

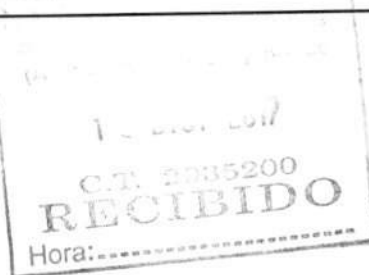


Notificación N°

0085

CARC NOT 14/12/2017 Hora: 04:54 PM
SERGIO ARMANDO BERROSTI POLO
Av. Felipe Arancibia N° 669
(Antes Av. Tarapacá) Rimac

Nro. Expediente 1206-268-16
Secretario Arbitral Ana Cecilia Rivasplata Martínez
Dematante(s) Consorcio T&T- Lima
Demandado(s) Provías Descentralizado
Título Notificación laudo arbitral - Exp. 1206
Sumilla Notificación laudo arbitral - Exp. 1206



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. Notificación laudo arbitral - 1206.docx

Comentarios

PROCURADURÍA PÚBLICA
15 DIC 2017
RECIBIDO EN LA FECHA
Hora: 4:58 Reg:

Lima, 14 de diciembre de 2017

Señores

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

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

Jirón Zorritos N° 1203, Edificio Circular, primer piso

Lima.-

**Referencia: Arbitraje Consorcio T&T Lima vs Provías
Descentralizado (Exp. 1206-268-16)**

De nuestra consideración:

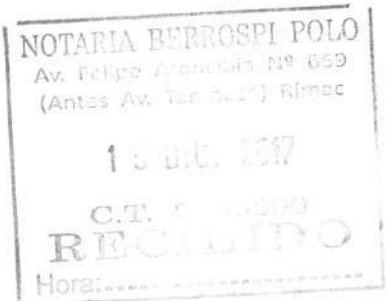
Tenemos a bien dirigirnos a ustedes, a fin de ponerles en conocimiento el
Laudo Arbitral de Derecho, emitido el 14 de diciembre de 2017, el cual consta
de cuarenta (40) folios, que recae sobre el expediente N° 1206-268-16, seguido
entre el Consorcio T&T - LIMA y Provías Descentralizado, para los fines que
estimen pertinentes.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS


Ana Cecilia Rivasplata Martínez
Secretaría Arbitral



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE:

CONSORCIO PUENTE T&T – Lima, conformado por TERMINEX S.A.C. y Tableros y Puentes S.A. Sucursal Perú.

En adelante, el CONSORCIO o DEMANDANTE.

DEMANDADO:

PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DESCENTRALIZADO – PROVÍAS DESCENTRALIZADO DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES.

En adelante, PROVIAS DESCENTRALIZADO o DEMANDADO.

TIPO DE ARBITRAJE:

Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. Sergio Tafur Sánchez (Presidente)

Dr. Victor Manuel Huayama Castillo.

Dra. Katty Mendoza Murgado.

SECRETARIA ARBITRAL:

Dra. Silvia Rodríguez Vásquez

Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

PROCESO:

Concurso Público N° 24-2015-MTC/21

FECHA DE CONVOCATORIA: 10 de agosto de 2015

CONTRATO:

Contrato N° 128-2015-MTC/21

En adelante, el CONTRATO.

FECHA DE INICIO DEL PROCESO ARBITRAL: 24 de agosto de 2016.

Resolución N° 11**VISTOS:**

En Lima, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, 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. EL CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 28 de octubre de 2015, se suscribió el Contrato N° 128-2015-MTC/21 “Contrato del Servicio General de Instalación de Puentes Paquete 3A, Ubicados en los departamentos de Huancavelica, Ica y Lima”, entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVÍAS DESCENTRALIZADO del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el Consorcio Puente T&T – Lima.
2. La Cláusula Vigésima del CONTRATO señala lo siguiente:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 176º, 177º, 179º y 181º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquier de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley.

En laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

- 20.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control u de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás disposiciones que por su naturaleza sean excluidas por ley.
- 20.2 Si la conciliación concluye por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes someterán a la competencia arbitral la solución definitiva de las controversias. Para tal efecto, cualquiera de ellos deberá, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes de concluida la conciliación, iniciar el arbitraje. El vencimiento del plazo antes indicado, sin que se haya iniciado el arbitraje, implicará la renuncia a las pretensiones fijadas en la solicitud de la conciliación.
- 20.3 Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, el mismo que se realizará bajo la organización, administración y reglamento y normas complementarias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Por normas complementarias se entiende, enunciativamente, a los Estatutos, Códigos de Ética, Reglamento de Aranceles y Pagos, y demás normatividad aplicables por el Centro Institucional para el desarrollo del proceso arbitral.
- 20.4 De conformidad con el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado se somete a arbitraje las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, nulidad o invalidez del contrato. No se someterán a arbitraje las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato, entre ellas, las que se reclamen por vía de enriquecimiento sin causa.
- 20.5 Las reglas aplicables al proceso arbitral serán las vigentes al momento de la suscripción del presente contrato.
- 20.6 En caso el monto de la cuantía de la (s) controversia (s), señalada (s) en la solicitud de arbitraje, sea (n) igual o mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.
- 20.7 Si el monto de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje es menor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias,

vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por un Árbitro Único.

20.8 *En caso el monto de la cuantía de la (s) controversia (s), verse (n) sobre materia de cuantía indeterminable, ésta (s) deberá (n) ser resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.*

20.9 *En el caso de tres árbitros, cada parte designará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga, y los dos árbitros así designados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, designará al tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral.*

20.10 *En el caso de Árbitro Único y Presidente del Tribunal Arbitral Colegiado, la designación la realizará el Centro Institucional, siempre y cuando los árbitros designados por la partes no se pongan de acuerdo.*

20.11 *Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, sólo procederá la acumulación de procesos y/o pretensiones, siempre que exista común acuerdo entre las partes formalizado por escrito.*

20.12 *Las partes no le confiere al Tribunal Arbitral Colegiado o al Árbitro Único la posibilidad de ejecutar el laudo.*

20.13 *En caso que por falta de los pagos correspondientes el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral Colegiado, según corresponda, determine el archivo o la terminación de las actuaciones arbitrales, según la denominación del reglamento aplicable, ello implicará la culminación del proceso arbitral y, en consecuencia, el consentimiento de los actos que fueron materia de controversia en el referido proceso."*

3. Como consecuencia de las controversias surgidas entre las partes, con fecha 24 de agosto de 2016, el Consorcio procedió a remitir a la Secretaría General de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, la correspondiente solicitud de inicio de arbitraje en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula contractual.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

4. Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, serán de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de

Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (en adelante el REGLAMENTO), Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873 (LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias (RLCE), y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente L.A.).

III. BREVE RESUMEN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

5. Con fecha 13 de enero de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP.
6. Con fecha 10 de febrero de 2017, el Consorcio presentó su demanda arbitral contra la Entidad, solicitando lo siguiente:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que el Tribunal Arbitral declare que el cambio de profesionales dispuesto por el consorcio, obedeció a razones causal de caso fortuito y fuerza mayor; y, en consecuencia se deje sin efecto y sin validez la Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21 en el extremo que impone un penalidad de S/. 213,800.55 Soles (Doscientos trece mil ochocientos con 55/100 soles)*

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *De ser improcedente la primera pretensión, el Tribunal Arbitral disponga reducir la penalidad impuesta por Provías Descentralizado.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se apruebe la liquidación de contrato a favor del Consorcio, por S/. 213,800.57 Soles, presentada a la entidad con fecha 03 de agosto de 2016 y se ordene el respectivo pago.*

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *De ser improcedente la segunda pretensión, se solicita que el Tribunal Arbitral determine el monto de liquidación que Provías Descentralizado deberá pagar a favor del Consorcio, y se ordene su respectivo pago.*

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se ordene a Provías Descentralizado cumpla con el pago de los costos que genere el arbitraje."*

7. Mediante Resolución N° 02 de fecha 27 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda presentada y corre traslado de la misma a la Entidad.
8. Con fecha 29 de marzo de 2017, dentro del plazo establecido en la Resolución N° 2, la Entidad contesta la demanda, negándola en cada uno de sus extremos y solicitando su desestimación.
9. Mediante Resolución N° 5 de fecha 21 de abril de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso, entre otros, la admisión a trámite de la Contestación de la Demanda y por ofrecidos los medios probatorios que la acompañan.
10. Mediante Resolución N° 6 de fecha 12 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso, entre otros, citar a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día 6 de julio de 2017 a las 10:30 horas.
11. Con fecha 06 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y mediante Acta de la misma denominación, quedaron fijados en los siguientes términos:

"Primer Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el cambio de profesionales dispuesto por el CONSORCIO, obedeció a razones causal de caso fortuito y fuerza mayor; y, en consecuencia se deje sin efecto y sin validez la Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21 en el extremo que impone una penalidad de S/ 213,800.55 Soles.*

En el supuesto que se desestime dicho punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reduzca la penalidad impuesta por PROVÍAS DESCENTRALIZADO.

Segundo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral apruebe la liquidación del contrato presentada por el CONSORCIO a PROVÍAS DESCENTRALIZADO con fecha 03 de agosto de 2016 (que determinaría a su favor la suma de S/ 213,800.57 Soles) y que se ordene el respectivo pago.*

En el supuesto que se desestime dicho punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral señale el monto de la liquidación que PROVÍAS DESCENTRALIZADO deberá pagar a favor del CONSORCIO y ordene su respectivo pago.

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

En la misma audiencia se admitieron como medios probatorios los documentos ofrecidos tanto por el Demandante como por el Demandado.

Asimismo, en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, se dejó constancia que en el mismo acto el Consorcio presentó Escrito N° 3 mediante el cual solicita al Tribunal Arbitral la acumulación de pretensiones y la fijación de un nuevo punto controvertido, refiriendo lo siguiente:

"Si corresponde o no que Provías Descentralizado reconozca en favor del Consorcio T&T-Lima los mayores costos financieros asociados a la Cata Fianza de Fiel Cumplimiento desde el mes de agosto del 2016 hasta la emisión del Laudo correspondiente"

En ese sentido, se otorgó a la Entidad el plazo de diez (10) días hábiles a fin de manifestar lo conveniente a su derecho.

12. Mediante escrito de fecha 24 de julio de 2017, la Entidad absolvió traslado del pedido de acumulación realizado por el Consorcio en la misma fecha de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.
13. Mediante Resolución N° 8 de fecha 14 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso tener por absuelto de manera extemporánea el traslado conferido a la Entidad, desestimar la solicitud del Consorcio relativa a pretensiones y nuevo punto controvertido, y el declarar cerrada la etapa probatoria otorgando a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos escritos.
14. Mediante Resolución N° 9 de fecha 04 de setiembre de 2017, se tuvo por presentados los escritos de alegatos de la Entidad y el Consorcio, recibidos el 21 de agosto y 23 de agosto, respectivamente, dentro del plazo otorgado; y, se citó a

ambas partes a la Audiencia de Informe Oral para el día 19 de setiembre de 2017 a las 12:00 horas.

15. Con fecha 19 de setiembre de 2017, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, con la finalidad de que éstas informen oralmente sus alegatos escritos.
16. Mediante Acta de Audiencia de Informe Oral de fecha 19 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral.
17. Mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2017, la Entidad formuló recusación contra la árbitro, Dra. Katty Mendoza Murgado y, como *segundo otrosí*, solicitó la suspensión del proceso arbitral hasta que resuelva el incidente de recusación.
18. Mediante Resolución N° 10 de fecha 23 de octubre de 2017, el Tribunal Arbitral, dispuso, entre otros, remitir a la Secretaría General la recusación formulada contra la árbitro Katty Mendoza Murgado a fin que cumpla con tramitar el referido incidente, de conformidad con el inciso c) del artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la PUCP. Asimismo, desestimó el pedido de suspensión del proceso, y, finalmente se amplió el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles adicionales al vencimiento del plazo originario, siendo el plazo final el día 14 de diciembre de 2017.
19. La Secretaría General del Centro, mediante comunicación del 06 de noviembre de 2017 informó a la Entidad que de acuerdo con el Reglamento al que las partes se han sometido, la recusación presentada resultaba improcedente por estar transcurriendo ya el plazo para laudar.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

20. De manera preliminar al análisis de cada una de la pretensiones y sus respectivos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente dejar claramente establecido los siguientes aspectos:

- 20.1 El presente laudo se emite por los árbitros bajo las reglas del Centro a las cuales las partes se han sometido las partes voluntariamente.
- 20.2 A lo largo del presente arbitraje las partes han tenido plena oportunidad para presentar sus medios probatorios y expresar todo lo pertinente a su derecho.
- 20.3 Es una regla general de todo proceso jurisdiccional que la carga de la prueba corresponde, en principio a quien alega un hecho, y ella no es ajena al arbitraje.
- 20.4 En este sentido, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto de las materias controvertidas.
- 20.5 A lo largo del presente arbitraje las dos partes han actuado de manera debida y alturada entre ellas, habiendo defendido con profesionalismo sus respectivas posiciones.

II. ASPECTOS GENERALES

21. A efectos de comprender las alegaciones de las partes respecto de los puntos controvertidos, el Tribunal considera pertinente tener en cuenta cuales son los principales alcances de la demanda según lo indicado por el Consorcio en su escrito de demanda.

- 21.1 El Consorcio sostiene que con fecha 28 de setiembre del 2015, el Comité Especial adjudicó al Consorcio Puente T&T –Lima, la Buena Pro del Concurso Público N° 24-2015-MTC/21, para la contratación del Servicio General de Instalación de Puentes, Paquete 3A; ubicados en los departamentos de Huancavelica, Ica y Lima (en adelante el Servicio) y, por consiguiente, el 28 de octubre del 2015 celebró el Contrato N° 128-2015-MTC/21 por S/ 5, 345,013.86 Soles, por un plazo de ciento cincuenta (150) días calendario, de acuerdo a las condiciones previstas en el numeral 10.0¹ de los Términos de Referencia.²

^{1 1} 10.0 Plazo de Ejecución:

El servicio de Instalación de Puentes Modulares se ejecutara en el plazo de 150 días calendarios, de acuerdo al siguiente detalle:

- Veinte (20) días calendario para la presentación y
- Diez (10) días aprobación del Plan de Trabajo (Expediente Técnico)
- Ciento veinte (120) días calendario para la ejecución del plan de trabajo

- 21.2 De acuerdo a la Cláusula Primera del Contrato, el mismo se regiría por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (RLCE).
- 21.3 Con fecha 05 de diciembre de 2015, se llevó a cabo la entrega de terreno al Consorcio y, habiendo la Entidad realizado el pago del adelanto directo en favor del Consorcio con fecha 23 de noviembre 2015, el inicio del plazo de la ejecución del servicio se computó desde el 24 de noviembre del 2015, de acuerdo lo establecido en el numeral 6.1. de los Términos de Referencia del Contrato.
- 21.4 Con fecha 13 de diciembre 2015, el Consorcio, presentó a la Entidad el Plan de Trabajo de la ejecución del servicio, el mismo que fue aprobado con fecha 31 de diciembre 2015 mediante Resolución Directoral N° 1050-2015-MTC-21, dándose inicio al plazo de ejecución a partir del 01 de enero de 2016.
- 21.5 Habiendo culminado con los trabajos encomendados y dentro del plazo de ejecución contractual, el Consorcio solicita a la supervisión la recepción del servicio, llevándose a cabo el 18 de julio de 2016.
- 21.6 En tal sentido, con fecha 03 de agosto 2016, el Contratista presentó a la supervisión la Liquidación Final del servicio con un saldo a favor de **S/ 213,800.57 Soles.**
- 21.7 Con fecha 17 de agosto 2016, la Entidad, mediante Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21, se pronunció sobre la Liquidación Final presentada por el Contratista.
- 21.8 En dicha liquidación se contempla una penalidad por S/ 213,800.55 (que corresponde al cambio de cuatro (4) profesionales).
- 21.9 Es dentro de este contexto que el Tribunal advierte que se han presentado las controversias, pues el Consorcio sostiene esencialmente que no corresponde

^{2 2} 10.0 Plazo de Ejecución:

El servicio de Instalación de Puentes Modulares se ejecutara en el plazo de 150 días calendarios, de acuerdo al siguiente detalle:

- Veinte (20) días calendarios para la presentación y
- Diez (10) días aprobación del Plan de Trabajo (Expediente Técnico)
- Ciento veinte (120) días calendarios para la ejecución del plan de trabajo

aplicar las penalidades en razón a que el cambio de personal obedeció a caso fortuito o fuerza mayor y, subordinadamente, señala que aún en caso de corresponder la penalidad, ésta resulta excesiva y solicita que el Tribunal Arbitral reduzca la misma.

III. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y DE LAS PRETENSIONES VINCULADAS A ELLOS

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el cambio de profesionales dispuesto por el CONSORCIO, obedeció a razones causal de caso fortuito y fuerza mayor; y, en consecuencia se deje sin efecto y sin validez la Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21 en el extremo que impone una penalidad de S/ 213,800.55 Soles.

En el supuesto que se desestime dicho punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reduzca la penalidad impuesta por PROVÍAS DESCENTRALIZADO.”

1.1 Breve resumen de la posición del DEMANDANTE a lo largo del arbitraje:

El Consorcio manifiesta que en el mes de setiembre de 2016, presentó en su Oferta Técnica a los siguientes profesionales³ – materia del presente arbitraje- :

Cargo	Profesional Propuesto	CIP N°	Experiencia
Ing. Augusto Lluen Flores	Jefe de Servicio	20635	2.39 años
Ing. Juan Hilasaca Vilca	Asistente de Servicio 1	78530	2.01 años
Ing. Pedro Vizarreta Vásquez	Asistente de Servicio 2	20635	2.06 años

³ El Tribunal advierte que en total fueron 6 profesionales los presentados por el Consorcio para efecto del servicio a ser desarrollado, sin embargo los hechos que son materia del presente arbitraje tienen que ver con la sustitución de 4 de los 6 profesionales.

Ing. Cesar Medina Muñoz	Asistente de Servicio 4	53219	4.01 años
----------------------------	-------------------------	-------	-----------

El Demandante indica que los profesionales antes detallados, por causal de caso fortuito y fuerza mayor –debidamente justificada- presentaron sus cartas de renuncia a sus respectivos cargos, las que fueron aceptadas y comunicadas a la Entidad.

Señala que pese a que el cambio de profesionales ha sido aceptado y que, a su criterio, se encuentra debidamente justificada en causales de caso fortuito y fuerza mayor, la Entidad ha decidido imponer la penalidad establecida en el Contrato y en los Términos de Referencia:

*“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”.
(Cláusula Décimo Cuarta del contrato)*

*20.2. **Otras Penalidades:** (...) Para los casos de profesionales que no se encuentran dentro de las causales de fuerza mayor o caso fortuito, y que sean aceptadas por la entidad, se aplicara una penalidad del 1% del monto del contrato. (De los Términos de Referencia)”*

Considerándose que el monto del Contrato es por **S/ 5, 345,013.86 Soles**, la penalidad impuesta por la Entidad es de **S/ 53, 450.14 Soles** por cada cambio de profesional, lo que en general asciende a la cantidad de S/ 213, 800.55.

Así sobre la solicitud de cambio del Jefe de Servicio el Consorcio señala lo siguiente:

- Mediante Carta N° 006-T&T-LIMA-MTC-2015, de fecha 25 de noviembre de 2015 –antes del inicio del plazo de ejecución del Plan de Trabajo- se comunicó a PROVÍAS Descentralizado de la renuncia del Ing. Augusto Alejandro Llunen Flores por motivos de salud, solicitando su cambio y proponiendo al Ing. Lucio Espinoza Zavala. Asimismo, adjuntaron el Certificado Médico que motivó la renuncia del Ing. Llunen Flores.

El Consorcio refiere también que la solicitud de cambio de Jefe de Servicio se realizó de conformidad con el art. 185º del RLCE, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Profesional	Cargo	CIP No	Experiencia
Augusto Lluen Flores	Jefe de Servicio	20635	2.39 años
Lucio Espinoza Zavala	Jefe de Servicio (Nuevo)	35558	5.93 años

En tal sentido, el nuevo ingeniero propuesto, cuenta con una mayor experiencia al del Ing. Augusto Lluen Flores, cumpliendo de esta manera con el mencionado artículo.

Sobre la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 1 el Consorcio refiere lo siguiente:

- Mediante Carta N° 007-T&T-LIMA-MTC-2015, de fecha 25 de noviembre de 2015 –antes del inicio del plazo de ejecución del Plan de Trabajo- se comunicó a PROVIAS Descentralizado de la renuncia del Ing. Juan Jhony Hilasaca Vilca por motivos de mejoras laborales, solicitando su cambio y proponiendo al Ing. Francisco Yafac Vásquez.
- La solicitud de cambio de Jefe de Servicio se realizó de conformidad con el art. 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Profesional	Cargo	CIP No	Experiencia
Juan Hilasaca Vilca	Asistente de Servicio 1	78530	2.01 años
Francisco Yafac Velasquez	Asistente de Servicio 1 (profesional reemplazo)	34494	3.78 años

- El ingeniero propuesto cuenta con mayor experiencia a la del Ing. Hilasaca Vilca, cumpliendo con lo mencionado por el referido artículo.

- Pese a que la renuncia y la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 1 se encuentran debidamente justificada por ser una causal de caso fortuito y fuerza mayor, PROVIAS Descentralizado ha decidido imponer la penalidad establecida en el Contrato y en los Términos de Referencia, que indica una penalidad del 1% del monto del contrato (S/ 53,450.14 soles).

Sobre la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 2 en Consorcio señala lo siguiente:

- Mediante Carta N° 008-T&T-LIMA-MTC-2015, de fecha 25 de noviembre de 2015 –antes del inicio del plazo de ejecución del Plan de Trabajo- se comunicó a la Entidad de la renuncia del Ing. Pedro Antonio Vizarreta Vásquez por motivos de salud, solicitando su cambio y proponiendo al Ing. Carlos Baquerizo Canchumanya.
- La solicitud de cambio del Asistente de Servicio 02 se realizó en conformidad con el artículo 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Profesional	Cargo	CIP No	Experiencia
Pedro Vizarreta Vasquez	Asistente de servicio 02	20635	2.06 años
Carlos Baquerizo Canchumanya	Asistente de servicio 02 (Nuevo)	55822	5.05 Años

- Pese a que la renuncia y la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 2 se encuentran debidamente justificada por ser una causal de caso fortuito y fuerza mayor, la Entidad ha decidido imponer la penalidad establecida en el Contrato y en los Términos de Referencia, que indica una penalidad del 1% del monto del contrato (S/ 53,450.14 soles).

Sobre la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 4 el Consorcio señala lo siguiente:

- Mediante Carta N° 009-T&T-LIMA-MTC-2015, de fecha 25 de noviembre de 2015 –antes del inicio del plazo de ejecución del plan de trabajo- se comunicó a PROVIAS Descentralizado de la renuncia del Ing. Cesar Medina Muñoz por motivos de mejoras laborales, solicitando su cambio y proponiendo al Ing. Jaime Eduardo Rupay Aguilar.
- La solicitud de cambio del Asistente de Servicio 4 se realizó en conformidad con el artículo 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Profesional	Cargo	CIP No	Experiencia
Cesar Medina Muñoz	Asistente de Servicio 4	53219	4.01 años
Jaime Eduardo Rupay Aguilar	Asistente de Servicio 4 (reemplazo)	55138	4.49 años

- En tal sentido, el nuevo ingeniero propuesto, cuenta con una mayor experiencia al del Ing. Cesar Medina Muñoz, cumpliendo de esta manera con mencionado artículo.
- Pese a que la renuncia y la solicitud de cambio del Asistente de Servicio 4 se encuentran debidamente justificada por ser una causal de caso fortuito y fuerza mayor, la Entidad ha decidido imponer la penalidad establecida en el contrato y en los términos de referencia de **S/ 53,450.14 Soles.**

Así, menciona que habiendo realizado el cambio de los 4 profesionales, PROVÍAS Descentralizado ha decidido penalizar al Consorcio por S/ 213,800.55, de acuerdo al siguiente cuadro:

Resumen de Penalidades Aplicadas		
Cargo	Profesional Propuesto	Penalidad
Jefe de Servicio	Augusto Lluen Flores	S/ 53,450.14
Asistente de servicio No 01	Juan Hilasaca Vilca	S/ 53,450.14

Asistente de servicio No 02	Pedro Vizarreta Vasquez	S/ 53,450.14
Asistente de servicio No 04	Cesar Medina Muñoz	S/ 53,450.14
Total de Penalidades		S/ 213,800.55

Refiere el Consorcio que cuando la Entidad se pronunció sobre su solicitud de cambio de profesionales, indicó que no se sustentó ni motivó si el cambio de dichos profesionales se generó por causal de caso fortuito y fuerza mayor, por el contrario solo se limitó a indicar que los nuevos profesionales tienen una experiencia mayor a los ingenieros inicialmente propuestos. Sin embargo, mediante Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21, la Entidad se pronunció sobre su liquidación del Contrato, imponiendo una penalidad al Consorcio de S/ 213,800.55 Soles.

Indica que ni el RLCE, ni el Contrato y los Términos de Referencia, establecen o definen cuáles son las causales de caso fortuito y fuerza mayor, por lo que, se tiene que recurrir al artículo 1315º del Código Civil Peruano, que señala: ***“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”.***

El caso fortuito alude solo a los accidentes naturales; en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros no atribuibles a la autoridad. Ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor e independientes de su voluntad. Agrega que, *“en todo caso fortuito o fuerza mayor hay necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran causas no imputables. Es un acontecimiento extraordinario que sale de lo común, que no es usual. La previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, no debe apreciarse en abstracto, de tal manera que la noción de imprevisibilidad se aprecia tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación, la rareza, el carácter anormal del evento las remotas posibilidades de realización; concluye en que las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez , pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado (Cas. No 3477-2002, 14-06-04)”.*

Por consiguiente, el Consorcio indica que el cambio de profesionales constituye un hecho de un tercero sobre el cual no tiene control porque, por libertad laboral y contractual no puede negarse a la renuncia. Asimismo, el motivo por el que los ingenieros decidieron renunciar a su cargo se encuentra también dentro de la causal de caso fortuito y fuerza mayor.

Por todo lo expuesto, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que declare que el cambio de los profesionales se encuentra dentro de la causal de caso fortuito y fuerza mayor, dejando sin efecto y sin validez la Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21 en los extremos ya señalados.

Respecto a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, el Consorcio solicita que en caso se desestime su primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral considere reducir la penalidad impuesta por la Entidad.

En este sentido señala que de conformidad con en el artículo 1346º del Código Civil, que establece: *“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”*.

En atención a esta facultad atribuida al juzgador, solicita reducir equitativamente la penalidad impuesta por PROVIAS Descentralizado, por los siguientes argumentos:

- *La reducción de cláusula penal procede en dos supuestos:*
 - **Cuando la pena es manifiestamente excesiva:** Con la cláusula penal la ley permite al acreedor contar con un instrumento de presión efectiva que conmine al deudor a cumplir su obligación, pero manteniendo la equidad y proporcionalidad razonable con el daño sufrido por el acreedor, razón por la que la ley, al mismo tiempo, permite que el juez, a solicitud del deudor, reduzca las penas manifiestamente excesivas que favorecen el enriquecimiento indebido, el abuso del derecho, la usura, actos que repugna al orden público, las buenas costumbres, la buena fe.
 - **Cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida:** En cuanto a la reducción de la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, no hay

duda de que si el acreedor acepta un pago parcial o irregular, lo hace porque con ello se beneficia, ya que, en caso contrario, rechaza el pago inexacto por tener intereses solamente en el pago exacto. Si ha aceptado el pago parcial o irregular, no hay otra solución que la correlativa reducción de la penalidad en proporción a la amortización de la obligación principal

Del mismo modo el Consorcio señala que, la penalidad impuesta por el cambio de los cuatro profesionales es S/ 213,800.55 Soles, es desproporcional y excesiva, debido a que dicha penalidad supera el monto total del costo pagado a cada ingeniero durante la ejecución del servicio. Dichos montos se encuentran en el desagregado de los Gastos Generales del Plan de Trabajo aprobado por la Entidad, del cual se extrae la siguiente información:

N°	CONCEPTO	Und.	CANTIDAD	TIEMPO	PARCIAL	SUB TOTAL
II GASTOS GENERALES VARIABLES						
a.1	PERSONAL PROFESIONAL					139,000.00
	Ing. Civil (Jefe del Servicio)	mes	1.00	4.00	12,000.00	48,000.00
	Ing. Civil Asistente	mes	4.00	3.25	7,000.00	91,000.00

Así, en base a la información de los gastos generales el Consorcio determina que los montos considerados a pagar por cada profesional durante la ejecución del servicio, ascienden a:

Jefe de servicio : S/ 48,000.00
Asistente de Servicio 01 : S/ 22,750.00
Asistente de Servicio 02 : S/ 22,750.00
Asistente de Servicio 04 : S/ 22,750.00
S/ 116,250.00

De lo dicho, el Consorcio denota que la penalidad impuesta por la Entidad supera en S/ 97,550.55 Soles, los costos pagados por el Consorcio en favor de los cuatro profesionales.

El Consorcio sostiene por ello que su pedido de reducir la penalidad impuesta por la Entidad, cumple con los dos supuestos establecidos en el artículo 1346º por que: (i) la penalidad es desproporcional al ser este superior al sueldo que los profesionales percibieron durante la ejecución del servicio y (ii) no existe daño alguno para la entidad, ya que no estamos hablando de ningún incumplimiento.

Por tales motivos, el Consorcio considera que la penalidad a imponerse no debería superar el diez por ciento (10%) del costo de los profesionales establecidos en el presupuesto de los gastos generales del servicio.

Conforme lo explicado, y según el criterio del Consorcio, el costo de los profesionales es de S/ 116,250 Soles, por lo que, la penalidad máxima en aplicar correspondería a S/ 11,625.00 Soles.

1.2 Breve resumen de la posición del DEMANDADO a lo largo del arbitraje:

Respecto a la primera pretensión principal, PROVIAS Descentralizado manifiesta en esencia que no corresponde considerar que las razones por las que se produjo el cambio de personal han obedecido a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y que por tanto la penalidad está bien impuesta, para ello esencialmente sostiene lo siguiente:

- En el mes de setiembre de 2015, el Consorcio solicitó el cambio de cuatro (4) profesionales de los seis (6) profesionales propuestos y comprometidos en el proceso de selección CP N° 024-2015-MTC/21.
- El 09 de diciembre del 2015, la Entidad aprobó el cambio de los aludidos cuatro profesionales. Según lo manifestado por el representante legal del Consorcio los cuatro profesionales renunciaron, siendo que dicha renuncia se produjo por:
 - **Motivos de salud (respecto de 2 profesionales):** Se sustentó en descanso físico por un plazo determinado (inicio y fin); es decir, la inactividad física de dos de los profesionales estaban marcados por un inicio y un fin en el tiempo. Agrega que incluso cuando autorizó el cambio de los profesionales, el plazo del descanso médico ya se encontraba cumplido. Por lo que en ambos casos (Jefe de Servicio y

del Asistente 2), los hechos invocados no resultaban en extraordinarios.

Además indica que en el caso de uno de dichos profesionales (Ing. Lluen Flores), su problema médico había sido diagnosticado como crónico, es decir, constante y/o permanente, y por tanto se podía prever que estaría limitados en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

- **Mejores ofertas Laborales**, en la propia Entidad de los Asistentes N° 01 y N° 04 (Ingenieros Juan Hilasaca y César Medina), es decir, el Contratista a todo riesgo, suscribió más de un contrato el mismo día con nuestra Entidad, comprometiendo la participación de los mismos profesionales.⁴
- Agrega que la Clausula Décimo Novena del Contrato N° 128-2015-MTC/21 del 28.10.2015 a la letra:

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. Para este efecto, **EL CONTRATISTA** deberá proponer el cambio de personal a **PROVIAS DESCENTRALIZADO** con diez (10) días naturales de anticipación, el mismo que debe cumplir por lo menos con las calificaciones profesionales establecidas en las Bases Integradas, a fin de obtener la aprobación correspondiente.

Cualquier solicitud en este sentido será debidamente justificada y los cambios que resultaren no irrogarán gastos adicionales a **PROVIAS DESCENTRALIZADO**. Se entiende que todo el personal cuyo cambio se proponga, reunirá iguales o mejores cualidades que las del personal inicialmente propuesto.

- Indica también que el Ítem 8) de los Términos de Referencia del Contrato N° 128-2015-MTC/21 referido a **REQUISITOS MÍNIMOS** señala las obligaciones del **CONTRATISTA**

“- (...) *El Proveedor tiene la obligación de mantener todos los profesionales y personal, en número y tiempo propuesto en su oferta presentada (...).*

⁴ Sobre este extremo quedó en claro en la audiencia de informes orales, que ello refiere a que los miembros del Consorcio presentaron a los dos ingenieros asistentes también como parte de otro plantel para otro servicio a ser brindado a la Entidad, siendo ella la razón por la que dichos profesionales “renunciaron” a desarrollar sus actividades a en el Contrato. Este hecho no fue negado por los representantes del Consorcio en la audiencia antes aludida.

- (...) En caso de requerirse su reemplazo el personal profesional de cambio deberá contar con una experiencia igual o mayor a la ofertada, dicho cambio procederá solo posterior a la firma del contrato.”
- Expresa que en cuanto a las Condiciones Generales para la Ejecución del Servicio, se indica:

“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 20 de los TDR.

En cualquier caso, el contratista deberá proponer a PROVIAS DESCENTRALIZADO con diez (10) días útiles de anticipación el cambio del profesional, a fin de obtener su aprobación. El nuevo profesional propuesto deberá reunir igual o mejor calificación que el profesional reemplazado, como requisito para ser aprobado por la Entidad.”

- Corresponde que el Tribunal evalúe si efectivamente han existido renunciaciones de parte de los profesionales, pues la renuncia se encuentra regulada en el Decreto Supremo N° 003-97-TR “Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, de la manera siguiente:

“Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:
b) La **renuncia** o retiro voluntario del trabajador”.

“Artículo 18.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se

entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día”.

- El Consorcio adjunta a su demanda unas cartas simples en las cuales sus trabajadores supuestamente renuncian, sin embargo, corresponderá que se evalúe si realmente existieron renunciaciones laborales propiamente dichas.
- PROVÍAS Descentralizado señala que los certificados médicos alcanzados, a través de los cuales se otorgó reposo físico a los señores Augusto Alejandro Lluen Flores y Pedro Antonio Vizarreta Vásquez, para los períodos comprendidos del 13/11/2015 al 02/12/2015 y del 19/11/2015 al 03/12/2015, respectivamente, marcaban un inicio y un fin en el tiempo para su cumplimiento, considerando además que a la fecha de presentación de lo requerido a la Entidad (25 de noviembre del 2015), estos se encontraban por cumplirse, máxime aun cuando se aprueba el cambio, conforme la establecía los TDR del contrato, **09 de diciembre del 2015**, habrían concluido el reposo físico dispuesto.
- El Demandante no ha acreditado que los cambios requeridos sean consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor como alega, dado que no configuran en ninguno de los casos eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistible, razón por la cual ameritaba se aplique la penalidad respectiva, es decir, estas causales no se enmarcarían como casos fortuitos o fuerza mayor, habiendo sido correctamente aplicadas las penalidades.
- Sostiene finalmente que los cambios se aprobaron mediante la Resolución Directoral N° 911-2015-MTC/21 y en su oportunidad fue de pleno conocimiento del Demandante y no fue impugnada, por lo que, ha quedado consentida.

Respecto a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, PROVÍAS Descentralizado manifiesta que las penalidades que serán de aplicación al Consorcio se hicieron de su conocimiento desde el momento en que se produjo la convocatoria al proceso de selección, pudiendo haber sido objeto de consultas y observaciones por su parte. Además sostiene que luego de integradas las bases del proceso, las mismas son reglas que van a regir la ejecución contractual, pues forman parte del contrato y son ley entre las partes.

De tal manera, sostiene que el Consorcio no puede cuestionar mediante esta vía los montos de las penalidades que han sido de su conocimiento desde un inicio y que no fueron cuestionadas oportunamente.

1.3 Posición del Tribunal Arbitral:

1.3.1 De la lectura del Contrato y los Términos de Referencia, el Tribunal advierte los siguientes aspectos relevantes:

- La cláusula segunda del Contrato, señala que:

"El presente contrato tiene por objeto prestar el Servicio General de Instalación de Puentes, Paquete 3ª; ubicados en los departamentos de Huancavelica, Ica, y Lima conforme a los Términos de Referencia que estableció LA ENTIDAD".

- La cláusula décimo cuarta del Contrato relativa a otras penalidades establece 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."

- La cláusula décimo novena del Contrato relativa al personal del Contratista, señala:

"Para la prestación de los servicios, EL CONTRATISTA utilizará e personal calificado especificado en su Propuesta Técnica, no estando permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados. Para este efecto, EL CONTRATISTA deberá proponer el cambio de personal a PROVÍAS DESCENTRALIZADO con diez (10) días naturales de anticipación, el mismo que debe cumplir por lo menos con las calificaciones profesionales establecidas en las Bases Integradas, a fin de obtener la aprobación correspondiente. (...)"

- Por su parte, los Términos de Referencia exigen un personal profesional mínimo, consisten en 01 Jefe de Servicio (Ingeniero Civil), 04 Asistentes del Servicio (Ingeniero Civil), y 01 Ingeniero Prevencionista (Ingeniero de Seguridad), cada uno de ellos con determinados requisitos.

- En concordancia con ello, el Consorcio consideró en su propuesta el personal profesional mínimo que ofertaba.
- Los Términos de Referencia (página 19) establecen la obligación del proveedor de mantener a los profesionales que fueron materia de su oferta.

"El Proveedor tiene la obligación de mantener todos los profesionales y personal, en número y tiempo propuesto en la oferta presentada".

- Igualmente los Términos de Referencia (página 24) establecen que:

"Para los casos de cambio de profesionales que no se encuentre 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."

1.3.2 Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal advierte que, si bien de la lectura aislada de la cláusula décimo novena diera la impresión que solo procede el cambio de personal propuesto cuando se presentan situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que carecería de sentido discutir si se está frente a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor cuando ya la Entidad aprobó el mismo; lo cierto es que la lectura integral y sistemática del Contrato permite concluir que es posible que la Entidad apruebe cambio de profesionales fuera de los citados supuestos, pero en este caso corresponde la imposición de una penalidad al Contratista.

1.3.3 El Contratista ofertó seis (06) profesionales, siendo que a los pocos días después de la firma del Contrato y antes del inicio de ejecución del Plan de Trabajo, cursó cuatro cartas (fechadas 23 de noviembre de 2015) solicitando el cambio de cuatro (4) de los seis (6) profesionales propuestos, esto es, de más del 50% de su personal.

En cada una de dichas comunicaciones el Consorcio invocó que la situación que motivaba la solicitud del cambio era por razones ajenas a él y que ello constituía un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que el cambio se solicitaba al amparo de la cláusula décimo novena del Contrato (lo que significaba sin aplicación de penalidad alguna).

1.3.4 La Entidad emitió la Resolución Directoral N° 911-2015-MTC/21 de fecha 07 de diciembre de 2015, en la que autoriza el cambio de profesionales, sin embargo

señaló que correspondía que la Unidad Gerencial de Transporte Rural evalúe la posibilidad de aplicación de la penalidad por cambio de profesionales al amparo de la cláusula décimo cuarta, indicando que de corresponder una penalidad esta podrá ser deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías.

Es decir, la Entidad no convalidó en esa oportunidad que el cambio de profesionales obedezca a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, sino que expresamente indicó que ello sería evaluado con posterioridad. Por tanto, la citada Resolución Directoral no puede ser interpretada como una aceptación de la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

- 1.3.5 En el presente caso no existe discusión alguna entre las partes respecto de la existencia de la penalidad que se ha previsto en el Contrato, sino que la controversia se centra en dos aspectos: (i) si los hechos que han motivado el cambio de personal califican como un supuesto de fuerza mayor⁵, y (ii) si en caso que no califiquen como tal, determinar si corresponde que el Tribunal reduzca la penalidad aplicada.

Respecto de lo primero, este Tribunal advierte lo siguiente:

- 1.3.6 Como bien lo ha señalado el Demandante, la figura de “caso fortuito o fuerza mayor” no cuenta con una definición en las disposiciones de la LCE ni en el RLCE, por lo tanto dado el carácter supletorio del Código Civil, es necesario acudir a éste. A estos efectos debe tenerse en cuenta que esta es una figura regulada en el Libro de Obligaciones y cuyos alcances son relevantes a efecto de determinar las implicancias frente a un supuesto de inejecución de obligaciones, pues por regla general opera como un eximente de responsabilidad ante la imposibilidad de ejecución o cumplimiento de determinada obligación.

- 1.3.7 El artículo 1315º del Código Civil establece:

“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.”

⁵ Ello porque el propio Consorcio ya ha explicado en su demanda que no se trata de un supuesto de caso fortuito (hecho de la naturaleza), sino de fuerza mayor (hecho de tercero).

1.3.8 A efecto de comprender los alcances de dicha figura valga citar la siguiente sentencia casatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

“El artículo 1315º del Código Civil de 1984, ha precisado la figura y define como caso fortuito o fuerza mayor a 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 (...)

Extraordinario es aquello fuera de lo común; imprevisible es aquello que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a lo que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención (...).

El caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales, en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros, como los atribuidos a la autoridad, concuerda en que es extraordinario el acontecimiento que sale de lo común, que no es usual y agrega, que la previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla, pues si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo porque tendría un objeto imposible; que la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría por tanto el caso fortuito o la fuerza mayor, de tal manera que la noción de imprevisibilidad se aprecia pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación, la rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, que las características de extraordinario, imprevisible o irresistible constituyen simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado (...)” (Cas. 1520-98, may. 20/99, SS. Urrello A.).

1.3.8 En el caso concreto, el Tribunal advierte que el cambio se solicitó en los cuatro casos por renuncia del personal profesional, pero a su vez dicha renuncia obedeció a dos grandes motivos:



- Motivos de salud, invocado por 2 de los renunciantes (Ing. Augusto Lluen Flores – Jefe de Servicio e Ing. Pedro Vizarrata Vasquez – Asistente 2).
- Motivo de mejoras salariales, invocado por los otros 2 renunciates (Ing. Juan Hilasca Vilca – Asistente 1 e Ing. César Medina Muñoz – Asistente de Servicio 4).

1.3.9 Un primer aspecto a responderse en el análisis del Tribunal es si aquello que corresponde analizar para efecto de determinar el carácter de fuerza mayor de la situación invocada, son las renunciaciones presentadas por cada uno de los profesionales vista de manera aislada, o si ello debe ser evaluado a la luz de las razones que sustentan las mismas.

A criterio del Tribunal el análisis a realizarse debe versar necesariamente sobre los dos aspectos de manera conjunta, pues en el caso las renunciaciones presentadas han sido sustentadas en los hechos que en ellas se alegan.

En este sentido es de tener en cuenta que, incluso cuando el Consorcio alega en su demanda el carácter de fuerza mayor de la situación que motiva su solicitud de cambio de personal, expresa que ello se da por que la renuncia está relacionada a la libertad de trabajo y libertad contractual, así como por las razones por las cuales los ingenieros decidieron renunciar a su cargo. Es decir, invoca ambas situaciones de manera conjunta.

1.3.10 Sin perjuicio de lo anterior, a criterio de este Tribunal el hecho de una simple renuncia por parte del personal propuesto, no constituye un evento de fuerza mayor en tanto que es requisito de la misma su carácter irresistible, extraordinario e imprevisible. Si bien una renuncia puede resultar irresistible para el Contratista, dado precisamente el derecho a la libertad de trabajo⁶; ella no consiste en un hecho imprevisible y extraordinario en el esquema de cualquier relación laboral o contractual (razón por la que incluso se solicita la carta de compromiso de la persona ofrecida)⁷, por lo que deviene en necesario analizar los hechos que motivan la misma.

⁶ Y la imposibilidad de exigir por la fuerza la prestación de los servicios de la persona que se trate.

⁷ Este Tribunal considera que la naturaleza de la obligación asumida por parte del Consorcio en relación con la de brindar los servicios con el personal ofrecido por él en su propuesta, es esencialmente una “promesa de la obligación o del hecho de un tercero”, que se encuentra regulada en el artículo 1470º del Código Civil, la cual señala que “Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el

- 1.3.11 Así las cosas, resulta necesario analizar las razones que han sustentado las renunciaciones presentadas por los profesionales.
- 1.3.12 Hecha esta precisión, el Tribunal desdobra su análisis en dos aspectos: (i) el caso de las renunciaciones presentadas por motivos de salud y, (ii) el caso de las renunciaciones presentadas por mejoras laborales.
- 1.3.13 Tratándose de las renunciaciones presentadas por motivos de salud, lo primero que el Tribunal advierte es que no está en tela de juicio la veracidad de los certificados médicos que justifican el estado de salud de dos de los ingenieros.
- 1.3.14 Este Tribunal considera que, en principio, un evento que afecta la salud de una persona cuya prestación de servicios ha sido ofrecida dentro de un plantel técnico, es un hecho que no resulta imputable al contratista que lo propuso; y además califica en también principio como un hecho imprevisible, extraordinario e irresistible en la medida que ello le impida brindar los servicios ofrecidos; máxime si el referido personal había asumido expresamente el compromiso de brindar sus actividades durante la ejecución del servicio.
- 1.3.15 Ahora bien, en el presente caso se aprecia que las razones por las que, pese a ello, la Entidad se ha negado a admitir lo invocado como un evento de fuerza mayor, son esencialmente dos:

- El hecho que en el caso del Ing. Lluen Flores, el certificado médico describe una situación crónica, y por tanto sostiene la Entidad que si la dolencia que sufría era una de carácter crónico, ello no es una situación extraordinaria, sino todo lo contrario.

Respecto de este tema, este Tribunal estima que existe en esa aseveración un enfoque incorrecto, pues una cosa es que la dolencia crónica no sea extraordinaria para quien la padece, y otra muy distinta es que no lo sea para quien consideró a dicha persona dentro de la lista del personal ofrecido, sin que se le hubiese mencionado nada al respecto. En este sentido, el Tribunal estima que el carácter extraordinario e imprevisible del hecho merece ser apreciado tomando en consideración todas las

promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente."

circunstancias de la obligación, la rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, entre otras; tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República.

- El otro argumento que expresa la Entidad para considerar que no estamos frente a un supuesto de fuerza mayor, es que en los dos casos en que se alega razones médicas, se acompañan certificados médicos que conceden descanso médico por un periodo determinado (en el caso del ingeniero Lluen Flores por 20 días desde el 03.11.2015, esto es hasta el 03.12.2015 y, en el caso del ingeniero Vizarrata por 15 días desde el 19.11.2015, esto es hasta el 04.12.2015); por tanto no se estaba frente a un impedimento permanente, sino únicamente temporal, y por tanto no se cumple con el requisito de un evento irresistible.

Sobre este particular el Tribunal comparte la posición de la Entidad, pues en esencia para efecto de poder evaluar si se cumple con la carácter irresistible del hecho que se invoca, ello se daría en la medida que la razón que se expresa como impedimento para la prestación del servicio hubiera sido permanente; pero incluso es de advertir que a la fecha en que se autorizó el cambio personal, ya había concluido el período del descanso médico, y los propios profesionales habían expresado en su carta de renuncia los siguiente: *"En tal sentido, comunico que solo prestaré mis servicios hasta que vuestra empresa proponga a un nuevo asistente de servicio y estos sean aceptados por la entidad."*

Consecuentemente las razones expresadas llevan a este Tribunal a concluir que respecto de aquellos profesionales cuyo cambio se sustentó en razones médicas, no se configuró un supuesto de fuerza mayor.

- 1.3.16 En los otros 2 casos restantes (ingenieros Hilasaca y Medina), ambos presentan su renuncia aludiendo a mejoras salariales, es decir que habrían conseguido mejoras salariales en otro lugar. Sin embargo hay un hecho que llama la atención del Tribunal y que ha sido mencionado en la contestación de la demanda, en los alegatos escritos y expresado y preguntado por el Tribunal a las dos partes en la audiencia de alegaciones orales (tal como consta en el audio de dicha diligencia). Este refiere a que en estos dos casos las mejoras salariales a que aluden dichos profesionales provienen de haber sido considerados también en una lista de



profesionales propuestos por los miembros del Consorcio para otro servicio a ser brindado también a PROVÍAS Descentralizado.

Resulta claro entonces que los propios consorciados habían ofrecido prácticamente en simultáneo a los mismos profesionales en dos procesos de selección. Este hecho a criterio de este Tribunal resta el carácter de irresistible e imprevisible a la situación acontecida, y por ende no puede ser invocada como fuerza mayor por parte del Consorcio.

Consecuentemente, este Tribunal advierte que la situación presentada respecto del cambio de los ingenieros Hilasaca y Medina, tampoco califica como fuerza mayor.

1.3.17 Arribada a esta conclusión corresponde analizar, si corresponde que el Tribunal pueda reducir la penalidad pactada y que para el caso corresponde al 1% del monto del Contrato por cada cambio de profesional, al amparo del artículo 1346º del Código Civil.

1.3.18 Al respecto sostiene la Entidad, que este pedido debe ser desestimado pues estamos frente a una penalidad pactada en el Contrato, y que si hubiere alguna objeción a la misma ella debió ser materia de observaciones al momento del proceso de selección.

Sobre el particular el Tribunal estima lo siguiente:

- El presente Contrato es uno que se rige en principio por la LCE y el RLCE. Estas disposiciones permiten que el Contrato pueda pactar la aplicación de otras penalidades, distintas a la penalidad por mora. Para ello el artículo 166º del RLCE establece que las referidas penalidades, deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, y pueden alcanzar hasta un monto máximo al 10% del monto del Contrato, calculándose de manera independiente a la penalidad por mora.⁸

⁸ "Artículo 166º.- Otras penalidades

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."



- La LCE y el RLCE, resultan disposiciones especiales que deben ser aplicadas en primer término (salvo las normas de la Constitución) frente a otras disposiciones de derecho público, y luego las derecho privado (como es el Código Civil), debiendo el Tribunal respetar este orden de prelación.
- Si bien las disposiciones de la LCE y del RLCE no establecen expresamente la facultad del juzgador (Tribunal Arbitral) de reducir las penalidades pactadas, ello no significa que esto no pueda efectuarse, pues dicha posibilidad encuentra asidero en las normas del Código Civil, las que en esta materia no se contraponen a lo que está regulado en las citadas disposiciones especiales. Por tanto, no se produce en este caso una antinomia normativa, sino un vacío (situación no regulada en la normativa especial) que debe ser suplido por las disposiciones aplicables del ordenamiento legal.
- El artículo 1346⁹ del Código Civil consagra la facultad del juzgador de reducir la penalidad pactada de la manera siguiente:

“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

- Se aprecia que son dos los supuestos en los que puede el Juez proceder a la reducción de la penalidad: (i) bien por que a su criterio resulte excesiva, o (ii) cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.
- Este Tribunal tiene en claro que la posibilidad del juzgador (llámese juez o Tribunal Arbitral) de hacer uso de la citada facultad, resulta excepcional por varias razones, tales como, el principio de obligatoriedad del contrato (los contratos son ley entre las partes) o por que son las partes quienes están en la mejor posibilidad de considerar las consecuencias del incumplimiento.
- Por tanto, la citada facultad debe ser ejercida solo en aquellos casos en los que el juzgador advierta a su criterio (no a su arbitrio absoluto⁹), que

⁹ Aun cuando existen pronunciamientos judiciales que resultan contradictorios pues mientras algunos señalan que esta es una facultad absolutamente subjetiva del juzgador (Sentencia del 31.07.2001 dictada en el Exp. N° 6652-2000 por la Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de

existen situaciones que merecen atenuar la consecuencia patrimonial de la responsabilidad.¹⁰

1.3.19 Realizadas estas precisiones conceptuales anteriores, se tienen los hechos siguientes:

- Es cierto que las partes pactaron una penalidad ascendente al 1% del monto del contrato para el supuesto de *"cambios de profesionales que no se encuentren dentro de las causales de fuerza mayor o caso fortuito, y que sean aceptadas por la ENTIDAD (...)".*
- Es cierto también que el personal fue sustituido sin que ello obedezca a caso fortuito o fuerza mayor.
- Es cierto también que el servicio materia del contrato (obligación principal) fue cumplido por el Consorcio.

1.3.20 Ante estos hechos cabe determinar si la penalidad que se pactó y que la Entidad pretende aplicar, que asciende al 1% del monto del contrato, merece ser deducida sea porque (i) es excesivamente onerosa, o (ii) porque la obligación principal finalmente se cumplió.

1.3.21 Para ello el Tribunal aprecia que la citada penalidad no es una que carezca de sentido en el marco de la relación contractual que se ha dado entre las partes, pues su gestación se realizó sobre la base de un proceso de selección en el cual existían requisitos que debían ser cumplidos por los postores y que fueron ofrecidos por el Consorcio, entre ellos el retalivo al personal mínimo ofrecido.

1.3.22 El Consorcio ha expuesto a lo largo del arbitraje hasta tres argumentos por los que pretende que la penalidad se reduzca:

Lima), también las hay de aquellas que consideran que el ejercicio de esta facultad impone la exigencia de fundamentar de alguna manera por que se realiza la reducción de la penalidad (Sentencia del 07.12.1999 dictada en el Exp. 3293-99 por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima).

¹⁰ No escapa a este Tribunal toda la discusión que existe entre quienes defienden la atribución del juez regulada en el artículo 1346º del Código Civil y los detractores de la misma por considerar que ella atenta contra la seguridad jurídica, la santidad de los contratos, la previsión de los daños y/o la penalización de conductas indeseadas.

- Sostiene que la misma es excesiva ya que se penaliza en función del monto del contrato, y solicita que en todo caso se le penalice en relación al monto de los honorarios que corresponde al personal cambiado, y por un monto equivalente al 10% del mismo.
- Sostiene también que no resulta coherente que se le aplique la penalidad en su integridad, cuando se advierte que cumplió con la obligación principal del contrato.
- Indicó que la penalidad pactada, señala 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"*. En tal sentido, expresa que dada la redacción "plural" de la cláusula, bien sea que se trate del cambio de un profesional o de varios profesionales, la penalidad a ser aplicada es del 1% del monto del contrato; empero en el presente caso se ha aplicado la penalidad de manera individual por cada uno de los profesionales (éste argumento fue materia de explicación mayor en la audiencia de alegaciones y también objeto de pregunta por el Tribunal a las partes).

1.3.23 El Tribunal Arbitral considera que corresponde, en primer término, determinar cuáles son los alcances de la penalidad pactada en el contrato, es decir, si ella se aplica de manera independiente por cada cambio de profesional o si el monto del 1% es único, sea que se trate de uno o más profesionales. En esta línea el Tribunal tiene en cuenta lo siguiente:

- La cláusula en su redacción hace mención expresa a un supuesto de "cambio de profesionales", utilizando un término plural y aparenta prever para ello una sola consecuencia (penalidad del 1% del monto del contrato).
- No se hace expresa referencia a una aplicación individual por cada cambio.
- Podría por tanto, bajo dicha premisa, estimarse que siendo una cláusula que impone sanciones (contractuales), ella merece ser interpretada de manera restrictiva y por tanto la penalidad del 1% se aplica independientemente del número de profesionales que sean materia de cambio.



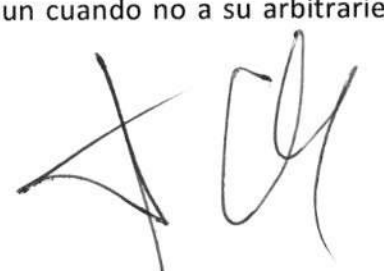
- Sin embargo, este Tribunal también tiene en cuenta que tal como lo establece el artículo 166º del RLCE, bajo cuyos alcances se ha previsto la penalidad que se pretende aplicar, éstas deben ser razonables con el objeto de la convocatoria, y dicha razonabilidad supone entender que no resulta atendible y menos razonable que se genere la misma consecuencia sea que se sustituya a un profesional o a todos los profesionales del equipo ofertado. Criterio que es el que asume el Tribunal
- Por tanto, este Tribunal considera que la penalidad pactada ha sido considerada para ser aplicada en relación a cada profesional que sea cambiado.

1.3.24 Analizado este extremo, corresponde evaluar los otros argumentos expresados por el Consorcio: que la penalidad debe ser reducida por ser excesiva o, que debe ser reducida por que finalmente se cumplió con la obligación principal del contrato.

A criterio de este Tribunal Arbitral, el monto previsto del 1% del contrato por cada cambio de personal propuesto, teniendo en cuenta que estamos frente a un contrato de servicios, y además al hecho que el marco legal permite que por concepto de otras penalidades puedan establecerse en las bases penalidades hasta por el 10% del monto del contrato; no resulta en esencia una penalidad excesiva perse; sin embargo también es cierto que al haberse advertido que el objeto principal del contrato, esto es el servicio si se cumplió (sobre lo cual no existe discusión entre las partes), este Tribunal sí estima que resulta atendible poder reducir la penalidad que se pretende aplicar.

En este sentido el Tribunal tiene en cuenta lo señalado en la sentencia Casatoria 761-2003-LIMA de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se expresa: *"A efecto de aplicar el artículo 1346º del Código Civil que faculta al juzgado a reducir equitativamente la pena cuando ésta sea manifiestamente excesiva, conclusión a la que se arriba luego del análisis de determinadas circunstancias como son el interes del acreedor, el daño real, el mayor o menor grado de culpabilidad, (...), etc."*

Bajo este parámetro, el Tribunal concluye que resulta pertinente hacer uso de la facultad excepcional que le está atribuida en el artículo 1346º del Código Civil y reducir la penalidad aplicada. A efecto de dicha reducción (que por cierto esta sujeta a la discreción del juzgador, aun cuando no a su arbitrariedad), el Tribunal



toma en cuenta que si bien el Consorcio presentó 4 solicitudes de cambio de personal, finalmente invocó solo dos motivos (salud y mejoras laborales). En tal sentido al haberse invocado solo dos razones como motivo para el cambio, el Tribunal estima que la penalidad aplicada merece ser reducida del 4% al 2% del monto del contrato. Se deja precisa que el Tribunal no toma en cuenta el parámetro solicitado por el Consorcio al invocar supeditado de reducción, pues estima que la penalidad en este caso no busca desincentivar la conducta del personal ofrecido, sino el ofrecimiento del postor y posterior contratista.

Consecuentemente, el Tribunal concluye que la penalidad aplicable asciende a la suma de S/ 106,900.27 (Ciento seis mil novecientos y 27/100 soles).

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral apruebe la liquidación del contrato presentada por el CONSORCIO a PROVÍAS DESCENTRALIZADO con fecha 03 de agosto de 2016 (que determinaría a su favor la suma de S/ 213,800.57 Soles) y que se ordene el respectivo pago.

En el supuesto que se desestime dicho punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral señale el monto de la liquidación que PROVÍAS DESCENTRALIZADO deberá pagar a favor del CONSORCIO y ordene su respectivo pago.”

2.1 Breve resumen de la posición del DEMANDANTE a lo largo del arbitraje:

Respecto a la segunda pretensión principal, el Consorcio manifiesta que en el mes de agosto de 2016, presentó a PROVÍAS Descentralizado la liquidación final del contrato por un saldo a su favor de S/213,800.57 Soles.

Con fecha 18 de agosto de 2016, y mediante Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21, la Entidad se pronunció sobre la liquidación del Consorcio, imponiendo una penalidad al Consorcio de S/ 213,800.55 Soles

Al respecto, por los argumentos indicados respecto de la primera pretensión principal, el Consorcio considera que no correspondería aplicar una penalidad por el cambio de profesionales, y en el probable caso que se declare fundada la misma,

solicitan se apruebe su liquidación del contrato con un saldo a su favor de S/ 213,800.57 Soles, y ordene a PROVIAS Descentralizado el pago respectivo.

Respecto a la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, el Consorcio manifiesta que considerando que la penalidad impuesta por la entidad es desproporcional y excesiva; y en el supuesto que se declare fundada su primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, solicitan a este colegiado que determine el nuevo monto de la liquidación que la entidad deberá pagar en favor del Consorcio; y ordene su respectivo pago.

2.2 Breve resumen de la posición del DEMANDADO a lo largo del arbitraje:

Respecto a la segunda pretensión principal, PROVIAS Descentralizado señala que tal como lo demuestra en la hoja resumen de la Liquidación y el Artículo 1° de la RD 460-2016-MTC/21 la disconformidad del Consorcio únicamente versa en la aplicación de una penalidad por el cambio de los cuatro profesionales, que asciende a la suma de S/ 213,800.55, imputable en todos sus extremos al demandante, como se ha descrito al responder la primera pretensión principal.

En ese sentido, al declararse INFUNDADA la primera pretensión principal debido a que los cambios de profesionales no han obedecido a caso fortuito o fuerza mayor, no corresponderá amparar la presente pretensión.

Respecto a la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal: PROVÍAS Descentralizado manifiesta que, al declararse infundada la primera pretensión principal debido a que los cambios de profesionales no han obedecido a caso fortuito o fuerza mayor, no corresponderá que el tribunal arbitral determine el monto de la liquidación, dado que no corresponde efectuar la devolución de la penalidad.

2.3 Posición del Tribunal Arbitral:

El Tribunal advierte que la discusión respecto del monto de la liquidación únicamente esta en función de la aplicación de la penalidad aplicada por la Entidad.

En este sentido, siendo que el Tribunal ha concluido en el punto controvertido precedente que sí corresponde aplicar la penalidad, pero en un monto reducido, por lo que corresponde declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda.

Sin embargo al haberse declarado que la penalidad aplicada merece ser reducida al 50% de la misma, el Tribunal concluye que el monto que corresponde ser considerado en la liquidación por concepto de penalidad solo es de S/ 106,900.27 (Ciento seis mil novecientos y 27/100 soles).

Por lo que recogiendo la propia liquidación practicada por la Entidad, ello arroja un saldo final a favor del Consorcio de S/ 106,900.29 (Ciento seis mil novecientos y 29/100 soles).

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

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

3.1 Breve resumen de la posición del DEMANDANTE a lo largo del arbitraje:

Respecto a la tercera pretensión principal, el Consorcio señala que por los hechos descritos a lo largo del presente escrito, es evidente que la Entidad, ha impuesto una penalidad desproporcionada por el cambio de los profesionales Jefe de servicio, Asistente de Servicio 1, Asistente de servicio 2 y Asistente de servicio 4, obviando que el cambio de los profesionales han sido por causa de caso fortuito y fuerza mayor. Por ello, el Consorcio se ha visto forzado en iniciar un arbitraje, por lo que corresponde que este colegiado ordene a la demandada que asuma el costo total del proceso.

3.2 Breve resumen de la posición del DEMANDADO a lo largo del arbitraje:

Respecto a la tercera pretensión principal: PROVÍAS Descentralizado señala que la demandante deberá asumir los honorarios y demás gastos derivados del presente arbitraje al declararse INFUNDADAS todas sus pretensiones.

3.3 Posición del Tribunal Arbitral:

En cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal



arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

El convenio arbitral no regula nada sobre el particular; sino que las partes se han sometido a los Reglamentos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En este sentido, el artículo 104º del Reglamento de Arbitraje del Centro establece que:

“Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje”.

Dentro de tal orden de ideas, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este Laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, más aún si la demanda ha sido declarada parcialmente fundada; además, el Tribunal Arbitral considera —a efectos de regular el pago de tales conceptos— el buen comportamiento procesal de las partes y su respetuosa colaboración con el Tribunal, se ordena lo siguiente:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido; y
- (ii) Que en lo que corresponde a los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral, ellos deben ser asumidos por las partes en proporciones iguales.

Por tanto, en uso de la facultad establecida al colegiado arbitral, en los artículos 70º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071 y en el último párrafo del artículo 104º del Reglamento, dispone que corresponde a cada parte asumir en forma equitativa (en el mismo porcentaje) los gastos administrativos del Centro Arbitral y los honorarios de los árbitros; y en cuanto a los demás gastos que puedan haber asumido para su defensa en este proceso se dispone que ellos sean absorbidos por la parte que los incurrió (de manera descriptiva se identifica los honorarios de peritos de parte, abogados, así como cualquier otro gasto derivado de las actuaciones arbitrales).

En razón de lo anterior se tiene que en el presente caso, se han efectuado por concepto de gastos administrativos del Centro y de honorarios de los árbitros, los siguientes:

- Tasa por administración del arbitraje: S/ 6,000 más IGV monto que fue pagado por ambas partes en un 50% cada una y que ya incluye el pago de la solicitud arbitral pagado por el Consorcio.
- Honorarios de los árbitros: S/ 4,858.54 netos por cada árbitro. Este monto fue pagado por ambas partes en un 50% cada una.

Consecuentemente no corresponde reembolso alguno a ninguna de las partes.

Teniendo en cuenta lo señalado en los Considerando precedentes, el Tribunal Arbitral

LAUDA:

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la **"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *Que el Tribunal Arbitral declare que el cambio de profesionales dispuesto por el consorcio, obedeció a razones causal de caso fortuito y fuerza mayor; y, en consecuencia se deje sin efecto y sin validez la Resolución Directoral N° 460-2016-MTC/21 en el extremo que impone un penalidad de S/. 213,800.55 Soles (Doscientos trece mil ochocientos con 55/100 soles)".*

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la **"PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *De ser improcedente la primera pretensión, el Tribunal Arbitral disponga reducir la penalidad impuesta por Provías Descentralizado.",* y en consecuencia reducir la penalidad aplicada a la suma de S/ 106,900.27 (Ciento seis mil novecientos y 27/100 soles).

TERCERO: Declarar INFUNDADA la "**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se apruebe la liquidación de contrato a favor del Consorcio, por S/. 213,800.57 Soles, presentada a la entidad con fecha 03 de agosto de 2016 y se ordene el respectivo pago."

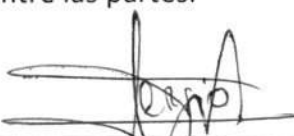
CUARTO: Declarar FUNDADA la "**PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** De ser improcedente la segunda pretensión, se solicita que el Tribunal Arbitral determine el monto de liquidación que Provías Descentralizado deberá pagar a favor del Consorcio, y se ordene su respectivo pago.", y en consecuencia se determina que el monto que corresponde ser considerado en la liquidación por concepto de penalidad solo es de S/ 106,900.27 (Ciento seis mil novecientos y 27/100 soles).

Por lo que recogiendo la propia liquidación practicada por la Entidad, ello arroja un saldo final a favor del Consorcio de S/ 106,900.29 (Ciento seis mil novecientos y 29/100 soles).

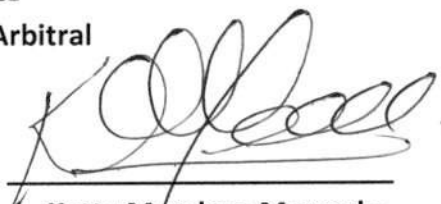
QUINTO: Respecto de los costos del arbitraje se declara:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido; y
- (ii) Que en lo que corresponde a los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral, ellos deben ser asumidos por las partes en proporciones iguales.

Por consiguiente, estando a lo señalado en los considerandos del presente laudo, no corresponde reintegro alguno entre las partes.



Sergio Tafur Sánchez
Presidente del Tribunal Arbitral

Víctor Manuel Huayama Castillo
Árbitro

Katty Mendoza Murgado
Árbitro