la del profesional reemplazado y en dicho caso los términos contractuales y las bases no contemplaron penalidades por el cambio de profesionales.
- 4.11 Para el presente caso, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que acorde a lo señalado en la cláusula décimo cuarta del contrato, se establece penalidades para los cambios de profesionales que no se encuentren dentro de las causales de fuerza mayor o caso fortuito, penalidad incluida acorde a lo señalado en el artículo 166 del Reglamento de Contrataciones del Estado y según pronunciamiento de la OSCE N° 359-2015/DSU. Según el pronunciamiento en mención, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que se puede sustentar como causal de fuerza mayor en los siguientes casos: fallecimiento del profesional, enfermedad que impida la permanencia del profesional sustentado con certificado médico, despido del profesional por despido de la entidad y cambio de profesional, cuando el inicio de la obra que se haya postergado por más de 60 días entre el otorgamiento de la buena pro y la entrega de terreno; al respecto, **EL PRESENTE CASO NO CORRESPONDE A NINGUNO DE LOS CASOS DESCRITOS; POR LO CUAL NO SE SUSTENTA LA CAUSAL DE FUERZA MAYOR, CONSECUENTEMENTE EL CAMBIO DE PROFESIONALES ESTUVO SUJETO A PENALIDADES.**

**Con relación a la Segunda Pretensión de la Demanda**

4.12 Al respecto, considerando la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21 de fecha 16.11.2015, tercer considerando, PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que se comunicó al CONSORSIO que la Unidad Gerencia de Transporte Rural ha emitido opinión técnica de su competencia señalando que es procedente el cambio de los profesionales de la propuesta técnica; sin embargo, al no haberse sustentado la causal de fuerza mayor de la renuncia de los profesionales dicho cambio deberá estar sujeto a penalidades conforme lo establece el Contrato N° 124-2015-MTC/21. Asimismo mediante el artículo 2°, se resuelve disponer que la Unidad Gerencial de Transporte Rural evalúa la posibilidad de aplicar la penalidad que corresponda, por el cambio de cada uno de los profesionales propuesto por el contratista, tal como lo establece la cláusula décima cuarta del contrato.

4.13 Por lo que, el CONSORCIO al recepcionar el resolutivo, tuvo conocimiento de que se le aplicarán penalidades por el cambio profesionales, equivalente a 1% del monto del contrato, por cada profesional, y no se pronunció respecto a la resolución en mención, dentro del plazo previsto de 15 días calendario, el cual venció en fecha 01.12.2015, por lo que dicha resolución quedó consentida por el contratista.

4.14 La penalidad que es materia de controversia en el presente arbitraje, fue incluida en la liquidación que se notificó al CONTRATISTA mediante oficio N° 466-2016-mtc/21.ugtr de fecha 10.06.16, cuyo saldo final resultó a cargo del contratista por la suma de s/ 26,097.66, liquidación que se encuentra consentida desde el 01.07.16, fecha en la que se cumplieron los 15 días para que el contratista observe dicha liquidación; sin embargo, no realizó ninguna observación; por lo cual

dicha penalidad se encuentra aprobada automáticamente considerando el consentimiento de la liquidación.

### Con relación a la Tercera Pretensión de la Demanda

4.15 PROVÍAS DESCENTRALIZADO señala que la aplicación de la penalidad fue de acuerdo a lo señalado en la cláusula décimo cuarta del contrato N° 124-2015-MTC/21 y en los términos de referencia, por lo que no hubo necesidad de solicitar arbitraje por encontrarse inconforme el CONTRATISTA; por lo tanto, los gastos arbitrales deben ser asumidos por el CONTRATISTA.

4.16 El CONSORCIO sustenta su solicitud de anular la penalidad aplicada por cambio de profesionales, en el derecho constitucional que tiene un trabajador para elegir su trabajo, que le permitiría renunciar en cualquier momento; al respecto se indica que existe declaraciones juradas de cartas de compromiso mediante los cuales los profesionales manifestaron su disponibilidad y compromiso para cumplir con los servicios, lo cual le genera obligaciones respecto al empleador, obligaciones que no puede renunciar sin la debida justificación, salvo que la causa sea por fuerza mayor o caso fortuito; si el trabajador renuncia sin justificación, lo razonable es que se considere una penalización, considerando que dicha renuncia afecta los intereses de la ENTIDAD. Es decir los trabajadores tienen derecho de elección de su trabajo, **PERO AL SUSCRIBIR UN COMPROMISO DE TRABAJO LES GENERA RESPONSABILIDADES LABORALES QUE CUMPLIR, CUYA RENUNCIA DEBE SER JUSTIFICADA CASO CONTRARIO LE DEBE CORRESPONDER UNA PENALIZACIÓN.**

4.17 PROVÍAS DESCENTRALIZADO refiere que las renunciaciones de los profesionales obedecieron a intereses de las mismas empresas que formaron el CONSORCIO para formar otros consorcios para prestar otros servicios para PROVÍAS DESCENTRALIZADO, generándose

conflictos de interés, lo cual sustenta aún más que dicho cambio de profesionales sea por causal de fuerza mayor, hecho mencionado por el mismo representante legal del CONSORCIO, mediante declaración jurada.

- 4.18 Finalmente refiere la ENTIDAD que queda demostrado que ha cumplido con lo establecido en los términos de referencia y el contrato N° 124-2015-MTC/21, en el cual establece **SEGÚN LA CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA, QUE PARA LOS CAMBIOS DE PROFESIONALES QUE NO SE ENCUENTREN DENTRO DE LAS CAUSALES DE FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO Y QUE SEAN ACEPTADAS POR LA ENTIDAD, SE APLICARÁ UNA PENALIDAD DEL 1% DEL MONTO DEL CONTRATO.**

#### V. **FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Con fecha viernes 03 de marzo de 2017, se llevó a cabo la audiencia de fijación de puntos controvertidos; en la que se reunieron el doctor Héctor Ferrer Tafur, en su calidad de Árbitro Único, y el abogado Luis Miguel Merino Brenis, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, EL CENTRO), con la asistencia del **CONSORCIO PUENTES MODULARES** (en adelante, el **CONSORCIO**), representado por señor Héctor Daniel Grimaldos Velarde, y el doctor Henry Omar Tasayco Alcántara; y de otro lado **PROVIÁS DESCENTRALIZADO** representado por la doctora Claudia Tatiana Sotomayor Torres.

A continuación, el Árbitro Único, de acuerdo al numeral 25) de las Reglas del Proceso establecidas en el Acta de Instalación, procedió a dar inicio al desarrollo de la audiencia en los siguientes términos:

## CONCILIACIÓN

Conforme a lo establecido en el literal a) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro (en adelante, "*Reglamento de Arbitraje*"), 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 procedió a continuar con la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

## FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Acto seguido, el Árbitro Único, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos del proceso arbitral, de conformidad con el literal b) del artículo 48° del Reglamento de Arbitraje, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

A) Respecto del escrito de demanda presentado el 14 de octubre de 2016, subsanado mediante el escrito presentado el 31 de octubre de 2016; así como de la contestación de demanda presentada el 27 de diciembre de 2016, subsanado mediante el escrito presentado el 10 de febrero de 2017:

- 1) **Primera Pretensión Principal.**- Determinar si corresponde o no declarar nula la penalidad impuesta por Provías Descentralizado al Consorcio Puentes Modulares por el monto de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles), y, en consecuencia, nulas e ineficaces las consideraciones y conclusiones del Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR por ser contrario a la normativa

vigente al pretender Provías Descentralizado imponer su propia definición de "*Fuerza Mayor o Caso Fortuito*", *colisionando con la definición establecida en el Código Civil*"

- 2) Segunda Pretensión Principal.-** Determinar si corresponde o no disponer que Provías Descentralizado devuelva a favor del Consorcio Puentes Modulares la cantidad de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles), que ha descontado de las Valorizaciones N° 05 y 06 de la ejecución contractual, como concepto de aplicación de penalidad. Debiendo determinar, además, si corresponde o no pagar a favor del Consorcio los intereses de ley que se habrían generado desde la fecha en que se produjo el descuento considerado por el demandante como unilateral, arbitrario y sin previo aviso, hasta la fecha en que procedería a la cancelación y/o devolución del monto descontado.
- 3) Tercera Pretensión Principal.-** Determinar si corresponde o no disponer que Provías Descentralizado asuma los costos y costas arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

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

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

## VI. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

Acto seguido se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

### A) Demanda.

Los documentos ofrecidos en el acápite "*MEDIOS PROBATORIOS*", identificados del numeral 1 al 6, del escrito de demanda arbitral subsanado mediante el escrito presentado el 31 de octubre de 2016, aclarando la existencia de un sétimo medio probatorio.

### B) Contestación a la demanda.

Los documentos ofrecidos en el acápite "*VIII. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS*", identificados del numeral 1 al 8 del escrito de contestación de demanda arbitral subsanado mediante el escrito presentado el 10 de febrero de 2017.

### C) Pruebas de Oficio.

El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la

controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento de Arbitraje.

#### **D) Audiencias Especiales.**

De considerarlo necesario, el Tribunal Arbitral citará a las partes a cuantas audiencias sean necesarias siempre que considere que ello contribuya a esclarecer la controversia sometida al presente arbitraje.

### **VII. DE LOS ALEGATOS FINALES.**

Mediante los escritos presentados el 17 de marzo de 2017, Provías DESCENTRALIZADO y el CONSORCIO presentan sus alegatos escritos.

Mediante la Resolución N° 8 se tuvo por presentados los alegatos escritos y, asimismo, se citó a las partes a una Audiencia de Informe Oral para el 10 de abril de 2017, a horas 10:00 am.

### **VIII. AUDIENCIA DE INFORME ORAL Y PLAZO PARA LAUDAR**

Con fecha 10 de abril de 2017 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia del CONSORCIO y la Entidad, a fin de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos.

Mediante la Resolución N° 10 se dispuso el plazo para laudar.

## IX. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 11 el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta días hábiles adicionales y con Resolución N° 12 se corrigió, precisándose que dicho plazo vence el martes 5 de setiembre de 2017.

## X. CUESTIÓN PRELIMINAR

### SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA INICIAR EL PRESENTE ARBITRAJE

1. Si bien PROVÍAS no interpuso excepción de caducidad ni solicitó expresamente que el Árbitro Único de oficio declare la caducidad de la acción del CONSORCIO; en sus escritos y durante la audiencia de informe oral, la demandante sostuvo que la liquidación final del Contrato quedó consentida por inacción del CONSORCIO y, por tanto, se desprende que habría caducado su derecho a iniciar el presente arbitraje.
2. Con relación a lo anterior, cabe destacar que el artículo 2006 del Código Civil señala que *“La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte”* (el subrayado ha sido añadido). Sobre la base de dicha norma, el Árbitro Único considera que antes que nada está en la obligación de evaluar si el presente proceso arbitral se inició o no en la oportunidad debida y, dependiendo de esta decisión, si la demanda debe ser declarada improcedente por extemporánea o si corresponde pasar a la evaluación del fondo de la controversia.

En tal orden de ideas, es necesario determinar primero cuál era el plazo del CONSORCIO para presentar la petición de arbitraje.

3. Al respecto, el artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones del Estado - según modificación dispuesta por la Ley N° 29873- señala lo siguiente:

*"Artículo 52. Solución de controversias*

*52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.*

*52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.*

*(...).*

*Todos los plazos previstos son de caducidad.*

*..."*

4. En concordancia con la norma anterior, el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado -rectificado por fe de erratas- dispone lo siguiente:

*“Artículo 215.- Inicio del Arbitraje*

*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.*

*...”*

5. De acuerdo con las normas citadas, para determinar el plazo de caducidad para la presentación de la petición de arbitraje es necesario definir si la controversia de las partes se encuentra en alguno de los supuestos de hecho que tienen un plazo específico en días hábiles o, al no encajar en tales supuestos, si le corresponderá la regla general sobre el plazo (antes de la culminación del contrato).

Nótese que el **10 de junio de 2016** y mediante Oficio N° 460-2016-MTC/21.UTGR, el CONSORCIO recibió la aclaración por parte del demandado sobre la razón del descuento sufrido en el pago de las valorizaciones Nos. 5 y 6: la aplicación de la penalidad -6% del monto total del contrato- por el cambio del equipo de profesionales sin sustentarse en razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Como esta clase de controversia -sobre si corresponde o no la aplicación de la penalidad- no estaba prevista como uno de los supuestos de hecho con plazo específico de caducidad, el CONSORCIO contaba con el plazo general para iniciar el arbitraje; esto es, en *“en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato”*.

Téngase en cuenta -a propósito de las afirmaciones de la demandada en su escrito de absolución de traslado- que la conclusión sería la misma incluso si se considerara como surgimiento de la controversia la notificación de la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/21. El plazo para iniciar el arbitraje también sería antes de la culminación del contrato.

6. Corresponde ahora determinar cuándo culmina el Contrato porque esto define hasta cuándo el CONSORCIO podía solicitar el inicio del proceso arbitral en el cual se ventilaría la controversia sobre la aplicación de la penalidad.

Sobre el particular, el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

*“Artículo 42.- Culminación del contrato*

*Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de la recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.*

*Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente (...)*

*El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.”*

- 
7. Respecto a este mismo punto, también es pertinente tener en cuenta el tenor de los artículos 149 y 177 -este último modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF- del Reglamento de la Ley de Contrataciones que dicen lo siguiente:

*"Artículo 149.- Vigencia del Contrato*

*El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.*

*Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago.*

*En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente."*

*"Artículo 177.- Efectos de la conformidad*

*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.*

*...".*

- 
8. Según los últimos artículos citados, los contratos de servicios distintos a los de consultoría de obras -como el caso del Contrato- concluyen con el pago de la prestación previa conformidad de la recepción a cargo del área usuaria. En este tipo de contratos no se requiere de la elaboración de una liquidación de contrato.
  9. En esa misma línea, mediante Opinión N° 055-2016, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado-OSCE señala lo siguiente:

*"Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado establece que, los contratos de*

*servicios culminan una vez efectuado el pago correspondiente, para lo cual la Entidad debe haber emitido previamente la conformidad de la prestación acordada o de la última prestación, cuando se haya pactado la ejecución de más de una.*

*Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los contratos de servicios, cuando se trata de contratos de consultoría de obras, tanto la Ley como el Reglamento establecen que a efectos de realizar el pago al contratista es necesario que la liquidación del contrato quede consentida de forma previa.*

*Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado, en el caso de contratos de servicios, no ha condicionado el pago al contratista a la aprobación de una liquidación -como sí sucede en los contratos de consultoría de obras-; por tanto, el contrato de servicios culminará una vez realizado el pago, siempre que previamente se haya emitido la conformidad de la prestación.*

*Sin perjuicio de lo señalado, las normas de organización interna de cada Entidad pueden disponer que en los contratos de bienes y servicios se realice una liquidación a efectos de establecer la existencia de un saldo deudor a favor de una de las partes, pero no para condicionar el pago a su aprobación."*

10. En el caso de autos, ninguna de las partes ha ofrecido como medio probatorio documento alguno elaborado por el área usuaria del servicio que acredite la conformidad de la prestación.

De acuerdo con lo manifestado por el CONSORCIO, éste recibió el pago de las valorizaciones Nos. 5 y 6 con un descuento sin habersele indicado por qué concepto. Es de presumir que dicho pago debió

contar con la previa conformidad del área usuaria, sin embargo eso no se ha especificado.

Empero, lo que sí está claro es que la demandada elaboró una liquidación final del Contrato. Tal como lo señala la Opinión N° 055-2016-DTN -citada líneas arriba- si bien no resultaba obligatoria la elaboración de la liquidación final de Contrato, este hecho es absolutamente legal porque las entidades pueden considerarlo conveniente por la necesidad de determinar si existía un saldo de dinero a favor, en este caso, del CONSORCIO o en su contra.

11. En este orden de ideas, en opinión del Árbitro Único, PROVÍAS legalmente, y al parecer por conveniencia de su organización, optó por elaborar una liquidación final del Contrato. Empero, al existir dicha liquidación final y dado que ésta tiene por finalidad determinar si existe un pago pendiente a favor del CONSORCIO o si, por el contrario, es éste quien tiene a su cargo un monto para PROVÍAS, es indudable para el suscrito que este documento produce efecto similar al que se produce en un contrato de consultoría de obras. En otras palabras, cuando la demandada decide elaborar una liquidación final del Contrato el efecto que se produce es que éste estará vigente hasta el consentimiento de aquélla.

Siguiendo esta línea argumental, se debe determinar si efectivamente la liquidación final del Contrato quedó o no consentida.

- 
12. En este extremo es de suma importancia tener presente que con fecha **16 de junio de 2016** -y no el 10 de junio como sostiene PROVÍAS en la sexta conclusión de su escrito de alegatos- y mediante Oficio 466-2016-MTC/21.UGTR, el CONSORCIO fue notificado con la liquidación final del servicio (Informe N° 168-2016-MTC/21.UGAL) y en la cual se

detalla la aplicación de la penalidad que es materia precisamente de la presente controversia.

13. Como se nota del cargo que obra en el expediente, es el **4 de julio de 2016** la fecha en la cual el CONSORCIO presentó su petición de arbitraje al Centro. Haciendo el cómputo del plazo y considerando que el 29 de junio es feriado a nivel nacional; la referida petición fue presentada el duodécimo día hábil después de la notificación de la liquidación final.
14. Por lo expuesto, la petición de arbitraje fue presentada antes de la fecha de culminación del Contrato porque el CONSORCIO no dejó consentir la liquidación final de aquél. En consecuencia, el CONSORCIO inició el arbitraje dentro del plazo previsto, la acción no caducó, la demanda es procedente y a continuación corresponde pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

## XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

**Primera Pretensión Principal.-** Determinar si corresponde o no declarar nula la penalidad impuesta por Provías Descentralizado al Consorcio Puentes Modulares por el monto de S/ 130,988.58, y, en consecuencia, nulas e ineficaces las consideraciones y conclusiones del Oficio N° 460-2016-MTC/21.UGTR por ser contrario a la normativa vigente al pretender Provías Descentralizado imponer su propia definición de *"Fuerza Mayor o Caso Fortuito"*, *colisionando con la definición establecida en el Código Civil*

Con relación a la primera pretensión principal debo señalar lo siguiente:

## LAS PARTES PACTARON PENALIDAD POR CAMBIO DEL PERSONAL TÉCNICO SALVO CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

La décimo cuarta cláusula (denominada "Otras penalidades") en su tercer párrafo –referido a "Del Personal Propuesto"- dispone lo siguiente:

*"Para los cambios de profesionales que no se encuentren dentro de las causales de fuerza mayor o caso fortuito, y que sean aceptadas por LA ENTIDAD, se aplicará una penalidad del 1% del monto del contrato."*

Dicha cláusula debe ser, en opinión del suscrito, concordada con la cláusula décima novena del Contrato -Personal del Contratista- cuyo tenor es el siguiente:

*"Para la prestación de los servicios, EL CONTRATISTA utilizará el personal calificado especificado en su Propuesta Técnica, no estando permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados..."*

De las cláusulas citadas se desprende claramente que las partes sí acordaron la posibilidad de que se produzca el cambio de personal y que en tal caso correspondía que PROVÍAS le aplique la respectiva penalidad al CONSORCIO, salvo que la razón de dicho cambio calificara como un caso fortuito o un caso de fuerza mayor comprobado.

### CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

1. El artículo 1315 del Código Civil recoge la figura del caso fortuito de fuerza mayor y sobre el particular dispone lo siguiente:

*"Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."*

2. Al respecto, los profesores Felipe Osterling y Mario Castillo sostienen lo siguiente:

*“El caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.*

(...)

*El caso fortuito o de fuerza mayor debe revestir la característica de “anormal”, es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser extraordinarias y no ordinarias ni “normales”<sup>1</sup>.*

De la norma y doctrina citada, se desprende que el caso fortuito o fuerza mayor tiene tres requisitos: extraordinario, imprevisible e irresistible.

Con relación al requisito de extraordinario, los mencionados autores señalan lo siguiente:

*“Algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los*

<sup>1</sup> OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XVI, cuarta parte, Tratado de las Obligaciones, tomo XI, página 624. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

*acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredecibilidad o imprevisibilidad".<sup>2</sup>*

Respecto al requisito de imprevisibilidad dicen lo siguiente:

*La imprevisibilidad, como mencionamos anteriormente, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas.*

*El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad".<sup>3</sup>*

*"Por su parte, Boffi Boggero<sup>4</sup> añade que el carácter de la imprevisibilidad indica que el acontecimiento no es razonablemente previsible, lo que surge de una serie de elementos de hecho que debe computar equilibradamente el órgano jurisdiccional: naturaleza de la obligación, intención de las partes, circunstancias de personas, tiempo y lugar, etc.*

*Ospina Fernández<sup>5</sup> indica que la misma expresión "caso fortuito" denota idiomáticamente un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por tanto, si el hecho ya existía al tiempo de contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si este*

<sup>2</sup> Ídem, pp. 624 y 625.

<sup>3</sup> Ídem, p. 626.

<sup>4</sup> BOFFI Boggero, Luis María. Op. Cit., tomo II. Pp. 226 y 227.

<sup>5</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de la Obligaciones. Bogotá: Editorial Tenis S.A., 1987. PP. 117-119.

*razonablemente hubiera podido preverlo en el futuro, por ser acontecimiento normal o, a lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera la responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo, o bien porque ha precedido temerariamente la obligarse en tales condiciones.*

*Al igual que Boffi Boggero, Ospina Fernández opina que esta imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentividad: si tal acontecimiento es frecuente y, más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no creer que podría evitarlo. Y, por el contrario, si se trata de un acontecer de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico.”<sup>6</sup>*

Finalmente, sobre el requisito de irresistibilidad, los autores citados señalan lo siguiente:

*“El que un evento sea irresistible<sup>7</sup> quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.”<sup>8</sup>*

<sup>6</sup> Ídem, pp. 627 y 628.

<sup>7</sup> Según la Real Academia Española, irresistible es lo que no se puede resistir, y resistir es “Oponerse un cuerpo o un fuerza a la acción o violencia de otra. 2. Repugnar, contrariar, rechazar, contradecir. 3. Tolerar, aguantar o sufrir. 4. Combatir las pasiones, deseos, etc. 5. Bregar, forcejear”. (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, P. 1179).

<sup>8</sup> Ídem, p. 631.

*“Boffi Boggero<sup>9</sup> señala que lo irresistible es lo inevitable, elemento fundamental desde que tanto lo previsible cuanto lo imprevisible exime al deudor si resultan inevitables. Es evidente, según Boffi Boggero, que lo inevitable va implícito en lo imprevisible. Por ello, si al contraer la obligación el deudor sabía que el acontecimiento irresistible debía producirse según el curso ordinario y natural de las cosas, estamos en el campo de la responsabilidad porque el acontecimiento era previsible.*

*En este sentido, Ospina Fernández<sup>10</sup> indica que así como la expresión caso fortuito traduce la necesaria imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónima de aquella en la definición legal colombiana, relieves esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser fatal, irresistible, incontrastable hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.”*

*(...)*

*Anota que no hay fuerza mayor cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente. La misma expresión fuerza mayor está indicando, según Ospina Fernández, que este debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no con relación a las condiciones particulares del deudor.”<sup>11</sup>*

<sup>9</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 227.

<sup>10</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 120 y 121.

<sup>11</sup> *Ídem*, pp. 633 y 634.

## LA RENUNCIA DE LOS 6 PROFESIONALES NO CONSTITUYE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

1. Es necesario determinar si de la evaluación de los hechos del presente caso se puede concluir si la renuncia de los 6 profesionales puede ser calificada como un caso fortuito o de fuerza mayor que exonere al CONSORCIO del pago de la penalidad que se le descontó.
2. PROVÍAS presentado como prueba el Anexo 7 de la propuesta técnica del CONSORCIO que se refiere a las *"declaraciones juradas de compromiso profesional `propuesto por el servicio`"* de los ingenieros renunciantes <sup>12</sup>. A través de los respectivos documentos, los mencionados ingenieros se comprometieron a participar en el servicio general de instalación de puentes modulares provisionales paquete 08 ubicados en el departamento de Apurímac.

En las mencionadas declaraciones suscritas por los ingenieros mencionados declarar que no tener *"compromiso alguno que imposibilite mi participación en la fecha y tiempo ofrecido"*.

3. Además, PROVÍAS, al igual que el CONSORCIO ofreció como prueba (medio N° 5 de su escrito de contestación) la Carta N° 003-2015/APURÍMAC; sin embargo, a diferencia de este último, también acompañan una declaración jurada mediante la cual el Ing. Luis E. GUARNIZO Verde, representante legal del CONSORCIO, manifiesta que los 6 ingenieros expresaron su renuncia voluntaria al servicio general de instalación de puentes modulares provisionales paquete 08 ubicados en el departamento de Apurímac *"por lo que han aceptado su participación en otros Servicios distintos también a cargo de nuestros consorcios (Puentes Modulares y Los Andes) haciéndose imposible su*

<sup>12</sup> Ings. Néstor Ricardo Hurtado Sandoval, César Aniano Cortijo Narváez, Juan Carlos Cisneros Timoteo, Celso Alarcón Vargas, Fernando Reque Liza y Alejandro Euclides Díaz Ríos.

*participación en dos o más servicios que pertenecen a PROVIAS Descentralizado-MTC, lo cual constituye una causal de Fuerza Mayor amparada en los principios constitucionales de libre voluntad de los profesionales y que ha sido reconocido como tal causal "Fuerza Mayor" según las Resoluciones Directorales No. 304-2014-MTC/21, 1384-2013-MTC/21, entre otras, para el reemplazo de profesionales de la referido Entidad..."*

4. De la lectura de la referida declaración jurada se advierte lo siguiente:

**NO SE CUMPLIÓ EL REQUISITO DE LA IMPREVISIBILIDAD**

En efecto, tal como lo señala el mismo representante del CONSORCIO, los ingenieros renuncian efectivamente, pero, y pesar de su compromiso antes mencionado (Anexo 7 de la propuesta), lo hacen porque han aceptado participar en otros servicios del mismo CONSORCIO.

El CONSORCIO no puede sostener que la renuncia de los 6 profesionales (no uno ni dos, no renunciadas espaciadas sino una simultánea) le era imprevisible cuando aquél -o sus integrantes- tenía a su cargo otros servicios para los cuales, tenía pleno conocimiento de que iban a necesitar personal.

Es evidente que no se trata de una renuncia para abandonar el servicio o incorporarse a uno a cargo de un tercero competidor por ejemplo, no renunciaron por enfermedad u otra situación que no era posible prever razonablemente. La renuncia se produjo para prestar servicios en otro servicio del Consorcio.

De la evaluación de los hechos, es claro que lo que realmente ocurrió fue una reorganización de equipos de profesionales del Consorcio

porque no podía tenerlos en dos o más. Decisión que no está prohibida, pero cuyo costo -la penalidad- debe ser asumida.

### **NO SE CUMPLIÓ CON EL REQUISITO DE IRRESISTIBILIDAD**

Basta que no exista la imprevisibilidad para que no se configure el caso fortuito o fuerza mayor y releva de continuar con el análisis. Sin embargo, tampoco concurrieron los otros dos requisitos.

Efectivamente, tampoco puede afirmarse que se trata de un hecho irresistible cuando la renuncia se debe a que los ingenieros se van a incorporar a otros servicios del Consorcio. Los ingenieros renunciaron porque fueron aceptados en los otros servicios a cargo del Consorcio o sus integrantes. Si no eran aceptados en los otros servicios no se configuraba el supuesto de estar en dos o más servicios y, por tanto, no tenían que renunciar al servicio del Contrato.

Si bien el Consorcio no puede evitar que un integrante de su personal técnico renuncie (que es su derecho constitucional sin duda); no debe olvidarse que el análisis de si existe caso fortuito o fuerza mayor no se hace en abstracto sino en cada situación en particular.

La renuncia en abstracto es irresistible, pero en este caso en particular se dio provocada por el propio Consorcio que aceptó (o requirió) el personal renunciante en otro proyecto.

### **NO SE CUMPLIÓ CON EL REQUISITO DE EXTRAORDINARIO**

Finalmente, la renuncia tampoco era extraordinaria porque previamente el Consorcio sabía que el personal técnico no podía estar en dos o más proyectos de PROVÍAS a la vez, tal como los sostiene en su declaración jurada el representante legal del referido consorcio.

Por todo lo expuesto, el Árbitro Único concluye que la renuncia de los 6 profesionales no califica como caso fortuito o fuerza mayor; en consecuencia, el argumento vertido en el Oficio N° 460-2016-MTC/21.UTGR es absolutamente válido.

5. En cuanto a la Resolución Directoral N° 795-2015-MTC/2, el hecho que aprobara el cambio del personal no significa de ninguna manera que PROVÍAS haya considerado que éste se debiera a una situación de caso fortuito o de fuerza mayor. Es más, el artículo 2 de dicha resolución dispone que se evalúe si corresponde aplicar la penalidad por cada uno de los cambios propuestos de los profesionales en concordancia con al décimo cuarta cláusula.

**Segunda Pretensión Principal.-** Determinar si corresponde o no disponer que Provías Descentralizado devuelva a favor del Consorcio Puentes Modulares la cantidad de S/ 130,988.52 (ciento treinta mil novecientos ochenta y ocho con 52/100 soles), que ha descontado de las Valorizaciones N° 05 y 06 de la ejecución contractual, como concepto de aplicación de penalidad. Debiendo determinar, además, si corresponde o no pagar a favor del Consorcio los intereses de ley que se habrían generado desde la fecha en que se produjo el descuento considerado por el demandante como unilateral, arbitrario y sin previo aviso, hasta la fecha en que procedería a la cancelación y/o devolución del monto descontado.

Al declararse infundada la primera pretensión principal, sobre la base de los mismos argumentos, corresponde que la segunda pretensión principal también sea declarada infundada.

6. **Tercera Pretensión Principal.-** Determinar si corresponde o no disponer que Provías Descentralizado asuma los costos y costas arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

De conformidad con los artículos 72 y 73 del Decreto Legislativo N° 1071, en el laudo corresponde al tribunal arbitral pronunciarse sobre los costos indicados en el artículo 70 del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1 del segundo de los artículos mencionados señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se estableció (cláusula vigésima del Contrato) pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este asunto.

Considerando el resultado del arbitraje podría afirmarse que la "parte perdedora", es el CONSORCIO porque sus dos pretensiones principales han sido declaradas infundadas. Sin perjuicio de esto último, el Árbitro Único considera necesario expresar que, sobre la base de su experiencia, las controversias entre entidades estatales y empresas privadas por cambios en los equipos de profesionales que estas últimas presentan son frecuentes. Evidentemente, las entidades estatales intentan con toda justificación garantizar que los contratistas mantengan a los profesionales que ofrecieron en sus propuestas y así evitar la desnaturalización de los procesos de selección y que el Estado sea burlado. Empero, también es cierto que es necesario mantener un equilibrio entre la mencionada intención y la realidad de que pueden

presentarse situaciones en las cuales esté justificado el cambio sin que el Estado se vea perjudicado porque los reemplazantes cuentan con las mismas cualidades técnicas que los originalmente designados.

En este sentido, el Árbitro Único considera que una cláusula como la décimo cuarta del Contrato no ayuda en el esfuerzo por disminuir los conflictos entre Estado y contratistas. Dejando a salvo que las partes deben cumplir lo pactado en sus respectivos contratos y que sobre la base de este principio es que se ha resuelto la controversia, aceptar como justificación para el cambio de profesionales únicamente supuestos de caso fortuito o fuerza mayor y acordando una penalidad de no poca magnitud; en opinión del suscrito, la cláusula mencionada aumenta las probabilidades de que se promuevan procesos arbitrales.

Probablemente, el establecimiento en el mismo contrato de supuestos expresos para el cambio de profesionales o cierto grado razonable de discrecionalidad para que la entidad pueda aceptar los cambios sin que se perjudique a ésta evitarían controversias como la que es materia del presente proceso.

Por lo expuesto y a raíz de lo resuelto respecto a las dos primeras pretensiones principales, no cabe que PROVÍAS asuma el íntegro de los costos arbitrales. Empero, considero que en el presente caso materia de arbitraje, el CONSORCIO tuvo motivos suficientes para litigar y atendiendo al buen comportamiento procesal de ambas partes, corresponde disponer que cada una de éstas asuma en igual porcentaje tanto el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral como los gastos por la Secretaria Arbitral.

## XII. DE LA DECISIÓN

Habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA** de la siguiente manera:

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal.

**CUARTO:** **DISPONER** que cada parte asuma los costos del presente arbitraje en iguales proporciones.



**HÉCTOR FERRER TAFUR**

Árbitro Único