Trujillo, 10 de abril de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

VISTOS:

I. ANTECEDENTES Y EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

El día 12 de julio de 2011, el Gobierno Regional de La Libertad, en adelante el demandado y el Consorcio Libertad (conformado por Constructora San Jorge E.I.R.L. y Servan Contratistas Generales S.R.L.), en adelante el demandante, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra Nº 006-2001-GRLL: "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope- La Libertad", como resultado de la Licitación Pública N° 002-2011-GRLL-GRI-CE por un monto de S/. 1´930,949.09 (un millón novecientos treinta mil novecientos cuarenta y nueve y 09/100 nuevos soles), por un plazo de ejecución de 120 días calendarios.

El convenio arbitral se encuentra incluído en la cláusula vigésimo primera del citado contrato.

II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral Unipersonal que tiene a cargo la conducción del presente proceso, conformado por el Ing. Pedro Julio Saldarriaga Núñez, árbitro propuesto por la demandante, mediante Carta N° 022-2011-CL de fecha 7 de noviembre de 2011, quien aceptó el cargo; la Abog. Liliana Carolina Cabrera Moncada, árbitro propuesto por la demandada, quien mediante comunicación de fecha 17 de octubre de 2011 aceptó el cargo, y por el Abog. Carlos Manuel Aguilar Enríquez, árbitro designado por los árbitros precitados, quien con fecha 18 de noviembre de 2011, aceptó el cargo y quien además preside el presente Tribunal Arbitral; designaciones que no fueron cuestionadas por ninguna de las partes.

La Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal, se llevó a cabo el 6 de enero del 2012 a las 10.30 a.m., en las oficinas del Estudio Jurídico Talledo Manrique, ubicado en el Jr. Mariscal de Orbegoso N° 326 tercer piso – Centro Histórico de Trujillo, con la presencia de las partes en litigio, en el Acta de la citada Audiencia se consignó la ratificación de los árbitros miembros del Tribunal Arbitral, en la aceptación del cargo, se precisó que este es un Tribunal Arbitral Nacional y de Derecho; se fijaron principalmente, las reglas del proceso y las normas aplicables, el lugar e idioma del arbitraje, se fijaron los honorarios del Tribunal Arbitral y los Gastos Administrativos de la Secretaria Arbitral, designándose como tal a la Abog. Paquita María del Rosario Velasco Cisneros, se declaró instalado el Tribunal Arbitral Unipersonal, abierto el proceso arbitral., concediéndose al demandante un plazo de 10 días hábiles para presentar su demanda arbitral.

III. DE LA POSTULACIÓN AL PROCESO ARBITRAL

1. DEMANDA INTERPUESTA

El demandante, dentro del término concedido, mediante escrito ingresado el 19 de enero de 2012, interpuso demanda arbitral, planteando las siguientes pretensiones:

2. Pretensiones Arbitrales:

2.1. Que, se declare la nulidad parcial de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra Nº 006-2001-GRLL: "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope - La Libertad", en la parte correspondiente a la penalidad por cambio del personal profesional especificado en la propuesta técnica.

2.2. Que, se declare la inaplicación de la penalidad impuesta a raíz de la aprobación del cambio del asistente de obra, equivalente al dos por ciento (2%) del monto del contrato, ascendente a la suma de Treinta y Ocho Mil

Seiscientos Dieciocho con 98/100 Nuevos Soles (S/. 38,618.98), por contravenir el ordenamiento legal vigente dispuesto en la normativa que rige las contrataciones del Estado.

Además, por no cumplirse con el presupuesto base para la aplicación de una penalidad, como lo es el incumplimiento de una obligación contractual por parte del contratista, conforme a lo señalado en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.3. Que, los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral, generados en el presente proceso arbitral, sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad.

Asimismo, que los gastos por concepto de asesoramiento en los cuales nos vemos en la obligación de incurrir, ascendentes estos últimos a la suma de Cinco Mil con 00/100 Nuevos Soles (S/. 5,000.00), sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad, al tener el Consorcio que represento razones suficientes para solicitar dirimir en la vía arbitral la presente controversia.

La demanda arbitral fue admitida mediante Resolución N° 1.

3. Argumentos de las pretensiones:

FUNDAMENTACIÓN DEL DEMANDANTE

El demandante fundamenta su demanda principalmente en lo siguiente:

3.1. Con fecha 12.07.2011, Consorcio Libertad y el Gobierno Regional La Libertad, suscribieron el Contrato Nº 006-2011-GRLL, para la ejecución de la Obra "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope - La Libertad".

3.2. Con Carta Nº 010-2011-CL, recepcionada el 31.08.2011, el Consorcio solicitó al Gobierno Regional La Libertad, en adelante la Entidad, el cambio del asistente de la obra en mención, debido a la renuncia por causa de fuerza mayor del Arq. Luiggi George Figueroa Cadenillas (CAP Nº 7364), inicialmente propuesto para ocupar el citado cargo; proponiéndose en su reemplazo al Arq. Carlos Quiñe Castro (CAP N° 6789).

3.3. Con Carta Nº 821-2011-GRLL-GGR-GRI-SGO, recepcionada el 23.09.2011, la Entidad nos comunicó que el Arq. Carlos Quiñe Castro reúne todos los requerimientos técnicos mínimos previstos en las bases del proceso de selección, por lo que, se aprueba el cambio del asistente de obra solicitado; sin embargo, adjunta a la comunicación cursada, se nos notificó el Informe Nº 117-2011-GRLL-GRI-SGO-TVSC, en el cual se señala que corresponde que se nos aplique una penalidad por el monto de Treinta y Ocho Mil Seiscientos Dieciocho con 98/100 Nuevos Soles (S/. 38,618.98), equivalente al dos por ciento (2%) del monto total del contrato, en atención a la Cláusula Décimo Quinta del contrato, según la cual todo cambio de personal autorizado por la Entidad será causal de aplicación de multa.

3.4. Mediante Carta Nº 018-2011-CL, recepcionada con fecha 28.09.2011, solicitamos la nulidad de la penalidad por cambio del Asistente de Obra a la que hacía referencia el informe citado líneas arriba, teniendo en cuenta que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que dicho cambio es una actividad permitida, por lo que, el cumplimiento de las normas legales no puede ser objeto de penalización; por lo tanto, la Cláusula Décimo Quinta del contrato, en la parte correspondiente a la penalidad por cambio de personal, es contraria al orden público y por consiguiente nula e ineficaz.

En la misma Carta se especifica que la renuncia del asistente del residente de obra inicialmente propuesto obedece exclusivamente a razones de salud, tal y como se aprecia en el certificado médico adjunto, en el cual se puede verificar el descanso y tratamiento médico prolongado prescrito para su recuperación, lo que hacía imposible que continúe ejerciendo su labor de campo. Por ello, queda acreditado que el cambio de personal de ningún modo se ha realizado de manera deliberada, antojadiza o injustificadamente, sino por razones de fuerza mayor.

3.5. Con Carta N° 022-2011-CL, recepcionada el 07.11.2011, solicitamos someter a arbitraje la controversia surgida, para que en esta vía se declare la inaplicación de la penalidad impuesta por la realización de una actividad (cambio de personal) permitida por el ordenamiento legal vigente.

DESARROLLO DEL PETITORIO.-

Que, se declare la nulidad parcial de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra Nº 006-2001-GRLL: "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope - La Libertad", en la parte correspondiente a la penalidad por cambio del personal profesional especificado en la propuesta técnica.

3.6. Que, de acuerdo a la Cláusula Segunda del Contrato de Ejecución de Obra N° 006-2011-GRLL, constituyen la base legal del mismo, entre otras normas:

a) Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.
b) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias aprobadas por Decretos Supremos N° 021 y 140-2009-EF.
c) Directivas del OSCE.
d) Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

e) Código Civil.

3.7. Que, por lo tanto, el Contrato de Ejecución de Obra N° 006-2011-GRLL no puede ser contrario a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; debiendo ser interpretado a la luz de lo indicado en los dispositivos normativos antes citados.

3.8. Que, con relación al cambio de personal, el Artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento, establece que el cambio del residente de obra es una actividad permitida, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

1. Que el contratista lo solicite,
2. Que la entidad lo autorice, y,
3. Que las calificaciones del reemplazante sean iguales o superiores al reemplazado.

Es cierto que la norma legal hace mención específica al residente de obra, pero por analogía también se aplica al resto del personal, puesto que si esas son las condiciones para el principal profesional, responsable de la dirección técnica de la obra, no hay razón para que no se aplique a los demás profesionales.

3.10. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el Reglamento constituye la base legal del contrato suscrito, no puede éste establecer disposiciones contrarias a lo señalado en dicho Reglamento; sin embargo, observamos lo contrario.

3.11. Es así como, en el Numeral 9 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra, se establece que todo cambio aprobado (Residente - Asistente de Obra) será causal de aplicación de multa, aún cuando este cambio obedezca a razonas de fuerza mayor y que por lo tanto escapan a la voluntad del contratista. Es decir, según lo señalado en el contrato de obra, aún cuando el cambio del personal se realice por alguna razón de

fuerza mayor, con autorización del Gobierno Regional La Libertad y con cinco (05) días de anticipación, resultaría procedente la aplicación de una penalidad equivalente al dos por ciento (2%) del contrato.

3.12. Bajo este razonamiento, en el supuesto que el profesional propuesto falleciese y nos viésemos obligados a solicitar su cambio, seríamos también susceptibles de la aplicación de una penalidad.

3.13. Por lo tanto, siendo esta cláusula contraria a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es nula y, por consiguiente, carece de eficacia jurídica.

3.14. Al respecto el Artículo 10° de la Ley N° 27444 *-Ley de Procedimiento Administrativo General-*, establece como causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; precisándose en el Artículo 12° de la misma norma que los administrados no están obligados al cumplimiento del acto nulo y lo servidores públicos deben oponerse a su ejecución.

3.15. Sobre el mismo tema, el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que son nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público, y como es evidente, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son parte del referido orden público. Siendo esto así, cualquier cláusula contractual que vulnere las disposiciones establecidas en ambas normas legales será nula y, por consiguiente, carente de eficacia jurídica.

3.16. Con relación a la licitud de la solicitud de cambio de personal, el OSCE en su Opinión N° 024-2011/DTN ha señalado expresamente que puede cambiarse al personal propuesto y que dicho acto sólo puede constituir un incumplimiento cuando se realiza sin autorización de la Entidad, como se lee a continuación:

"Por ello, resulta razonable que de manera excepcional se permita el cambio de personal durante la ejecución del contrato. Así, para efectos de cumplir con sus obligaciones el contratista puede cubrir el servicio contratado mediante la asignación de personal distinto al ofertado pero con las mismas o superiores

características a las de aquel. Esta precisión no implica que pueda cambiarse a todo el personal que fue evaluado inicialmente y por el cual, entre otros aspectos, se le otorgó la Buena Pro, toda vez que debe mediar un supuesto excepcional no atribuible al contratista, es decir por caso fortuito o fuerza mayor.

En tal sentido, el cambio de personal procede de manera excepcional y con la asignación de un personal con iguales o superiores características al ofertado inicialmente. No obstante, si dicho cambio fuera realizado sin la previa aprobación de la Entidad, configurándose un incumplimiento, la Entidad deberá de proceder conforme a lo dispuesto en el contrato y, de ser el caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 168° del Reglamento." (El subrayado es nuestro).

3.17. Queda demostrado entonces, que el cambio del personal propuesto, por razones excepcionales, está permitido por las normas legales vigentes, por lo que no constituye ningún incumplimiento, tal como lo ha interpretado el Órgano Rector en Materia de Contrataciones del Estado, OSCE, quien manifiesta que sólo puede ser causal de incumplimiento y, por lo tanto de penalidad, si se cambia el personal sin consentimiento de la Entidad.

3.18. En el caso que nos ocupa, el Consorcio que represento ha cumplido con cada uno de los requisitos legales:

a) Por razones de fuerza mayor, solicitó el cambio del arquitecto propuesto inicialmente para el cargo de asistente de obra, al no poder éste continuar con su labor en la obra por razones de salud, conforme se acreditó con el Certificado Médico presentado, en el cual se puede verificar el descanso y tratamiento médico prolongado prescrito para su recuperación, lo que hacía imposible que continúe ejerciendo su labor de campo.

b) Se propuso en su reemplazo, un profesional de iguales calificaciones profesionales, como fue reconocido por la Entidad.

c) No se cambió el profesional sin autorización de la Entidad, por lo tanto, no se generó incumplimiento alguno al contrato.

3.19. Sobre la facultad de la Entidad para establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado se establece que estas penalidades se aplicaran al contratista ante el *incumplimiento injustificado* de sus obligaciones contractuales. De esta manera, puede observarse que el elemento configurador de la penalidad lo constituye el hecho que el incumplimiento de la obligación contractual sea injustificado.

3.20. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el cambio del personal propuesto para el cargo de asistente de obra sería injustificado, si lo hubiésemos solicitado sin que medie una razón de fuerza mayor, o, en todo caso se configuraría el incumplimiento, si hubiésemos hecho efectivo el cambio sin previa autorización de la Entidad.

3.21. Ninguno de los dos supuestos antes descritos antes descritos ha tenido lugar, toda vez que la razón que ha impedido que el arquitecto especificado en la propuesta técnica pueda seguir en el puesto de asistente de obra, es de salud, es decir, su cambio obedeció a una razón de fuerza mayor, y, que por lo tanto, escapa a nuestro control. Al respecto el Artículo 1315° del Código Civil señala que: "*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*". Así, en tanto la imposibilidad de que el profesional propuesto continúe ejerciendo el cargo de asistente tiene como causa generadora un evento de fuerza mayor, debidamente acreditado, no resulta imputable al contratista, ni configura un incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, presupuesto base para la aplicación de una penalidad.

3.22. De este modo, las penalidades a las que hace referencia el Artículo 166° del Reglamento tienen ese objeto, es decir sancionar en forma objetiva,

razonable y congruente, a la parte del contrato que injustificadamente no honra las obligaciones asumidas. Es preciso tener en cuenta que el cumplimiento de las normas legales no puede ser objeto de penalización, bajo ningún concepto, puesto que de ser así, el legislador no hubiese permitido ningún cambio de personal.

3.23. De lo expuesto en los párrafos que anteceden se puede concluir lo siguiente:

a) El cambio del personal está permitido por el ordenamiento legal vigente, siempre que se trate de un caso fortuito o de fuerza mayor, que lo solicite el contratista, que lo autorice la Entidad y que el profesional propuesto tenga calificaciones iguales o mayores al reemplazado. Dicho esto, podemos señalar que mi representada ha cumplido con la totalidad de los requisitos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
b) El cumplimiento de las normales legales o la realización de lo permitido por ellas, no pueden ser objeto de penalización.
c) El Numeral 9 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, respecto de la penalidad por cambio de personal, es contraria al orden público, al Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, y, por consiguiente nula y sin consecuencias jurídicas.
d) Cualquier acuerdo contractual contrario al ordenamiento legal vigente (orden público) es nulo.

3.24. Por las consideraciones antes mencionadas, solicitamos la nulidad parcial de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Ejecución de Obra N° 006-2011-GRLL, en la parte correspondiente al cambio del personal profesional especificado en la propuesta técnica.

Que, se declare la inaplicación de la penalidad impuesta a raíz de la aprobación del cambio del asistente de obra, equivalente al dos por ciento (2%) del monto del contrato, ascendente a la suma de Treinta y

Ocho Mil Seiscientos Dieciocho con 98/100 Nuevos Soles (S/. 38,618.98), por contravenir el ordenamiento legal vigente dispuesto en la normativa que rige las contrataciones del Estado.

Además, por no cumplirse con el presupuesto base para la aplicación de una penalidad, como lo es el incumplimiento de una obligación contractual por parte del contratista, conforme a lo señalado en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.25. Conforme a lo antes señalado, el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado facultaba a las entidades a establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, con la finalidad que a través de estas penalidades, las Entidades pudieran desincentivar el incumplimiento injustificado de las obligaciones o prestaciones a cargo del contratista; observando cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia.

3.26. De ello se desprende que, si bien es una decisión discrecional de las entidades establecer o no penalidades distintas a la penalidad por mora, dicha potestad debe ser ejercida para sancionar el *incumplimiento injustificado* de obligaciones contractuales a cargo del contratista, mas no para sancionar el cumplimiento de disposiciones legales.

3.27. De allí que resulte inaplicable la penalidad prevista en el Numeral 9 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra N° 006-2011-GRLL, toda vez que a través de su establecimiento se sanciona precisamente lo contrario, es decir, el accionar del contratista orientado a procurar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la asignación de personal distinto al inicialmente propuesto pero con las mismas o superiores calificaciones a las del reemplazado, al verse impedido justificadamente (caso de fuerza mayor) a continuar con el mismo personal.

3.28. Asimismo, dicha cláusula resulta inaplicable por ser contraria a lo dispuesto en el Artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dispositivo normativo que autoriza de manera excepcional y

siempre que medie una causa de fuerza mayor, a cambiar el personal inicialmente propuesto, por uno que reúna iguales o superiores calificaciones profesionales.

3.29. Por lo tanto, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 10° de la Ley N° 27444, según el cual es causal de nulidad de acto administrativo, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, la Cláusula Décimo Quinta del contrato suscrito, en la parte correspondiente al cambio de personal, es nula, y, por consiguiente, ineficaz.

3.30. A partir de lo antes expuesto, se puede concluir lo siguiente:

a) Está permitido por las normas legales, el cambio del personal propuesto, por razones excepcionales (caso fortuito o de fuerza mayor); por ejemplo, por razones de salud, como en el caso que nos ocupa.

b) Conforme a lo señalado en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, el presupuesto base para la aplicación de una penalidad es el incumplimiento injustificado de una obligación contractual por parte del contratista.

Por lo tanto, si en el presente caso, el cambio del asistente de obra se solicitó por una razón de fuerza mayor, debidamente acreditada, no resulta procedente la aplicación de la penalidad prevista en el Numeral 9 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra.

c) Conforme a lo señalado por el OSCE, sólo puede ser causal de incumplimiento, y, por lo tanto de penalidad, el cambio del personal sin consentimiento de la Entidad.

Por lo que, habiendo mi representada observado el procedimiento previsto en el Reglamento a efectos de solicitar el cambio del asistente de obra, y, no habiendo hecho efectivo dicho cambio sin autorización de la Entidad, resulta inaplicable esta penalidad.

d) Es causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; por lo tanto, la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra suscrito, en la parte correspondiente a la penalidad por cambio del personal, es nula, y, por consiguiente ineficaz, por contravenir lo dispuesto en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado y el 185° de su Reglamento.

Atendiendo a lo antes señalado, solicitamos se declare inaplicable la penalidad por cambio de personal prevista en el Numeral 9 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra suscrito, por ser ilegal.

Que, los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral, generados en el presente proceso arbitral, sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad.

Asimismo, que los gastos por concepto de asesoramiento en los cuales nos vemos en la obligación de incurrir, ascendentes estos últimos a la suma de Cinco Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/. 5,000.00), sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad, al tener el Consorcio que represento razones suficientes para solicitar dirimir en la vía arbitral la presente controversia.

3.31. De acuerdo al Artículo 70° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral se encuentra compelido a fijar en el laudo, los costos del arbitraje, teniendo como regla básica el sentido o resultado de la decisión adoptada.

3.32. Es así como, solicitamos al Tribunal Arbitral que al momento de decidir, incluya los conceptos señalados en los incisos a), b) y e) del dispositivo normativo antes citado, debiendo el monto correspondiente ser calculado y liquidado en ejecución del Laudo; el mismo que solicitamos sea asumido por el Gobierno Regional La Libertad en su totalidad, al asistirle a mi

representada, razones suficientes para solicitar dirimir en esta vía arbitral la presente controversia.

Argumentos de la demandada

3.33. La demandada mediante escrito de fecha 3 de febrero del 2012, deduce excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demandada y contesta la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos, a efecto que sea declarada infundada, fundamentándose principalmente en siguiente:

FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDADA

3.34. Que, el demandante en su petitorio solicita se declare la nulidad parcial de la cláusula décimo quinta del contrato de ejecución de obra N° 006-2001-GRLL y por otro lado se declare la inaplicación de la penalidad entonces qué es lo que pretende, la nulidad o la inaplicabilidad de dicha cláusula.

3.35. Cabe señalar que en el derecho lo nulo no tiene valor y lo inaplicable es válido, que no se aplica al caso concreto, en consecuencia hay contradicción entre los 2 petitorios de la demanda.

3.36. Por lo expuesto, el demandante no tiene claro lo que pretende, por lo que solicita aclare su pretensión.

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.37. 2.1 AL 2.3.- Es cierto

3.37.1. Es falso, por cuanto el demandante lo que pretende es cuestionar las bases y los términos de referencia del contrato, pese a tener conocimiento que se observan en la etapa de consultas y observación a las bases, la misma que en el punto 1.6 de la etapa del proceso de selección se establece que la formulación de observaciones a las bases serán presentadas dentro de los 5 días hábiles siguientes de haber finalizado el termino para la absolución de la consulta, sin embargo la demandante no hizo las consultas respectivas ni observo las bases.

Es falso, que la penalidad por cambio de personal sea contraria al orden público pues inclusive el demandante ni siquiera señala en qué consiste la

supuesta vulneración al orden público, al contrario se vulneraría el orden público en supuesto negado de declare fundada la demanda puesto que la demandante si consideraba la nulidad de dicha cláusula debió realizar la observación correspondiente dentro del plazo establecido por ley.

Al margen de que el certificado de salud adjuntado por el demandante no es idóneo, la administración actuó de acuerdo a lo establecido por el contrato el cual señala que todo cambio de personal autorizado se aplicará una penalidad equivalente al dos por ciento del monto total del contrato.

3.38. Es correcto, la demandante solicitó el sometimiento de la supuesta controversia al Arbitraje, sin embargo debemos advertir que el demandante plantea dos pretensiones autónomas como son: SE DECLARE LA NULIDAD PARCIAL DE LA CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 006-2001- GRLL y por otro lado se declare la INAPILCACION DE LA PENALIDAD, pues las pretensiones planteadas por la demandante son contradictorias, puesto que en el Derecho NULO no vale es inexistente y lo inaplicable es VALIDO, EXISTE, en consecuencia hay contradicción entre los dos petitorios de la demanda.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO EXPUESTOS EN LA DEMANDA:

3.39. Respecto a la Ley de Contrataciones del Estado.

Es correcto, por ser una transcripción literal de la norma. Sin embargo debemos precisar, que conforme a lo establecido en el Art. 35 del D. Leg. 1017, el contrato se ajustará a las proformas incluidas en las bases con las modificatorias aprobadas por la entidad durante el proceso de selección, sin embargo la demandante no hizo las observaciones en forma oportuna y celebró el contrato de tal manera que de acuerdo a lo establecido en el Art. 1361° del CC, el contrato de obra materia sub Litis, es obligatorio entre la demandante y el Gobierno Regional, en todo cuanto se haya expresado en el contrato, siendo que en el presente caso se

pactó el pago de una penalidad por cambio de asistente de obra, la misma debe ser asumida por la demandante.

3.40. Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Es correcto por ser una transcripción de la norma.

Es correcto por ser una transcripción de la norma, sin embargo debemos precisar que en el caso concreto, la penalidad ejecutada a la demandante es objetiva, razonable y congruente, puesto que la penalidad ha sido establecida de tal manera que el contratista mantenga el integro de su PROPUESTA TÉCNICA y pueda garantizar la correcta ejecución de la obra, pues la adjudicación se otorgó a la demandante por el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las bases y especificados en la Propuesta Técnica, las que el Gobierno Regional pretende se mantengan durante la ejecución de la obra, de ahí que se pacto la penalidad por cambio de Asistente de Obra, la misma que en ningún sentido contraviene el Orden Público, mas aun cuando dicha penalidad fue consentida por las partes.

Es correcto por ser una transcripción de la obra, de ahí que el Gobierno Regional autorizó el cambio de Asistente de Obra, y procedió a la aplicación de la penalidad pactada, atendiendo a que cada cambio aprobado de (Residente de Obra) será causal de aplicación de multa.

3.41. Código Civil del Perú:

Es correcto por ser una transcripción de la norma, sin embargo en el caso concreto no se ha vulnerado el ORDEN PUBLICO O LAS BUENAS COSTUMBRES, es mas la demandante en ningún extremo de su demanda indica cómo es que se habría vulnerado el Orden Público o las Buenas Costumbres, pues la situación de normalidad que se mantiene y vive el Estado, no ha sido alterada con la penalidad pactada por las partes, puesto que dicha penalidad solo produce efectos entre las partes contratantes, conforme a lo establecido en el Art. 1363 del Código Civil, de tal manera que su ejecución no podría, afectar el desarrollo de las

diversas actividades individuales y colectivas que se desarrollan dentro del Estado.

3.42. Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.4.1 y 3.4.2. Es correcto, pero dichos dispositivos legales no son aplicables al caso concreto, puesto que como ya se ha dejado anotado, la demandante debió observar en su oportunidad las bases, al contrario consintió las bases y más aun se obligo a cumplir todas y cada una de las estipulaciones establecidas en el contrato, el mismo que está integrado por las Bases Integradas, la Oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones de las partes, conforme a lo establecido en la Cláusula Octava del Contrato. Asimismo en la Cláusula Novena se establece cual es el Marco Legal del Contrato.

3.44. Opinión del OSCE N° 024-2011/DTN

3.5.1 y 3.5.2. Como se ha dejado anotado en el punto 3.5, las opiniones transcritas, son efectivamente opiniones que no tienen carácter vinculante, pues son meramente ilustrativas, al margen de lo cual debemos advertir que dichas opiniones están de acuerdo con lo establecido en el Contrato, puesto que se ha autorizado el cambio del Asistente de Obra, conforme a lo establecido en el contrato y por consiguiente se ha procedido a aplicar la penalidad establecida. Es de notar que en las opiniones se ha establecido que la entidad deberá proceder conforme a lo establecido en el contrato.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL DESARROLLO DEL PETITORIO:

3.45. Es correcto que las bases legales del contrato son las establecidas en la Cláusula Segunda y es mas en la Cláusula Octava del Contrato se establece que el contrato está integrado por las Bases Integradas, la Oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones de las partes, y siendo que desde las bases del contrato se incluyó la proforma del contrato dentro del que se estableció la penalidad por autorización de cambio, que fue consentida por la

demandante, que ahora pretende observar pese a no estar en la etapa de observación de las bases.

El cambio del asistente de obra no es la materia controvertida, puesto que el cambio ha sido autorizado por la entidad, razón por la cual se ha aplicado la penalidad por cambio de Asistente de Obra.

La penalidad establecida y pactada en el contrato no contraviene lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues en ninguna de las normas establecidas en dicho reglamento se ha establecido expresamente la prohibición de aplicar penalidades por cambio de Asistente de Obra, de tal manera que en dicho caso prima la voluntad las partes recogida en el Contrato, las mismas que establecieron la penalidad del 2% del contrato por cambio de Asistente de Obra.

Se reitera que la demandante y la entidad, pactaron sus propias cláusulas y condiciones dentro de las que se encuentra la penalidad de cambio de asistente, que establece que cualquier cambio estará sujeto a penalidad, sin tener en cuenta la causa que lo originó.

La demandante aduce que el cambio se ha suscitado por fuerza mayor, sin embargo no ha probado la existencia de dicho evento, puesto la aludida Lumbociatología Crónica y Hernia en el Disco Lumbar, Obesidad e Hipertensión Arterial, enfermedades que no son eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, puesto que a que es evidente que dichas enfermedades no se ha generado de un momento a otro, mas aun cuando el diagnostico es de una enfermedad crónica, la misma que de acuerdo a la literatura médica, lo crónico es mayor a seis meses con lo que se advierte las supuestas enfermedades del asistente no se han generado de un momento a otro, siendo asi el cambio no ha obedecido a fuerza mayor.

3.46. Respecto de los gastos administrativos a que se hace referencia el demandante debe declararse **Infundado** por cuanto la administración lo único que ha realizado es dar cumplimiento a lo acordado. Es decir ha aplicado la penalidad en función al contrato, por lo tanto quien está generando los gastos administrativos por concepto de honorarios de los árbitros, secretaria arbitral y asesoramiento es el Consorcio Libertad, por

ende es quien debe asumir todos los gastos administrativos generados por este proceso arbitral

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEFENSA DE LA DEMANDADA

3.47. El contrato se ajustará a las proformas incluidas en las bases con las modificatorias aprobadas por la entidad durante el proceso de selección, tal como lo establece el Art. 35 del D. Leg. N° 1017, sin embargo el demandante no hizo las observaciones en forma oportuna y celebró el contrato de tal manera que de acuerdo a lo establecido en el Art. 1361 del Código Civil, el contrato de obra materia sub litis, es obligatorio entre la demandante y el Gobierno Regional en todo cuanto se haya expresado en el contrato, siendo que en el presente caso se pactó el pago de una penalidad por cambio de asistente de obra, la misma que debe ser asumida por la demandante.

3.48. La demandante aduce que el cambio se ha suscitado por fuerza mayor, sin embargo no ha probado la existencia de dicho evento, puesto que la aludida Lumbociatología Crónica y Hernia en el disco lumbar, obesidad e hipertensión arterial, enfermedades que no son eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, puesto que es evidente que dichas enfermedades no se han generado de un momento a otro, no ha obedecido a fuerza mayor.

3.49. La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y la contestación de demanda fue admitida a trámite mediante Resolución N° 2

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERSIAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

4. Mediante resolución N° 5 se cito a Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos para el 5 de octubre de 2012 a horas 5:30 p.m. la misma que en la fecha programada.

5. Etapa de conciliación

Las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio alguno.

6. Etapa de Fijación de puntos controvertidos

El tribunal arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

6.1. Determinar si corresponde declarar la nulidad parcial de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra Nº 006-2001-GRLL: "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope- La Libertad", en la parte correspondiente a la penalidad por cambio del personal profesional especificado en la propuesta técnica.

6.2. Determinar si corresponde declarar la inaplicación de la penalidad impuesta a raíz de la aprobación del cambio del asistente de obra, equivalente al dos por ciento (2%) del monto del contrato, ascendente a la suma de Treinta y Ocho Mil Seiscientos Dieciocho con 98/100 Nuevos Soles (S/. 38,618.98), por contravenir el ordenamiento legal vigente dispuesto en la normativa que rige las contrataciones del Estado.

6.3. Determinar si corresponde declarar que, los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral, generados en el presente proceso arbitral, sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad.

7. Admisión y Actuación de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

7.1. Del Demandante

Se admitieron los documentos ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda.

7.2. Del Demandado

Se admitieron los documentos ofrecidos por el demandante en su escrito de contestación de demanda.

7.3. Audiencia de Pruebas

Mediante Resolución N° 6 se resolvió prescindir de la realización de la audiencia de pruebas, en aplicación de lo prescrito en los numerales 19 y 22 del Acta de Instalación.

V. DE LOS ALEGATOS E INFORME ORAL

8. Mediante Resolución N° 6 se concedió a las partes un plazo de 5 días para la presentación de alegatos finales y se citó a las partes para el día 7 de diciembre de 2012 para la realización de la audiencia de informes orales.

9. Mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2012 la demandante presentó sus alegatos y mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2012, la demandada presentó por escrito sus alegatos.

10. Con fecha 7 de diciembre de 2012 y en presencia de los abogados de ambas partes se llevó cabo la audiencia de informes orales.

11. Mediante Resolución N° 10 se fijo un plazo de 30 días para laudar, plazo que fue prorrogado mediante Resolución N° 11, por 10 días hábiles.

12. En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a expedir el laudo arbitral

Y, CONSIDERANDO:

VI. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

A. Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.

B. La designación y aceptación de los Árbitros se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.

C. Ni el demandante ni el demandado recusaron a los Árbitros, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.

D. El demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la demandada fue debidamente emplazados con dicha demanda y ejerció su derecho de defensa.

E. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos.

F. En tal sentido, el Tribunal Arbitral procede a exponer las motivaciones que fundamentan su decisión.

VII. ANÁLISIS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y/O AMBIGÜEDAD:

13. Que, el fundamento de la excepción radica en que hay contradicción entre el pedido de nulidad parcial de la cláusula Décimo Quinta del contrato de obra sub litis y la inaplicación de la penalidad a que se refiere la citada cláusula.

14. Que, La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda procede frente a incumplimientos de las formas de la demanda o su planteo confuso de manera tal, que impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder el demandado negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la demanda, de cuyo texto aparece que no se impide al demandado el ejercicio de su derecho de defensa, y su claridad fue tan evidente que permitió su calificación positiva emitiéndose al admisorio.

15. Que, el petitorio del demandante contiene dos pretensiones, independientes entre sí y que no se encuentran subordinadas la una a la otra, por lo que siendo así, el fundamento o pertinencia que ellas tengan será materia de análisis en el presente laudo, no siendo pertinente formular un pronunciamiento previo respecto de las mismas que consista en indicar si fueron planteadas de forma correcta o no.

VIII. ANÁLISIS SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Respecto al Primer Punto Controvertido fijado en Audiencia de fecha 5 de octubre del 2012, debe considerarse lo siguiente:

Punto Controvertido Nº 01

Determinar si corresponde declarar la nulidad parcial de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra Nº 006-2001-GRLL: "Mejoramiento de los Servicios de Salud en el centro de Salud Rosa Sánchez de Santillán de la Microred Ascope, Provincia de Ascope- La Libertad", en la parte correspondiente a la penalidad por cambio del personal profesional especificado en la propuesta técnica.

16. *Que, de acuerdo a lo expresado por el demandante,* son nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público, tal como lo prescribe el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, siendo ésta la causal de nulidad invocada.
17. Que, sobre el particular, debe entenderse que la precitada norma hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales, en cuyo caso viene impuesta por el hecho que el acto jurídico contraviene uno de los fundamentos o pilares del sistema jurídico. Al respecto Lizardo Taboada, indica que "... es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el mismo el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas"[1]. En el mismo sentido, Anibal Torres indica que "...se refiere por un lado, a las normas imperativas, o sea aquellas que son de cumplimiento obligatorio y no derogables por las partes; y, por otro lado, al orden público, que está constituido por el conjunto de principios fundamentales de diversa índole que constituyen la base social sobre la cual se asienta la comunidad como sistema de convivencia jurídica, garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz.

[1] Taboada Córdova, Lizardo, *Nulidad del Acto Jurídico. Grijley 1998, pag. 97.*

18. *Que, el acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a leyes que interesan al oren público y las buenas costumbres. Que la anotada causal, sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada, por lo general estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico." (Cas. 1021-Huaura, SCSS – El Peruano 11-05-098)*
19. Que, el origen de la nulidad demandada consiste en haber incluído en la cláusula décimo quinta, numeral 9 del contrato de obra sub materia, una penalidad por cambio de personal especificado en la propuesta técnico.
20. Que, de acuerdo a lo prescrito por el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado "*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.*".
21. Que, debe entenderse por normas imperativas aquellas que son taxativas, de cumplimiento obligatorio, que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes; por orden público al conjunto de principios fundamentales que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica, garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz y aseguran la existencia y estabilidad del estado y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes.
22. Que, en el mismo sentido, el Art. 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, "*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."

23. Que, sobre el particular, debe entenderse que las normas precitadas establecen la posibilidad de incluir en el contrato penalidades distintas de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación. Por lo que la inclusión de la referida penalidad en el contrato sub litis, resulta válida, por cuanto no se advierte que la misma sea contraria a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres.

Punto Controvertido Nº 02

Determinar si corresponde declarar la inaplicación de la penalidad impuesta a raíz de la aprobación del cambio del asistente de obra, equivalente al dos por ciento (2%) del monto del contrato, ascendente a la suma de Treinta y Ocho Mil Seiscientos Dieciocho con 98/100 Nuevos Soles (S/. 38,618.98), por contravenir el ordenamiento legal vigente dispuesto en la normativa que rige las contrataciones del Estado.

24. Que, sobre el particular, corresponde determinar si la penalidad aplicada por la entidad demandada al contratista demandante, se origina en un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista, tal como lo prescribe el Art. 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.
25. Que, en este sentido se precisa que la penalidad antes indicada se encuentra contenida en la cláusula décimo quinta, numeral 9 del contrato de obra sub materia.
26. Que, la penalidad en la contratación administrativa debe ser entendida como una sanción acordada por las partes, que como tal habrá de regirse por las normas reguladoras de las obligaciones y, en especial, de los contratos. En la contratación administrativa, la pena convencional, exigida en forma de penalidad, persigue, en primer término, una función penal o sancionadora y secundariamente también resarcitoria.
27. Que, en tal sentido, las penalidades se aplican sólo cuando existe una ejecución defectuosa y/o una ejecución con demora del contrato. Estas técnicas otorgan facultades a la Administración Pública en la fase de ejecución contractual y no tienen un carácter general, sino que únicamente se pueden

poner en marcha en el supuesto de incumplimiento defectuoso o el retraso en los plazos de ejecución del contrato. En estos casos, la imposición de penalidades trata de compeler al contratista a la correcta ejecución del contrato, para evitar su resolución. En caso, de prorrogarse el plazo de ejecución es cuando el órgano de contratación puede optar por la imposición de penalidades y no por la resolución del contrato.

28. Que, en este orden de ideas se concluye en que el contratista está obligado a cumplir el contrato de forma ajustada a la prestación objeto del mismo y a los compromisos o condiciones especiales de ejecución, así como al de los plazos totales o parciales fijados para la realización del mismo, siendo que, para que se impongan penalidades, éstas deben estar sustentados en causas imputables al contratista.
29. Que, en el mismo sentido el Art. IV num 1.1. de la Ley N° 27444, consagra el "*Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*".
30. Que, de la revisión de los medios probatorios aportados, se verifica que la penalidad impuesta al demandante se fundamenta en el cambio del Arq. Luiggi George Figueroa Cadenillas - asistente de residente propuesto – solicitada por éste mediante Carta Nº 010-2011-CL (anexo 6.2 de la demanda), debido a la renuncia por causa de fuerza mayor del citado profesional, proponiendo como reemplazo al Arq. Carlos Quiñe Castro, solicitud que fue aceptada mediante Carta Nº 821-2011-GRLL-GGR-GRI-SGO (anexo 6.4 de la demanda), en la que la entidad demandada expresa " .... que el Arq. Carlos Iván Quiñe Castro, CAP N 6789, propuesto por su representada como Asistente de Residente de Obra, cumple con lo establecido en las bases del proceso de selección, por lo cual este despacho considera procedente la aprobación del nuevo Asistente de Residente...".
31. Que, al haberse aprobado la solicitud del cambio del asistente de residente por parte de la demandada, sin que se cuestione la idoneidad del citado profesional - teniendo en cuenta que es justamente la idoneidad lo que la normativa de contratación pública (Art. 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado) busca resguardar al momento de supeditar el cambio del residente y del resto de personal técnico propuesto, a la verificación del cumplimiento de las condiciones y cualidades técnicas y profesionales requeridas para el personal propuesto en la propuesta técnica - significa que el profesional reemplazante reunía las condiciones mínimas requeridas y que por ello se autorizaba tal cambio.

32. Que, la razón de ser de la imposición de una penalidad es el incumplimiento de una de las partes de alguna de las obligaciones contractualmente establecidas, no pudiendo imponerse penalidades por el ejercicio normal de las funciones contractuales de cada parte.

33. Que, respecto del argumento de la demandada referido a que lo que el demandante pretende es cuestionar las bases y los términos de referencia del contrato, pese a tener conocimiento que se observan en la etapa de consultas y observación a las bases, este Tribunal considera que en aplicación al Principio de Legalidad, contenido en el Art. IV num. 1.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el accionar de los funcionarios y servidores públicos, que incluye a los miembros de Comité Especial, debe enmarcarse en el respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades y fines para los que éstas les fueron conferidos, en consecuencia, no se puede aplicar una penalidad sin que para ello se acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones legales, establecidas en los considerandos precedentes.

34. Que, en el presente caso, la demandada no ha acreditado la existencia de un incumplimiento en las prestaciones a cargo del contratista demandante, contenidas en el contrato de obra sub litis, que justifiquen la imposición de la penalidad discutida en el presente proceso. Siendo así, la misma no resulta objetiva, razonable ni congruente con el objeto de la convocatoria, condiciones imprescindibles establecidas en el Art. 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para la aplicación de penalidades.

Punto Controvertido Nº 03

Determinar si corresponde declarar que, los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral, generados en el presente proceso arbitral, sean asumidos en su integridad por el Gobierno Regional La Libertad.

4. Que, toda vez que el demandante ha planteado demanda arbitral por 2 pretensiones principales, mas el pago de los gastos administrativos y demás costas y costos arbitrales; pretensiones, de las cuales 1 de ellas ha sido declarada fundada y 1 infundada, este Tribunal Arbitral considera que las costas y costos arbitrales deben ser asumidas por ambas partes en igual proporción.

DECISIÓN:

El Tribunal Arbitral por unanimidad, habiendo valorado y merituado conforme a derecho todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso arbitral y, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de oscuridad y/o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión demandada, en consecuencia, **INAPLICABLE** la penalidad impuesta al demandante, ascendente a S/. 38,618.98 (treinta y ocho mil seiscientos dieciocho y 98/100 nuevos soles).

CUARTO: ORDENAR que las costas y costos arbitrales deben ser asumidas por ambas partes en igual proporción, en consecuencia, **CUMPLA** la demandada con reembolsar al demandante el monto ascendente al 50% (cincuenta por ciento) de los gastos arbitrales asumidos por el demandante.

CARLOS MANUEL AGUILAR ENRIQUEZ
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

PEDRO JULIO SALDARRIAGA NUÑEZ
ÁRBITRO

LILIANA CAROLINA CABRERA MONCADA
ÁRBITRO

PAQUITA MARIA DEL ROSARIO VERLASCO CISNEROS
SECRETARIA ARBITRAL