

**EXP. N° 748-152-15**

## **LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** Consorcio Viaducto Gambetta – (en adelante, el CONSORCIO o el Contratista)

**DEMANDADO:** Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, Provías Nacional o la Entidad)

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

## **TRIBUNAL ARBITRAL**

**PRESIDENTE:** Juan Espinoza Espinoza  
**ÁRBITRO:** Claudia Tatiana Sotomayor Torres  
**ÁRBITRO:** Daniel Triveño Daza

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez

## **Resolución N° 17**

En Lima, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral.

**1.1 El Convenio Arbitral:**

De acuerdo al convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato de Supervisión de Obra N° 040-2014-MTC/20, celebrado entre las partes el 8 de abril del 2014, el arbitraje será institucional y de derecho.

**1.2 Instalación del Tribunal Arbitral:**

Con fecha 18/12/15 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral con la presencia del doctor **Juan Espinoza Espinoza**, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y los doctores **Claudia Tatiana Sotomayor Torres** y **Daniel Triveño Daza**, en calidad de árbitros.

II. **Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:**

Se será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA).

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

III. **De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO con fecha 15/01/16:**

**FUNDAMENTOS DE HECHO COMUNES A TODAS LAS PRETENSIONES:**

- 3.1 El Consorcio señala que su relación con **PROVIAS** se basa en el Concurso Público No. 0032-2013-2010-MTC/20 que convocó esta última, por el valor referencial de S/. 49'116,415.65 (Cuarenta y nueve millones ciento dieciséis mil cuatrocientos quince y 65/100 Soles), incluidos los impuestos de Ley y cualquier otro concepto que incida en el costo total de la ejecución de la obra, con precios referidos al mes de diciembre de 2013. Asimismo, indica que con fecha 25 de marzo de 2014 se le otorgó la Buena Pro.
- 3.2 Con fecha 8 de abril de 2014, **EL CONSORCIO** suscribió con **PROVIAS** el Contrato de Supervisión de Obra N° 040-2014-MTC/20 (en adelante, el "Contrato"), con lo cual se hacen cargo de la Supervisión de la obra: "Tramo III-B del Proyecto de Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta – Callao"
- 3.3 Asimismo, señala que, con fecha 14 de abril de 2014, **PROVIAS** suscribió el Contrato de Obra No. 0043-2014-MTC/20 con el Consorcio TUNEL CALLAO para la construcción de la obra precitada en el párrafo anterior.
- 3.4 Afirma el Consorcio que en las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato se establecieron la forma y fórmula de pago de las valorizaciones, siendo que, mediante Carta No. 238-2015/CVG/SO de fecha 13 de abril de 2015, presentaron la Valorización No. 9, correspondiente a los servicios de supervisión de obra prestados en el mes de marzo de 2015 (Valorización No. 04 de la Etapa de Supervisión de Obra).
- 3.5 Asimismo, señala que mediante Carta No. 358-2015/CVG/SO de fecha 12 de mayo de 2015 presentó la valorización No. 10, correspondiente a los servicios de supervisión de obra prestados en el mes de abril de 2015 (Valorización No. 05 de la Etapa de Supervisión de Obra).

3.6 Seguidamente, mediante Carta No. 0472-2015/CVG/SO presentó la Valorización No. 11, correspondiente a los servicios de supervisión de obra prestados en el mes de mayo de 2015 (Valorización No. 06 de la Etapa de Supervisión de Obra).

3.7 **EL CONSORCIO** señala que con fecha 19 de mayo del 2015, mediante informe N° 0073-2015-MTC/20.5.LBR, **PROVIAS** realizó un descuento sobre las valorizaciones No. 9 y 10, sustentando el mismo en: "(i) los días no laborados del profesional en el cargo de director de proyecto, para lo cual se deduce S/. 65,806.46 en la valorización de abril" y, (ii) como consecuencia de ello, por no contar con los recursos ofertados para el control de la obra se descuenta S/. 370,628.88", siendo la deducción total equivalente a S/. 453,781.06. Afirma **EL CONSORCIO** que rechazó todo descuento.

3.8 Del mismo modo, **EL CONSORCIO** señala que mediante Informe No. 0091-2015-MTC/20.5.LBR **PROVIAS** realizó un recálculo sobre la Valorización No. 11, descontando S/. 17,665.76 que, corresponderían a la no participación en el mes de mayo del Director de Supervisión. Asimismo, **PROVIAS** aplicó un descuento del 10% a la Valorización en mención que correspondía a S/. 190,811.57. Al respecto, **EL CONSORCIO** presentó la Carta No. 527-2015/CVG/SO de fecha 30 de junio de 2015 rechazando la posición de **PROVIAS**.

3.9 Así las cosas, señala **EL CONSORCIO** que inició dos procesos de conciliación, sin embargo no consiguieron arreglar sus diferencias.

**DESARROLLO FÁCTICO Y FUNDAMENTOS DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS**

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, se dejen sin efecto los descuentos indebidamente efectuados por **PROVIAS** en la Valorizaciones No. 09 y 10 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04 y 05 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondientes a los meses de marzo y abril de 2015, respectivamente, ascendente a la suma total de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que, habiendo declarado el Tribunal Arbitral fundada nuestra Primera Pretensión Principal, ordene como lógica consecuencia, a **PROVIAS** la devolución inmediata a **EL CONSORCIO** del monto de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV, correspondiente al indebido descuento efectuado.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN**

**PRINCIPAL:** Que, en el supuesto negado de aplicarse el descuento a las Valorizaciones No. 09 y 10 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04 y 05 de la Etapa de Supervisión de Obra), solicitamos que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que, habiendo el Tribunal Arbitral declarado fundada nuestra Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, declare como lógica consecuencia, que se nos abone la diferencia del monto que jamás se nos debió descontar.

3.10 **EL CONSORCIO** señala que existiría controversia al haberse descontado en las valorizaciones No. 09 y 10, correspondientes a la supervisión de los meses de marzo y abril de 2015, la suma total de S/. 453,781.06 más IGV.

3.11 Tal descuento, afirma **EL CONSORCIO**, se sustenta en el Informe N° 0073-2015-MTC/20.5.LBR, por medio del cual se señala que el descuento realizado es por "(i) los días no laborados del profesional en el cargo de director de proyecto, para lo cual se deduce S/. 65,806.46 en la valorización de abril" y, (ii) como consecuencia de ello, al no contar con los recursos ofertados para el control de la obra se descuenta S/. 370,628.88", siendo la deducción total equivalente a S/. 453,781.06.

3.12 Sobre el particular, **EL CONSORCIO** señala que la inasistencia del Director del Proyecto se encuentra justificada con:

- La Carta S/N remitida a **PROVIAS** el 13 de abril de 2015, por medio de la cual nuestro director de proyecto comunica su alejamiento temporal hasta que concluya su descanso médico.
- La constancia de hospitalización de fecha 28 de marzo de 2015, emitida por la Clínica Good Hope, mediante la cual se deja constancia que el ingeniero Carlos Félix Núñez Barriga – quien se desempeñaba en el cargo del director del proyecto ha estado internado en el servicio de neurocirugía desde el 24 de marzo de 2015 al 28 de marzo de 2015 y se le otorga descanso medico desde el 24 de marzo de 2015 hasta el 22 de abril de 2015.

- La constancia de fecha 21 de abril de 2015, extendida por la misma Clínica, mediante la cual se prorroga el descanso medico hasta el 9 de mayo de 2015.
- La Carta No. GG 141400.010.15, remitida a **PROVIAS** el 30 de abril de 2015, por medio de la cual solicitaron el cambio de Director de Proyecto, ello en virtud del estado de salud del referido profesional.

3.13 **EL CONSORCIO** afirma que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, y a pesar de que mediante Carta No. 697-2015-MTC/20.5 de fecha 08 de mayo de 2015 emitida por **PROVIAS**, quien acepta el cambio de director de proyecto, ésta les aplica el descuento a las valorizaciones correspondientes a los servicios de supervisión de obra prestados en el mes de marzo y abril del 2015, sin sustento legal; basándose en que la fuerza mayor que sustenta su pedido de cambio de profesional no fue puesto en conocimiento a tiempo, siendo esta la causal para que se aplique la penalidad en controversia.

**¿POR QUÉ PROVIAS NO TIENE SUSTENTO LEGAL ALGUNO PARA DESCONTARLES SUS VALORIZACIONES?**

3.14 **EL CONSORCIO** señala que en el numeral 12.1 de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato:

**“CLAUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PERSONAL DEL SUPERVISOR**

**12.1 EL SUPERVISOR**, para LA SUPERVISION DE OBRA, utilizara al personal calificado especifico en su Propuesta técnica, no estando permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuera mayor debidamente comprobados.

*Para considerar un evento como caso fortuito o fuerza mayor deberá analizarse cada caso en concreto, el cual deberá cumplir los tres requisitos de manera concurrente (Extraordinario, imprevisible e irresistible) debidamente comprobados. Dicho análisis y eventual aprobación deberá ser efectuado por el Administrador del contrato.*

*Para este efecto. **EL SUPERVISOR** deberá proponer el cambio de personal a **PROVIAS NACIONAL** con diez (10) días calendario de anticipación, el mismo que debe cumplir por lo menos con las calificaciones profesionales establecidas en las BASES Integradas del Concurso Público, a fin de obtener la aprobación correspondiente. Los diez (10) días de anticipación solicitados para el cambio de profesionales serán computados después de producidas las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito." (Resaltado y subrayado nuestro)*

3.15 **EL CONSORCIO** señala que no entrarán en detalle de si es o no fuerza mayor la problemática ocurrida con el director de proyecto, debido a que **PROVIAS** ya había aceptado que sí sería un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor en sus comunicaciones, especialmente en el su Informe 0091-2015-MTC/20.5.LBR de fecha 23 de junio de 2015.

3.16 En ese sentido, **EL CONSORCIO** señala que cumplió y hasta excedió la diligencia pactada en el Contrato.

Afirma también que, según la Cláusula precitada, **EL CONSORCIO** debió proponer a **PROVIAS** el cambio de personal con diez (10) días calendario de anticipación, siendo que los diez (10) días de anticipación solicitados para el cambio de profesionales deberían haber sido computados después de producidas (concluidas) las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.



ASÍ PUES, SEÑALA EL CONSORCIO QUE, TENIENDO EN CUENTA QUE LAS CIRCUNSTANCIAS DE FUERZA MAYOR NO TERMINABAN DE PRODUCIRSE POR ESTAR SU DIRECTOR DE PROYECTO INTERNADO EN LA CLÍNICA, DEBEN RECORDAR QUE EL CONSORCIO COMUNICÓ EN DOS OPORTUNIDADES A PROVIAS SIN SIQUIERA HABERSE EMPEZADO A COMPUTAR EL PLAZO DE LOS DIEZ DÍAS CALENDARIO, EL ESTADO DE SU DIRECTOR DE PROYECTO Y SU JUSTIFICADA AUSENCIA.<sup>1</sup>

3.17 Así las cosas, **EL CONSORCIO** afirma que se deberían dejar sin efecto los descuentos efectuados por **PROVIAS** en las Valorizaciones No. 09 y 10 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04 y 05 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondientes a los meses de marzo y abril de 2015, respectivamente, ascendente a la suma total de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV, y como consecuencia de ello cumplir con las pretensiones accesorias solicitadas en la presente demanda.

3.18 Asimismo, señala que en el supuesto negado que el Tribunal interprete que no han cumplido con el plazo de los diez días calendario, el descuento hipotético a realizarse debería ser sobre el plazo en que **EL CONSORCIO** hubiera fallado en comunicar a **PROVIAS** y de ninguna manera sobre el plazo de ausencia de su director de proyecto.

3.19 Por lo que se deberá declarar fundada su pretensión subordinada y su pretensión accesorio, de acuerdo a lo señalado en el numeral precedente.

- 
- <sup>1</sup>La Carta S/N remitida a **PROVIAS** el 13 de abril de 2015.
  - Carta No. GG 141400.010.15, remitida a **PROVIAS** el 30 de abril de 2015.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, se deje sin efecto el recálculo efectuado por **PROVIAS** en la Valorización No. 11 de la Supervisión (Valorización No. 06 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondiente al mes de mayo de 2015, por medio de la cual se considera como monto valorizable, el valor inicial disminuido en S/. 17,665.76 (Diecisiete mil seiscientos sesenta y cinco y 76/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**  
Que, habiendo el Tribunal Arbitral declarado fundada nuestra Segunda Pretensión Principal, declare como lógica consecuencia, que se devuelva el monto que se nos descontó indebidamente por el recálculo en mención.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, en el supuesto negado de aplicarse el recálculo en comentario, solicitamos que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda y proceda con la devolución de la parte indebidamente descontada.

3.20 Señala **EL CONSORCIO** que mediante Informe No. 0091-2015-MTC/20.5.LBR **PROVIAS** realizó un recálculo sobre su Valorización No. 11, descontando S/. 17,665.76 por la no participación en el mes de mayo del Director de Supervisión.

3.21 **Afirma EL CONSORCIO que PROVIAS jamás debió descontar la Valorización No. 11 de EL CONSORCIO, pues fueron diligentes en todo momento y la ausencia de su director de proyecto fue indubitadamente justificada y fehacientemente comprobada dentro del plazo dispuesto por el Contrato;** por lo que se debería dejar sin efecto el recálculo efectuado por

**PROVIAS** en la Valorización No. 06, por medio de la cual se considera como monto valorizable, el valor inicial disminuido en S/. 17,665.76 (Diecisiete mil seiscientos sesenta y cinco y 76/100 Soles) y, como consecuencia de ello, acceder a las pretensiones accesorias solicitadas en la presente pretensión.

- 3.22 Asimismo, señala que el descuento hipotético a realizarse debería ser sobre el plazo en que **EL CONSORCIO** hubiera fallado en comunicar a **PROVIAS** y de ninguna manera sobre el plazo de ausencia de su director de proyecto. En ese sentido, se deberá declarar fundada su pretensión subordinada, de acuerdo a lo señalado en el numeral precedente.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, se dejen sin efecto las penalidades del 10% de los montos de las Valorizaciones No. 09, 10 y 11 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04, 05 y 06 de la Etapa de Supervisión de Obra) indebidamente aplicadas, correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015, ascendentes a la sumas de S/. 370,628.88 (Valorizaciones 09 y 10: Trecientos mil seiscientos veintiocho y 88/100 Soles) y S/. 190,811.57 (Ciento noventa mil ochocientos once y 57/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, habiendo el Tribunal Arbitral declarado fundada nuestra Tercera Pretensión Principal, declare como lógica consecuencia, que se devuelva el monto que se nos descontó por la aplicación de las penalidades descritas precedentemente.

- 3.23 Afirma **EL CONSORCIO** que **PROVIAS** ha aplicado una penalidad equivalente al 10% del monto de las Valorizaciones No. 9, 10 y 11, ello sustentado en el numeral 20.6 de la Cláusula Veinteava del Contrato, el cual

señala que "en caso que EL SUPERVISOR no contara con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de LA OBRA se le aplicará una penalidad equivalente al 10% de la Valorización del mes en el que se detecte la falta".

3.24 Al respecto, **EL CONSORCIO** señala que **PROVIAS** no está tomando en consideración que era un evento de fuerza mayor, el cual ha sido debidamente justificado, de acuerdo a los plazos previstos en el Contrato y, por lo tanto no debió aplicar la penalidad en mención.

3.25 En tal sentido, seña que se deberían dejar sin efecto las penalidades del 10% de los montos de las Valorización 9, 10 y 11 (Valorizaciones N° 4, 5 y 06 de la Etapa de Supervisión de la Obra, correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo del 2015, ascendentes a las sumas de S/. 370,628.88 (Valorizaciones 09 y 10: Trecientos mil seiscientos veintiocho y 88/100 Soles) y S/. 190,811.57 (Ciento noventa mil ochocientos once y 57/100 Soles).

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral ordene a **PROVIAS** el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral iniciado por **EL CONSORCIO**.

3.26 **EL CONSORCIO** señala que al no existir acuerdo entre las partes sobre cómo distribuir los costos del arbitraje, al momento de emitir su laudo, el Tribunal Arbitral deberá cargar los costos a la parte vencida.

3.27 En este contexto, **EL CONSORCIO** señala que si el Tribunal Arbitral decide declarar fundadas sus pretensiones, o, alternatively, alguna de ellas, implícitamente declarará que el Contratista es la parte vencida de este arbitraje. En ese escenario, aplicando lo establecido en el artículo 73° de la Ley

de Arbitraje, corresponderá que el Contratista asuma los costos de este arbitraje.

**IV. De la contestación a la demanda arbitral presentada por Provías Nacional con fecha 02/03/16.**

**ANTECEDENTES:**

4.1 Provías señala que el 08 de abril de 2014 firmó el Contrato de Supervisión de Obra N° 040-2014-MTC/20 con el CONSORCIO VIADUCTO GAMBETTA. Asimismo, indica que el plazo de la Supervisión de la Obra era de 690 días calendario.

4.2 La Entidad con Carta N° 0599-2014-MTC/20.5 del 25 de abril de 2014 comunicó a la Supervisión que el inicio de la prestación de servicios de supervisión, correspondiente a la Primera Etapa del Contrato: Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico, fue fijado para el 07 de mayo de 2014.

4.3 Señala Provías que el 13 de abril de 2015 mediante Carta s/n el Ing. Carlos Núñez Barriga - Director de Proyecto en la Supervisión, comunicó a Provías su alejamiento temporal de la Supervisión desde el 24 de marzo de 2015 y que continuaría a cargo de las funciones de su competencia, en cuanto concluya su descanso médico.

4.4 Afirma Provías que el 30 de abril de 2015 la Supervisión con Carta N° GG.141400.010.15 solicitó a Provías el cambio de Director de Proyecto.

4.5 Ante ello, señala que con Carta N° 697-2015-MTC/20.5 de fecha 08 de mayo de 2015 aprobó el cambio solicitado por la Supervisión, a fin de no mantener

en situación de abandono el cargo de Director de Proyecto de la Supervisión de Obra.

- 4.6 Afirma que nunca recibió una comunicación de la Supervisión, respecto de la ausencia del personal propuesto (Director de Proyecto). Lo cierto es que del periodo comprendido del 24 de marzo de 2015 al 08 de mayo de 2015, la obra no contó con el Director de Proyecto de la Supervisión: ausencia de personal; y, la Supervisión demoró 46 días para reemplazar a dicho profesional, haciéndose merecedor de las penalidades establecidas en el Contrato de Supervisión de Obra N° 040-2014-MTC/20.

#### **CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES DEL SUPERVISOR:**

- 4.7 Señala Provías que de la evaluación de las pretensiones principales, subordinadas y accesorias de la demanda se advierte que las mismas se encuentran vinculadas por los descuentos y penalidades aplicadas por Provías; por tanto, su análisis técnico y legal se centrará en sustentar la validez de los descuentos y penalidades efectuados al Supervisor de la Obra, al no contar con recursos de personal por ausencia del Director de Proyecto por el periodo del 24 de marzo de 2015 al 08 de mayo de 2015.

- 4.8 Indica que la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Supervisión de Obra N° 040-2014-MTC/20 establece las obligaciones del Supervisor sobre el personal, conforme a lo siguiente:

**CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PERSONAL DE EL SUPERVISOR**

- 12.1 EL SUPERVISOR, para LA SUPERVISIÓN DE OBRA 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 considerar un evento como caso fortuito o fuerza mayor deberá analizarse cada caso en concreto, el cual deberá cumplir los tres requisitos de manera concurrente (Extraordinario, Imprevisible e Irresistible) debidamente comprobados. Dicho análisis y eventual aprobación deberá se efectuado por el Administrador del Contrato.

Para este efecto, EL SUPERVISOR deberá proponer el cambio de personal a PROVIAS NACIONAL con diez (10) días calendario de anticipación, el mismo que debe cumplir por lo menos con las calificaciones profesionales establecidas en las Bases Integradas del Concurso Público, a fin de obtener la aprobación correspondiente. Los diez (10) días de anticipación solicitados para el cambio de profesionales serán computados después de producidas las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

- 12.2 Cualquier solicitud en este sentido será debidamente justificada y los cambios que resulten no irrogarán gastos adicionales a PROVIAS NACIONAL. Se entiende que todo el personal cuyo cambio se proponga, reunirá iguales o mejores cualidades que las del personal inicialmente propuesto.
- 12.3 En caso que EL SUPERVISOR efectúe cambios del personal propuesto sin autorización de PROVIAS NACIONAL, éste podrá dar por resuelto el presente Contrato, sin perjuicio de la aplicación de la penalidad correspondiente.

4.9 Asimismo, precisa que el sistema de contratación del presente contrato de supervisión se rige por el Sistema de Suma Alzada. Además, la ausencia del Director de Proyecto de la Supervisión desde el 24 de marzo de 2015 al 08 de mayo de 2015 generó que Provias aplique los descuentos correspondientes, conforme a lo siguiente:

**(i) En la Valorización N° 9 (Marzo de 2015):**

- Descontó sólo el pago de la remuneración y viáticos del personal ausente por 08 días desde el 24 de marzo de 2015 al 31 de marzo de 2015, de acuerdo a los costos ofrecidos en su Oferta Económica.

CONCEPTO	S/.
Monto valorizado en el presente mes	1,908,435.74
Valorización N° 9	1,908,435.74
Monto de Reajuste de las Valorizaciones	86,132.94
Reajuste de la Valorización N° 9	86,132.94
Amortización del Adelanto Directo	572,530.72
Amortización del Adelanto Directo	572,530.72
Deducción del Reajuste que no corresponde	15,024.70
Deducción del reajuste por el Adelanto Directo	15,024.70
I.- MONTO FACTURABLE (Sin IGV)	1,407,013.26
Otros	-
II.- TOTAL RETENCIÓN	-
III.- MONTO LÍQUIDO A PAGAR (I+II)	1,407,013.26
IV.- I.G.V. (18% DE I)	263,262.39
V.- MONTO A FACTURAR (I+IV)	1,660,275.65

**(ii) En la Valorización N° 10 (Abril de 2015):**

- Descontó el pago de la remuneración y viáticos del profesional ausente por todo el mes de abril, de acuerdo a los costos ofrecidos en su Oferta Económica.
- Aplicó la penalidad correspondiente al mes de marzo por ausencia del personal por 8 días (del 24 al 31 de marzo de 2015).
- Aplicó la penalidad del mes de abril por ausencia del personal por todo el mes de abril (30 días).

CONCEPTO	S/.
Monto valorizado en el presente mes	1,797,853.02
Valorización N° 10	1,797,853.02
Monto de Reajuste de las Valorizaciones	88,460.73
Reajuste de la Valorización N° 10	88,460.73
Amortización del Adelanto Directo	539,355.91
Amortización del Adelanto Directo	539,355.91
Deducción del Reajuste que no corresponde	16,310.03
Deducción del reajuste por el Adelanto Directo	16,310.03
I.- MONTO FACTURABLE (Sin IGV)	1,330,647.81
Otros	-370,628.88
Penalidad por no contar con todos los recursos en mar 15 (10 %)	-190,843.57
Penalidad por no contar con todos los recursos en abr 15 (10 %)	-179,785.30
II.- TOTAL RETENCIÓN	-370,628.88
III.- MONTO LÍQUIDO A PAGAR (I+II)	960,018.93
IV.- I.G.V. (18% DE I)	239,516.81
V.- MONTO A FACTURAR (I+IV)	1,570,164.42

**(iii) En la Valorización N° 11 (Mayo de 2015):**

- Descontó sólo el pago de la remuneración y viáticos del profesional ausente por 8 días desde el 01 de mayo de 2015 al 08 de mayo de 2015, de acuerdo a los costos ofrecidos en su Oferta Económica.
- Aplicó la penalidad del mes de mayo por ausencia del personal hasta la fecha de autorización del cambio que fue el 08 de mayo de 2015 (8 días).



CONCEPTO	S/.
Monto valorizado en el presente mes	1,808,115.74
Valorización N° 11	1,908,115.74
Monto de Reajuste de las Valorizaciones	105,199.66
Reajuste de la Valorización N° 11	105,199.66
Amortización del Adelanto Directo	572,434.72
Amortización del Adelanto Directo	572,434.72
Deducción del Reajuste que no corresponde	20,643.07
Deducción del reajuste por el Adelanto Directo	20,643.07
I.- MONTO FACTURABLE (Sin IGV)	1,420,237.61
Otros	-190,811.57
Penalidad por no contar con todos los recursos en may 15 (10 %)	-190,811.57
II.- TOTAL RETENCIÓN	-190,811.57
III.- MONTO LÍQUIDO A PAGAR (I+II)	1,229,426.04
IV.- I.G.V. (18% DE I)	255,642.77
V.- MONTO A FACTURAR (I+IV)	1,675,880.38

**EN RELACIÓN AL PAGO DE LAS VALORIZACIONES Y LOS DESCUENTOS POR AUSENCIA DE PERSONAL**, señalan que en las cláusulas quinta y sexta del contrato se pactó la forma y fórmula de pago de las valorizaciones.

**CLÁUSULA QUINTA: PAGO DEL CONTRATO**

Todos los pagos que **PROVIAS NACIONAL** deba realizar a favor de **LA SUPERVISIÓN DE OBRA** por **LA SUPERVISION DE OBRA** materia del presente Contrato, se efectuarán después de ejecutada **LA SUPERVISION DE OBRA**; y será de acuerdo a lo indicado en el Capítulo III – Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, Numeral 17., Forma de Pago , y Numeral 3.10 pago, Capítulo III del Contrato, Sección General de las Bases integradas del concurso Público, y de conformidad con lo establecido en los artículos 180° y 181° de EL REGLAMENTO.

**CLÁUSULA SEXTA: REAJUSTES**

6.1 Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 49° del Reglamento y numeral 2.12. Reajustes de Precios, Capítulo II, Sección Específica de las Bases Integradas, las valorizaciones del componente en moneda nacional que presente LA SUPERVISIÓN DE OBRA se reajustarán de acuerdo a la fórmula siguiente: EL SUPERVISOR se reajustarán de acuerdo a la fórmula siguiente:

$$Pr = [Po \times (Ir/Io)] - [(A/C) \times Po \times (Ir - Ia)/(Ia)] - [(A/C) \times Po]$$

Donde:

Pr = Monto de la Valorización reajustada.

Po = Monto de la Valorización correspondiente al mes de servicio, a precios del mes del valor referencial

Ir = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha de Valorización.

Io = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) al mes del valor referencial

Ia = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha de pago del Adelanto.

A = Adelanto en Efectivo entregado.

C = Monto del Contrato Principal.

4.10 Señala que la cláusula quinta establece que el pago deberá ser conforme al numeral 17 de los Términos de Referencia (TDR) y al numeral 3.10 de las Bases Integradas.

**NUMERAL 17 FORMA DE PAGO, DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA:**

Los pagos se efectuarán mediante valorizaciones mensuales en armadas mensuales concordantes con el plazo de supervisión de obra, de acuerdo al monto que resulte de

descontar al monto total de la Propuesta Económica, el monto correspondiente a la Etapa de Liquidación de Contratos de Obra y Supervisión, en concordancia con lo señalado en los presentes Términos de Referencia.

El monto de los servicios será cancelado como sigue:

- **Por la valorización mensual que corresponda, sobre la base de los servicios debidamente evidenciados en la Supervisión de la ejecución de la Obra, y en conformidad con la Propuesta Técnica y Económica con que se otorgó la Buena Pro.**

Las valorizaciones de EL SUPERVISOR serán respaldadas por la presentación oportuna de los informes mensuales y fichas quincenales, correspondientes a los meses valorizados.

- A la aprobación del Informe Final, Revisión de la Liquidación de Obra y Liquidación del Contrato dentro de los plazos establecidos en las Bases y el Contrato.(Etapa de Liquidación).

### **NUMERAL 3.10 PAGOS DE LAS BASES INTEGRADAS:**

La Entidad deberá efectuar el pago a favor del contratista en la forma y oportunidad establecida en las Bases o en el contrato, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos

ejecutados, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato.

En el caso que se haya suscrito contrato con un consorcio, el pago se realizará de acuerdo a lo que se indique en el contrato de consorcio.

El pago comprende la cancelación del saldo resultante de la liquidación del contrato, de ser el caso.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

4.11 De lo señalado en el numeral 17 de los TDR se evidencia que el pago del servicio en la valorización mensual se debía realizar sobre la base de los servicios debidamente evidenciados en la Supervisión y en conformidad con la Propuesta Técnica y Económica con que se otorgó la Buena Pro.

4.12 Entonces, afirma Provías que independientemente de si el supuesto de ausencia del profesional generaba una penalidad o no (por una supuesta exoneración por caso fortuito o fuerza mayor), la valorización debía pagarse de acuerdo a los servicios debidamente evidenciados. Vale decir, si se verifica que estuvo ausente un profesional, Provías no puede pagar el total de la valorización sino que deberá hacer el descuento equivalente a la remuneración del profesional por los días en que estuvo ausente., las cuales fueron las condiciones bajo las cuales licitó el CONSORCIO y con su participación en la misma, aceptó dichas condiciones.

- 4.13 Desde el 24 de marzo de 2015 al 08 de mayo de 2015, la obra no contó con el Director de Proyecto de la Supervisión; entonces, la Entidad de acuerdo a Contrato, los TDR y las Bases Integradas procedió a realizar los descuentos por los servicios no prestados (personal profesional ausente) en las valorizaciones de marzo, abril y mayo de 2015. Es un hecho que el Director de Proyecto no prestó servicio alguno en dicho período, por lo que NO puede reconocérsele el pago de la remuneración propuesta por la Supervisión en su Oferta Económica.
- 4.14 Asimismo, indica que de acuerdo al segundo párrafo de la cláusula 12.1 del contrato, el cambio de personal debe solicitarse con 10 días calendario de anticipación. Esto es, Provías tiene un plazo de 10 días calendario para pronunciarse sobre el cambio y que, esta solicitud debe hacerse con anticipación a fin que la obra no se quede sin personal de la supervisión hasta que la Entidad autorice el cambio.
- 4.15 Provías señala que se evidencia que el Ing. Carlos Núñez Barriga - Director de Proyecto en la Supervisión se ausentó de la obra del 24 de marzo al 22 de abril de 2015, profesional que se encontraba con descanso médico. Sin embargo, esta situación no puede configurarse como fuerza mayor o caso fortuito, pues a partir de la emisión del Certificado Médico (28 de marzo de 2015) la Supervisión ya tenía conocimiento de la inasistencia del referido profesional.
- 4.16 Pero la Supervisión, lejos de comunicar esta situación inmediatamente a la Entidad (28 de marzo de 2015), recién el 13 de abril de 2015 la Entidad toma conocimiento de este hecho por propia comunicación del Ing. Carlos Núñez Barriga, quién comunicó su alejamiento temporal de la supervisión desde el 24 de marzo de 2015, lo cual demuestra que la Supervisión nunca comunicó formalmente la ausencia de su Director de Proyecto en la Supervisión de la

Obra. Por ello, la Entidad válidamente procedió a no considerar en las valorizaciones mensuales la participación y pago de dicho profesional.

- 4.17 **Afirma Provías que la Supervisión recién el 30 de abril de 2015 (luego de 38 días de ausencia de su Director de Proyecto) mediante Carta GG.14100.010.15 solicitó el cambio del Director del Proyecto**, cambio que fue aprobado con Carta N° 697-2015-MTC/20.5 del 08 de mayo de 2015, precisando la Entidad que con la finalidad de no mantener en la situación de abandono el cargo de Director de Proyecto, se aceptaba la participación del Ing. Edgar Jesús Castillo Vega Centeno, profesional propuesto como Director de Proyecto, reiterándosele además que de acuerdo al contrato, el personal asignado al proyecto es con carácter de dedicación exclusiva por el tiempo y en la oportunidad señalada en la propuesta técnica. En la propuesta técnica del Consorcio, el Director de Proyecto (el principal profesional de la supervisión), tiene una participación del 100% en la supervisión de la obra, con un total de 120.5 días en la etapa de supervisión de estudio con un costo diario de S/. 1,074.31 y un total de 360 días en la etapa de supervisión de obra con un costo diario de S/. 1,074.31.

- 4.18 En el presente caso, reitera Provías que el CONSORCIO solicitó el cambio de profesional el 30 de abril de 2015 cuando ya habían transcurrido más de 38 días SIN QUE la obra cuente con el Director de Proyecto de la Supervisión y sobretodo SIN QUE el CONSORCIO informe de este hecho a PROVÍAS.

- 4.19 **RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD POR AUSENCIA DE PERSONAL**, Provías señala que en la cláusula 20.6 se regula tal supuesto señalando que se aplicará una penalidad equivalente al 10% de la valorización del mes en caso Provías detecte la falta de recursos (personal y equipo) ofertados por el Consorcio para el control de la obra.

20.6 En caso que **EL SUPERVISOR** no contara con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de **LA OBRA** se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.

4.20 Provías señala que en su demanda, la Supervisión indica que la ausencia del personal fue fehacientemente justificada a Provías, no obstante ello, precisa que la ausencia del Director de Proyecto se produjo desde el 24 de marzo al 08 de mayo de 2015.

4.21 Asimismo, señala que los medios probatorios de la demanda NO acreditan la comunicación dirigida a Provías por el CONSORCIO, respecto a la ausencia de su personal, conforme a lo siguiente:

- El Anexo 1-J, es una comunicación del 13 de abril de 2015 (luego de 21 días) dirigida por el Director del Proyecto y no por la Supervisión, a Provías.
- No obra cargo de recepción por parte de Provías de haber recibido el Anexo 1-K (Constancia de hospitalización). Ni mucho menos se indica con qué documento el Consorcio lo habría remitido a Provías.
- No obra cargo de recepción por parte de Provías de haber recibido el Anexo 1-L (Ampliación del descanso médico). Ni mucho menos se indica con qué documento el Consorcio lo habría remitido a Provías.
- El Anexo 1-M es una comunicación de fecha 30 de abril de 2015 del Supervisor solicitando el cambio de Director de Proyecto (luego de 38 días de ausencia de su Director de Proyecto), limitándose a exponer los hechos de su pedido y sustentando los mismos en constancias emitidas por la Clínica Good Hope.

4.22 De lo cual se desprende, que solamente la comunicación del 30 de abril de 2015 fue dirigida Provías pero para solicitar el cambio de profesional, no existiendo comunicación anterior sobre la ausencia de dicho profesional.

- 4.23 En el supuesto negado que se pensara que la comunicación del 30 de abril de 2015 es el documento con el que se evidenciaría haber informado a Provías de la ausencia del profesional, ésta no sería oportuna al haberse realizado luego de 38 días desde que el profesional se ausentó en la supervisión de la obra.
- 4.24 Afirma Provías que es evidente que la Supervisión tuvo pleno conocimiento de la ausencia del personal por las fechas de las constancias de la Clínica Good Hope que le habría entregado su personal.
- 4.25 Además, aclaran que no está acreditado que el Supervisor y el personal en cuestión hayan mantenido una relación laboral.
- 4.26 Por otro lado, señalan que la Supervisión invoca erradamente la cláusula 12.1 del Contrato para sustentar el caso fortuito o fuerza mayor, cuando dicho pacto está referido al cambio de profesional. Es decir, no se penaliza el cambio de profesional si se acredita que es por un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.
- 4.27 La penalidad aplicada es por la ausencia de personal en obra. Nada impedía al Supervisor que ante el hecho producido y comunicado seguramente por su personal, solicitar inmediatamente el cambio de profesional porque su obligación es con Provías y para ello debe cumplir con el contrato, porque sabía que la Entidad procedería a descontarle por no contar con recursos de personal por ausencia del Director de Proyecto.
- 4.28 Señala Provías que así como en su demanda invoca que existiría una relación laboral (no probada), según las leyes labores, debía mantener un control sobre sus trabajadores y ante la falta consecutiva de 3 días al trabajo, bien pudo haberlo despedido. Vale decir, desde el 27 de marzo de 2015 la



Supervisión tenía pleno conocimiento de la inasistencia de su personal a la obra; empero no informó oportunamente a Provías ni procuró su cambio inmediato, dejando transcurrir 38 días para recién solicitar su cambio, sin nunca comunicar con anterioridad que el Director de Proyecto se ausentó de la Supervisión de la Obra.

4.29 Finalmente, sobre la pretensión referida al pago de las costas y costos del proceso arbitral, la Entidad sostiene que no corresponde que se ordene que Provías Nacional asuma las costas y costos del arbitraje, ya que como se ha fundamentado y probado, existen suficientes argumentos que demuestran que no existe sustento de ninguna de las pretensiones del Supervisor, de tal manera que corresponde que sea el Consorcio Supervisor quién pague la totalidad de los honorarios de los árbitros, secretaría arbitral y sus gastos de defensa.

## V. Fijación de Puntos Controvertidos

Con fecha 14/06/16 se realizó la Audiencia de Puntos Controvertidos con la asistencia del Tribunal Arbitral constituido por el doctor Juan Espinoza Espinoza, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y los doctores Claudia Tatiana Sotomayor Torres y Daniel Triveño Daza, en calidad de árbitros; con la presencia de ambas partes.

A) Respecto del escrito de demanda presentado el 15 de enero de 2016, subsanado mediante el escrito presentado el 2 de febrero de 2016; así como de la contestación de demanda presentada el 2 de marzo de 2016, subsanada mediante el escrito presentado el 9 de marzo de 2016

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *Determinar si corresponde o no* dejar sin efecto los descuentos indebidamente efectuados por **PROVIAS** en la Valorizaciones No. 09 y 10 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04 y 05

de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondientes a los meses de marzo y abril de 2015, respectivamente, ascendente a la suma total de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

***Determinar si corresponde o no*** ordenar, como lógica consecuencia, a **PROVIAS** la devolución inmediata a **EL CONSORCIO** del monto de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV, correspondiente al indebido descuento efectuado.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN**

**PRINCIPAL:** ***Determinar si corresponde o no*** ordenar que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA**

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** ***Determinar si corresponde o no*** declarar, como lógica consecuencia, ordenar a Provías Nacional que abone al Consorcio la diferencia del monto que no se debió descontar.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** ***Determinar si corresponde o no***

dejar sin efecto el recálculo efectuado por **PROVIAS** en la Valorización No. 11 de la Supervisión (Valorización No. 06 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondiente al mes de mayo de 2015, por medio de la cual se considera como monto valorizable, el valor inicial disminuido en S/. 17,665.76 (Diecisiete mil seiscientos sesenta y cinco y 76/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

***Determinar si corresponde o no*** declarar, como lógica consecuencia, que se devuelva al Consorcio el monto que se descontó indebidamente por el recálculo en mención.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** ***Determinar si corresponde o no*** ordenar que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda y proceda con la devolución de la parte indebidamente descontada.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** ***Determinar si corresponde o no*** dejar sin efecto las penalidades del 10% de los montos de las Valorizaciones No. 09, 10 y 11 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04, 05 y 06 de la Etapa de Supervisión de Obra) indebidamente aplicadas, correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015, ascendentes a la sumas de S/. 370,628.88 (Valorizaciones 09 y 10: Trecientos setenta mil seiscientos veintiocho y 88/100 Soles) y S/. 190,811.57 (Ciento noventa mil ochocientos once y 57/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

***Determinar si corresponde o no*** declarar, como lógica consecuencia, que se devuelva el monto que se descontó al Consorcio por la aplicación de las penalidades descritas precedentemente.

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral iniciado por **EL CONSORCIO**.

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

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

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

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

## **VI. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.**

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

### **A) Demanda.**

- Los documentos ofrecidos en el primer otrosí decimos, identificados del Anexo 1-A al Anexo 1-N, los cuales se acompañan en el escrito de demanda de fecha 15 de enero de 2016.
- Los documentos ofrecidos en el segundo otrosí decimos, identificados del Anexo 1-Ñ al Anexo 1-P, los cuales se acompañan en el escrito de subsanación de fecha 2 de febrero de 2016.

### **B) Contestación a la demanda.**

- Los documentos ofrecidos en el acápite V. "Medios Probatorios" identificados del 1. al 3., los cuales se acompañan en el escrito de contestación de demanda de fecha 9 de marzo de 2016.
- Exhibición del contrato laboral con el Director del Proyecto; los pagos correspondientes a ONP/AFP, ESSALUD, etc. Durante el periodo de su contratación; y todos aquellos documentos adicionales que sustenten el vínculo laboral. Al respecto, el Tribunal Arbitral la admite; en consecuencia, le otorga al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente de suscrita la presente acta, para que presente los documentos solicitados por Provías Nacional.

## **VII Del cierre de la etapa probatoria.**

6.1 Mediante Resolución N° 14 de fecha 21/07/16 se declaró cerrada la etapa probatoria del proceso arbitral y, en consecuencia, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días para que presenten sus conclusiones o alegatos escritos y soliciten informar oralmente, en caso lo consideraran pertinente.

## **VIII. De los alegatos finales**

7.1 Mediante los escritos presentados el 1 de agosto de 2016, la Entidad y el Consorcio presentaron sus alegatos escritos.

7.2 Mediante la Resolución N° 15 se tuvo por presentados los alegatos escritos y, asimismo, se citó a las partes a una Audiencia de Informe Oral para el 15 de setiembre de 2016, a horas 9:00 am.

## **IX. Audiencia de Informe Oral y Plazo para laudar**

Con fecha 15 de setiembre de 2016 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del doctor **Juan Espinoza Espinoza**, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, y la doctora **Claudia Tatiana Sotomayor Torres**, en calidad de árbitro; y la asistencia del Consorcio y la Entidad, a fin de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos.

Se dejó constancia de la inasistencia del doctor **Daniel Triveño Daza**.

Mediante la Resolución N° 16 se dispuso el plazo para laudar.

### CONSIDERANDOS:

#### **X. CUESTIONES PRELIMINARES**

**10.1** Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el Consorcio Viaducto Gambetta presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que Provias Nacional fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

**10.2** De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los

medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión

## XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no dejar sin efecto los descuentos indebidamente efectuados por **PROVIAS** en la Valorizaciones No. 09 y 10 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04 y 05 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondientes a los meses de marzo y abril de 2015, respectivamente, ascendente a la suma total de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no ordenar, como lógica consecuencia, a **PROVIAS** la devolución inmediata a **EL CONSORCIO** del monto de S/. 453,781.06 (Cuatrocientos cincuenta y tres mil setecientos ochenta y uno y 06/100 Soles) más el correspondiente IGV, correspondiente al indebido descuento efectuado.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no ordenar que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no declarar, como lógica consecuencia, ordenar a Provías Nacional que abone al Consorcio la diferencia del monto que no se debió descontar.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no dejar sin efecto el recálculo efectuado por **PROVIAS** en la Valorización No. 11 de la Supervisión (Valorización No. 06 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondiente al mes de mayo de 2015, por medio de la cual se considera como monto valorizable, el valor inicial disminuido en S/. 17,665.76 (Diecisiete mil seiscientos sesenta y cinco y 76/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no declarar, como lógica consecuencia, que se devuelva al Consorcio el monto que se descontó indebidamente por el recálculo en mención.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no ordenar que dicho descuento se realice de forma correcta, de acuerdo a los fundamentos descritos en la presente demanda y proceda con la devolución de la parte indebidamente descontada.

11.1 Atendiendo a la íntima relación que guardan los mencionados puntos controvertidos, el análisis a efectuarse se realizará de manera conjunta a efectos de evitar pronunciamientos contradictorios.

11.2 Un primer tema que debe tenerse en cuenta respecto de la materia contractual, sea las partes privadas o sea una de ellas de carácter público, para efectos de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es que la sola suscripción de un contrato genera obligaciones que corresponden a cada una de las contratantes.



11.3 Al respecto, tal como ya se ha referido, Manuel de la Puente y Lavalle<sup>2</sup> precisa que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga al cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio, sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *“Un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”*.

11.4 El contrato administrativo regido por la Ley de Contrataciones del Estado tiene como fin satisfacer las necesidades de las Entidades, ello mediante la entrega de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, como el presente caso. Así, al igual que en los contratos privados, en los contratos públicos existe una relación de derechos y deberes entre las partes contractuales, los cuales deben ser cumplidos de forma adecuada para alcanzar el objeto que dio nacimiento a la relación contractual. Por ello que los contratistas tienen la obligación de realizar la obligación tal como fue pactada y a cambio de ello reciben el pago acordado. Respecto a ello el artículo 49° de la Ley de Contrataciones del Estado menciona lo siguiente:

***“Artículo 49°.- Cumplimiento de lo pactado***

*Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil.”*

<sup>2</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

11.5 En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

11.6 Así, el artículo 142° del Reglamento establece que:

**"Artículo 142.- Contenido del contrato**

*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.*

*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado."*

11.7 En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos – incluida la

aprobación de ampliaciones de plazo, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.

11.8 Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la Entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la Entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.

11.9 Por los primeros, la Entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.

11.10 En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro,

otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.

11.11 En esa línea, es preciso señalar que de la Propuesta Técnica presentada por el Consorcio, el Director de Proyecto tiene una participación constante en el desarrollo de las etapas de supervisión del estudio y de obra, siendo que sus funciones generales son del más alto nivel jerárquico, gerencial, técnico, administrativo, legal y financiero del Supervisor, y sus funciones específicas generales son las siguientes:

- Coordinará las reuniones con la Entidad y el Contratista.
- Será el encargado de conseguir todos los documentos relacionados con el proyecto materia de supervisión.
- Coordinará directamente con el Administrador del Contrato por parte de la Entidad.
- Efectuará las coordinaciones con el Contratista (Proyectista), de las observaciones encontradas durante el proceso de revisión de los estudios.
- Efectuará el seguimiento de la aprobación del informe de Revisión por parte de la Entidad.
- Estará presente en la entrega de terreno.

11.12 En ese orden de ideas, en el presente caso, se tiene que la controversia se inicia a partir de la ausencia del Director de Proyecto, el Ing. Carlos Félix Núñez Barriga, quien mediante comunicación presentada el 13 de abril de 2015 ante la Entidad informó su alejamiento temporal de la Supervisión, contabilizado desde el 24 de marzo de 2014, indicando que continuaría a cargo de sus funciones en cuanto concluya su descanso médico, siendo la fecha de éste el 22 de abril de 2015, sin embargo, dicho descanso se prorrogó hasta el 9 de mayo de 2015.

11.13 En ese contexto, mediante Carta N° GG.141400.010.15 presentada ante la Entidad el 30 de abril de 2015, el Supervisor solicitó a Provias el cambio de Director de Proyecto; siendo que mediante Carta N° 697-2015-MTC/20.5 de fecha 8 de mayo de 2015, la Entidad aprobó el cambio solicitado por la Supervisión a favor del Ing. Edgar Jesús Castillo Vega Centeno.

11.14 Así las cosas, se advierte que, efectivamente, el Director de Proyecto estuvo ausente por el periodo comprendido desde el 24 de marzo de 2015 hasta el 29 de abril de 2015, luego de lo cual, mediante Carta N° GG.141400.010.15 presentada ante la Entidad el 30 de abril de 2015, el Supervisor solicitó a Provias el cambio de Director de Proyecto.

11.15 Ahora bien, es preciso remitirnos a la Cláusula Décimo Segunda del Contrato que establece:

9) *"EL SUPERVISOR, para LA SUPERVISIÓN DE OBRA 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 considerar un evento como caso fortuito o fuerza mayor deberá analizarse cada caso en concreto, el cual deberá cumplir los tres requisitos de manera concurrente (Extraordinario, Imprevisible e Irresistible) debidamente comprobados. Dicho análisis y eventual aprobación deberá ser (sic) efectuado por el Administrador del Contrato.*

*Para este efecto, EL SUPERVISOR deberá proponer el cambio de personal a PROVIAS NACIONAL con diez (10) días calendario de*

*anticipación, el mismo que debe cumplir por lo menos con las calificaciones profesionales establecidas en las Bases Integradas del Concurso Público, a fin de obtener la aprobación correspondiente. Los diez (10) días de anticipación solicitados para el cambio de profesionales serán computados después de producidas las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito”.*

11.16 Teniendo en cuenta la norma antes expuesta, este Colegiado considera pertinente verificar si el cambio de Director de Proyecto ha cumplido con los requisitos formales que para tal efecto se dispone.

11.17 En relación a lo señalado precedentemente, conviene distinguir el caso fortuito (*act of God*) de la fuerza mayor (*hechos del hombre*), incluso, dentro de este último, al *factum principis*, entendido como “el conjunto de actos y decisiones de las Administraciones Públicas o, en general, de los Poderes Públicos, que son de necesaria observancia y que introducen un impedimento en la prestación”<sup>3</sup>. Destacando que la doctrina más reciente considera por demás superada la distinción entre fortuito y fuerza mayor<sup>4</sup>, mientras se va afirmando la tendencia a diferenciar el caso fortuito de la causa no imputable<sup>5</sup>. Se entiende que el primero debe considerarse como un límite de responsabilidad “agravado” respecto a aquel expresado en términos de “causa no imputable”<sup>6</sup>. En efecto, esta última expresa un concepto de carácter prevalecientemente subjetivo, mientras el caso

<sup>3</sup> Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, 591.

<sup>4</sup> Considerada respecto al caso fortuito como una mera variación terminológica (Gastone COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955, 218).

<sup>5</sup> Guido ALPA, en *Giurisprudenza di diritto privato*, I, Giappichelli, Torino, 1991, 382.

<sup>6</sup> Francesco REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., II, UTET, Torino, 1988, 255. En este sentido, Antonio CASTANA, cuando afirma que: “la simple “causa no imputable”, no exime al deudor de responsabilidad en las hipótesis en las cuales la norma prevea expresamente como eximente el “caso fortuito” (Caso fortuito e cassette di sicurezza, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, Milano 1986, 103).

fortuito, comporta una valoración de tipo objetivo, o sea extraña al deudor, "refiriéndose a un evento que proviene generalmente, *del exterior* de la persona del deudor y de su organización económica (hacienda)"<sup>7</sup>. Esta última cuestión, de otro lado, ha sido contestada por una parte de la doctrina que atribuye también al fortuito un carácter subjetivo<sup>8</sup>. Para un sector de la doctrina que entiende objetivamente el caso fortuito, subsume en este concepto a la fuerza mayor, al hecho del tercero y a la culpa de la víctima<sup>9</sup>. Dentro de esta línea de pensamiento, frente a quien consideraba como *absoluta* la objetiva imposibilidad de la prestación (vale decir, que ninguna fuerza humana pueda vencerla), "la orientación predominante, si bien conviene en la objetividad, sostiene que la imposibilidad es siempre *relativa*"<sup>10</sup>.

11.18 Así, la jurisprudencia italiana, al delimitar las notas características del caso fortuito, se ha referido a los requisitos de inevitabilidad del hecho<sup>11</sup>,

<sup>7</sup> Antonio CASTANA, *op. cit.*, 101. En este sentido se considera que la causa no imputable, respecto del caso fortuito tiene "un significado menos riguroso y más amplio y, por decir así, menos fatalista" (Guido ALPA, *Responsabilidad Civil y Daño, Lineamientos y cuestiones*, traducción a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, 2001, 334).

<sup>8</sup> En la elaboración doctrinal anterior al código civil italiano de 1942, Nicolò COVIELLO defendía la concepción subjetiva y Vittorio POLACCO y Cesare VIVANTE aquella objetiva. La tesis subjetiva tuvo más fortuna bajo el código abrogado, la cual era debido a su difusión entre los comercialistas. Giuseppe OSTI, diferenciaba entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva y se percibe en el actual código civil su influencia. En este contexto: "La tendencia dominante era en el sentido de identificar el caso fortuito con la falta de culpa, pero también de considerar esencial en la elaboración de la teoría de caso fortuito, como causa liberatoria, el elemento objetivo de la imposibilidad de la prestación" (Giovanna VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, Artt. 1218-1222*, en *Il Codice Civile. Comentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1987, 89).

<sup>9</sup> Cesare SALVI, voz *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1231.

<sup>10</sup> Gastón FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser LEÓN HILARIO, *Caso fortuito o fuerza mayor*, Comentario al art. 1315 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 883-884. Los autores agregan que "el valor de esta toma de posición se ve, sin mayor problema, no sólo en la imprescindible consideración del tipo de actividad del deudor, sino en las pautas a seguir en el análisis de las características que debe poseer la causa no imputable, a fin de producir el efecto liberatorio de responsabilidad" (*cit.*, 884).

<sup>11</sup> Así, CAS., 29.03.76, n. 1129, en *BBTC*, 1976, II, 173; CAS., 27.07.76, n. 2981, en *NGCC*, 1976, I, 1756; TRIB. ROMA, 15.02.78, en *BBTC*, 1978, II, 454, TRIB. ROMA, 27.01.82, en *Giur. it.*, 1982, I, 2, 586.

irresistibilidad<sup>12</sup>, imprevisibilidad<sup>13</sup> y extraordinariedad o excepcionalidad del hecho<sup>14</sup>. Sin embargo, se ha observado que “no es más característica connotante del fortuito el requisito de la impredecibilidad, porque pueden darse eventos predecibles absolutamente inevitables”<sup>15</sup> y, además, que la jurisprudencia se dirige hacia una concepción objetiva y absoluta del caso fortuito<sup>16</sup>.

11.19 En relación a ello, en materia contractual “cuando, por una causa no imputable al deudor, sobrevenga un impedimento no superable con los medios que se desprenden de la obligación, la prueba liberatoria consiste en la demostración del exceso sobrevenido del fin respecto a los medios, ya no en la demostración de haber cumplido (infructuosamente) la medida de esfuerzo requerida por el contrato, así es que, el deudor haya o no conformado su comportamiento a tal medida podrá ser relevante en el plano probatorio; pero es del todo indiferente en el plano sustancial”<sup>17</sup>.

7 11.20 Entonces, admitido que el caso fortuito es sinónimo de la fuerza mayor y que éste debe ser entendido de manera objetiva, se le debe delimitar conceptualmente dentro del concepto de “causa no imputable”, siendo que el artículo 1315 del Código Civil establece que:

*“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la*

<sup>12</sup> CAS., 27.07.76, n. 2981, en *Giust. Civ.*, 1976, I, 1756, aunque equivocadamente con referencia a eventos extraordinarios y excepcionales (Marco SEPE, *Incidenza del “fortuito” nei contratti di cassetta di sicurezza*, en *BBTC*, 1991, II, 773) y AP. ROMA, 07.10.80, en *BBTC*, 1980, II, 477.

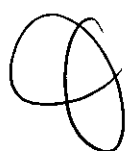
<sup>13</sup> TRIB. ROMA, 27.01.82, *cit.*; AP. FIRENZE, 16.11.71, *cit.*; CAS., 27.07.76, n. 2981, *cit.*

<sup>14</sup> TRIB. MILANO, 19.03.78, en *BBTC*, II, 454.

<sup>15</sup> Guido ALPA, *op. cit.*, quien da como ejemplo la sobrevenida de una catástrofe anunciada por el observatorio meteorológico.

<sup>16</sup> Guido ALPA, *op. cit.* En esta línea de pensamiento Giovanna VISINTINI, cuando afirma que “el excesivo favor por la posición deudora expresada en las teorías subjetivistas choca contra el sistema legislativo y contra las tendencias de las sociedades evolucionadas y, por consiguiente, de los mercados evolucionados y racionales” (*op. cit.*, 135).

<sup>17</sup> Luigi MENGONI, voz *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1083.





*ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" (el subrayado es mío).*

11.21 Es importante precisar que "el caso fortuito (y la fuerza mayor) no tienen, naturalmente, fuerza liberatoria cuando hayan sido provocados o facilitados por un comportamiento culposo o doloso del deudor (o de las personas por las cuales éste debe responder)"<sup>18</sup>. Por lo que, a actividades económicas se refiere, se entiende por caso fortuito "al evento extraño al riesgo creado y económicamente administrable"<sup>19</sup>. En efecto, "la excepcionalidad del curso causal es relevante sólo cuando se derive un accidente dañoso de dimensiones desproporcionadas al riesgo típico de la actividad que es fuente de la responsabilidad objetiva"<sup>20</sup>.

11.22 De lo desarrollado precedentemente, este Tribunal Arbitral advierte que la situación de enfermedad del Ing. Carlos Núñez Barriga configura un supuesto de fuerza mayor pues cumple con los requisitos a los que se hace referencia en la décima segunda cláusula del contrato, es decir, que el hecho sea extraordinario, imprevisible e irresistible.

11.23 En atención a lo señalado anteriormente, este Colegiado considera adecuado analizar si es que los descuentos aplicados por la Entidad en las Valorizaciones No. 09, 10 y 11 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04, 05 y 06 de la Etapa de Supervisión de Obra), correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015 son correctos, es preciso remitirnos a las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato:

<sup>18</sup> Gastone COTTINO, voz *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, en *Enciclopedia del Diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 387-388.

<sup>19</sup> Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 146.

<sup>20</sup> Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*, 147.

**“CLÁUSULA QUINTA: PAGO DEL CONTRATO**

5.1 Todos los pagos que **PROVIAS NACIONAL** deba realizar a favor de **EL SUPERVISOR** por **LA SUPERVISION DE OBRA** materia del presente Contrato, se efectuarán después de ejecutada **LA SUPERVISION DE OBRA**; y será de acuerdo a lo indicado en el Capítulo III – Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, Numeral 17., Forma de Pago , y Numeral 3.10 pago, Capítulo III del Contrato, Sección General de las Bases integradas del concurso Público, y de conformidad con lo establecido en los artículos 180° y 181° de EL REGLAMENTO (...)

**CLÁUSULA SEXTA: REAJUSTES**

6.1 Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 49° del Reglamento y numeral 2.12. Reajustes de Precios, Capítulo II, Sección Específica de las Bases Integradas, las valorizaciones del componente en moneda nacional que presente **LA SUPERVISIÓN DE OBRA** se reajustarán de acuerdo a la fórmula siguiente

$$Pr = [Po \times (Ir/Io)] - [(A/C) \times Po \times (Ir - Ia)/(Ia)] - [(A/C) \times Po]$$

Donde:

**Pr** = Monto de la Valorización reajustada

**Po** = Monto de la Valorización correspondiente al mes de servicio, a precios del mes del valor referencial

**Ir** = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha de Valorización.

**Io** = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha del valor referencial.

**Ia** = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha del pago de adelanto.

**A** = Adelanto en efectivo entregado

**C** = Monto del Contrato Principal (...)



11.24 Adicionalmente, el numeral 17 de los Términos de Referencia (TDR) establece que:

***“NUMERAL 17 FORMA DE PAGO, DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA:***

*Los pagos se efectuarán mediante valorizaciones mensuales en armadas mensuales concordantes con el plazo de supervisión de obra, de acuerdo al monto que resulte de descontar al monto total de la Propuesta Económica, el monto correspondiente a la Etapa de Liquidación de Contratos de Obra y Supervisión, en concordancia con lo señalado en los presentes Términos de Referencia.*

*El monto de los servicios será cancelado como sigue:*

*-Por la valorización mensual que corresponda, sobre la base de los servicios debidamente evidenciados en la Supervisión de la ejecución de la obra, y en conformidad con la Propuesta Técnica y Económica con que se otorgó la Buena Pro.*

*Las valorizaciones de EL SUPERVISOR serán respaldadas por la presentación oportuna de los informes mensuales y fichas quincenales, correspondientes a los meses valorizados.*

*-A la aprobación del Informe Final, Revisión de la Liquidación de Obra y Liquidación del Contrato dentro de los plazos establecidos en las Bases y el Contrato (Etapa de Liquidación)”*

11.25 De las normas antes citadas, se desprende que se efectuará el pago de las valorizaciones en base a los servicios evidenciados en la Supervisión, contrario sensu, y conforme se ha desarrollado precedentemente, correspondería que la Entidad haya realizado el reajuste del pago de las Valorizaciones Ns° 9 y 10, pues como que ha quedado acreditado, el Director de Proyectos, Ing. Núñez no cumplió con

sus obligaciones contractuales en el periodo comprendido desde 24 de marzo hasta el 29 de abril de 2015, máxime si del acervo probatorio del expediente no se puede advertir que la ausencia de dicho profesional haya sido justificada ni comunicada a la Entidad.

11.26 Sin embargo, en relación a la Valorización N° 11 es preciso señalar que con fecha 30 de abril de 2015, el Consorcio comunicó la ausencia del Director de Proyectos, por lo que, propuso al Ing. Jesús Castillo Vega Centeno para ocupar dicho puesto, ante ello, la Entidad manifestó su aceptación a dicha propuesta mediante Carta N° 697-2015-MTC/20.5 de fecha 8 de mayo de 2015.

11.27 En consecuencia, este Colegiado advierte que con fecha 30 de abril de 2015, la Entidad tomó conocimiento de la ausencia del Director de Proyectos, incluso manifestó su aceptación a la propuesta formulada por el Consorcio, de lo que se colige que la ausencia del Director, a partir de dicha fecha, fue debidamente justificada, pues cumplía con los supuestos contemplados para causas de fuerza mayor, en consecuencia, no correspondería se aplique al Consorcio el reajuste en la Valorización N° 11.

11.28 Consecuentemente a lo señalado, resulta adecuado revisar si es que el reajuste aplicado por la Entidad corresponda a los días que el Director de Proyectos no cumplió con sus funciones:

- **Respecto a la Valorización N° 9 (Valorización No. 04 de la Etapa de Supervisión de Obra):** La aplicación del descuento por los 8 días por remuneración y viáticos del Director de Proyectos realizado por la Entidad correspondiente al mes de marzo de 2015 es correcta.

- **Respecto a la Valorización N° 10 (Valorización No. 05 de la Etapa de Supervisión de Obra)**: La aplicación del descuento por los 30 días por remuneración y viáticos del Director de Proyectos realizado por la Entidad correspondiente al mes de abril de 2015 es correcta.
- **Respecto a la Valorización N° 11 (Valorización No. 06 de la Etapa de Supervisión de Obra)**: La aplicación del descuento por los 8 días por remuneración y viáticos del Director de Proyectos realizado por la Entidad correspondiente al mes de mayo de 2015 es incorrecta, por los argumentos descritos en el numeral 11.26, por lo que, correspondería a este Colegiado ordenar a la Entidad devuelva al Consorcio el monto de S/. 17,665.76.

11.29 En base a las consideraciones efectuadas, cada una de las cuales por sí mismas es suficiente para llegar a la misma conclusión, este Tribunal Arbitral considera que el reajuste del pago de las Valorizaciones Ns° 9 y 10 es correcto, por lo tanto la **primera pretensión** de la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**, y en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto los recálculos realizados por la Entidad en las mencionadas valorizaciones. En consecuencia a lo dispuesto, sobre la pretensión accesoria y la subordinada a la primera pretensión carecía de objeto pronunciarse al respecto. En esa misma línea, este Colegiado considera que el reajuste aplicado al pago de la Valorización Ns° 11 es incorrecto, por lo tanto, la **segunda pretensión** de la demanda así como su pretensión accesoria deben ser declaradas **FUNDADAS**, y en consecuencia, corresponde dejar sin efecto el recalcu realizado por la Entidad, ordenándose a ésta devuelva al Consorcio el monto de S/. 17,665.76. Además, en relación a la pretensión subordinada a la segunda pretensión carecía de objeto pronunciarse al respecto.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades del 10% de los montos de las Valorizaciones No. 09, 10 y 11 de la Supervisión (Valorizaciones No. 04, 05 y 06 de la Etapa de Supervisión de Obra) indebidamente aplicadas, correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015, ascendentes a la sumas de S/. 370,628.88 (Valorizaciones 09 y 10: Trecientos setenta mil seiscientos veintiocho y 88/100 Soles) y S/. 190,811.57 (Ciento noventa mil ochocientos once y 57/100 Soles).

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Determinar si corresponde o no declarar, como lógica consecuencia, que se devuelva el monto que se descontó al Consorcio por la aplicación de las penalidades descritas precedentemente.

11.30 En el marco de las pretensiones materia de análisis, este Colegiado advierte que es relevante determinar, a efectos de llegar a una conclusión concreta respecto a cada una de las materias sometidas a análisis, si existió o no incumplimiento de parte del Contratista que sea pasible de imposición de penalidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. En este análisis, este Colegiado evaluará las posiciones vertidas por ambas partes, por un lado la del Contratista que señala una aplicación incorrecta de la penalidad por parte de la Entidad; y el de la Entidad, quien afirma que la imposición de la penalidad se de conformidad con el artículo 166º del Reglamento.

11.31 Al respecto, es oportuno señalar que la penalidad puede definirse *"como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el*

*deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.*<sup>21</sup>

11.32 A ello, se debe tener en cuenta que la penalidad, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

11.33 En dicho contexto, se tiene que las penalidades son, por tanto, una técnica jurídica que se aplica sólo cuando existe una ejecución defectuosa y/o una ejecución con demora del contrato. Estas técnicas otorgan facultades a la Entidad en la fase de ejecución del contrato y no tiene 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.

11.34 Así pues, las penalidades que suelen aplicar las entidades al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

11.35 Luego de haber definido el marco teórico de las penalidades, y a fin de dilucidar la presente controversia es preciso remitirnos a la Cláusula Vigésima del Contrato, la misma que establece lo siguiente:

<sup>21</sup> Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE. *Obligaciones con Cláusula Penal*, Lima, 2013.

**CLAUSULA VIGESIMA: OTRAS PENALIDADES**

- 20.1 Procede igualmente la aplicación de penalidades distintas a las mencionadas en el artículo 165° de **EL REGLAMENTO**, las cuales se establecen en la presente Contrato y las Bases Integradas del Concurso Público y Numerales 23 y 24 de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, de conformidad a lo estipulado en el artículo 166° de **EL REGLAMENTO**.
- 20.2 Si **PROVIAS NACIONAL** observara cualquier partida de una valorización, esta será absuelta y regularizada en la Valorización siguiente, caso contrario se aplicará una penalidad del 1% del monto del presente Contrato.
- 20.3 Se aplicará una penalidad del 2.0% del presente Contrato original, por los siguientes conceptos:
- 20.3.1 Por valorizar sin ceñirse a las bases de pago (como por ejemplo: valorizar obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada; valorizar obras adicionales sin haber obtenido la aprobación de **PROVIAS NACIONAL**; por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre - valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionen pagos indebidos o no encuadrados en las disposiciones vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder; si **EL SUPERVISOR** no hiciera las deducciones o descuentos oportunamente, en las valorizaciones de **EL CONTRATISTA EJECUTOR DE OBRA**, con la finalidad de que al término de **LA OBRA** no exista o se reduzca el saldo a favor de **PROVIAS NACIONAL**; entre otros supuestos según la normativa de contrataciones vigente.
- 20.3.2 Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de Obra y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que **EL CONTRATISTA EJECUTOR DE OBRA** efectúe la señalización que **LA OBRA** requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.
- 20.5 Las penalidades por todos los conceptos (Cláusulas Décimo Sexta y Vigésima) serán aplicadas hasta un máximo equivalente al Diez por ciento (10% para cada caso) del monto del presente contrato Vigente. Si **EL SUPERVISOR** supera el porcentaje máximo indicado, se podrá resolver el presente Contrato; además se comunicará al tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a fin que imponga la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva, según sea el caso, igualmente en este caso se ejecutará la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del presente Contrato.
- 20.6 En caso que **EL SUPERVISOR** no contara con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de **LA OBRA** se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.
- 20.7 De verificarse que durante **LA SUPERVISIÓN DE OBRA**, **EL SUPERVISOR** presta servicios con personal profesional distinto al ofertado en su propuesta, sin que este hecho haya sido previamente autorizado por **PROVIAS NACIONAL** se le aplicará una penalidad equivalente al 10% del saldo a pagar a dicho personal.
- 20.8 Los cambios de personal profesional de **EL SUPERVISOR** por pedido expreso de **PROVIAS NACIONAL** que tengan origen en un desempeño deficiente, negligente o insuficiente del personal profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, tendrá una penalidad del 10% del saldo a pagar a dicho personal.

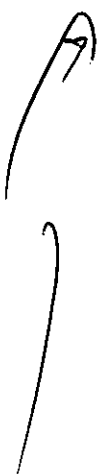


11.36 Como es de verse el contrato estableció las causas que constituían otras penalidades, determinándose claramente el monto por la aplicación en cada caso.

11.37 En ese contexto, este Colegiado considera necesario remitirse al artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

***“Artículo 166.- 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”. (El resaltado es nuestro)*



11.38 De lo señalado precedentemente, resulta necesario evaluar si es que la Entidad observó los parámetros establecidos en la norma aplicable al presente caso, es así que, si evaluamos (i) la objetividad tenemos que la Entidad estableció, de manera clara y precisa, las causas de incumplimiento y cuál sería el porcentaje de cada penalidad; (ii) respecto a la razonabilidad tenemos que los montos establecidos resultan ser razonables y evaluados en función a la gravedad del incumplimiento; y, (iii) sobre la congruencia, es justificado el hecho que se penalicen los incumplimientos descritos en la vigésima cláusula del contrato ya que resulta estar relacionada con el objeto contractual.

11.39 En relación a ello, el numeral 20.6 de la Cláusula Vigésima del Contrato tiene como premisa que para la aplicación de la penalidad equivalente al 10% de la valorización del mes en el que se detecta la

falta, el Supervisor no debe contar con los recursos (personal y equipo) ofertados.

11.40 Ahora bien, estando a que, previamente, este Tribunal Arbitral concluyó que la situación de enfermedad del Ing. Carlos Núñez Barriga configura un supuesto de fuerza mayor pues cumple con los requisitos a los que se hace referencia en la décima segunda cláusula del contrato, no obstante, existe discusión respecto del día inicial en el cual se debe computar dicho supuesto, y con ello, establecer si es que las penalidades aplicadas a las Valorizaciones Ns° 9, 10 y 11 fueron correctamente aplicadas.

11.41 Así las cosas, es conveniente remitirse a las posiciones de las partes, quienes admiten que:

- a) El ingeniero Carlos Félix Núñez Barriga, quien se desempeñaba en el cargo de Director del Proyecto, fue internado en el servicio de neurocirugía desde el 24 de marzo de 2015.
- b) A dicho profesional se le otorgó, inicialmente, descanso médico desde el 24 de marzo de 2015 hasta el 22 de abril de 2015, luego de lo cual, se prorrogó hasta el 09 de mayo de 2015.
- c) En ese contexto, con Carta N° GG.141400.010.15 presentada ante la Entidad el 30 de abril de 2015, el Consorcio solicitó el cambio de Director de Proyecto.

11.42 Del análisis realizado, este Colegiado no comparte la interpretación del Consorcio en relación al cómputo del plazo de los diez (10) días de anticipación de producidas las circunstancias de fuerza mayor, siendo

que dicha parte afirma que el mencionado plazo se debería computar en cualquier momento del descanso médico. Adicionalmente, tampoco comparte la posición que sostiene que se tendría que esperar un diagnóstico final, pues por el tipo de enfermedad era evidente que el proyecto requeriría de un nuevo Director.

11.43 En esa misma línea, se tiene que las partes contractuales están obligadas a deberes recíprocos de protección, fundados en la buena fe y en la corrección, en fuerza de los cuales cada uno debe, en la ejecución de la prestación, asegurar que al personal y bienes del otro no sufran daños. Estos deberes tienen una ubicación autónoma en la estructura de la obligación y no son instrumentales a la ejecución de la prestación principal; pero tienen la finalidad de proteger las personas y los bienes de las partes de peligros de daño vinculados con tal ejecución; su existencia, entonces, hace que la obligación tenga una estructura compleja en la cual éstos se colocan *junto*, y no *dentro* de la obligación principal de prestación<sup>22</sup>. De tal manera que, en todo contrato, podemos individualizar:

- i. La obligación principal.
- ii. El deber de protección (fundado en la buena fe objetiva) que se traduce en un comportamiento dirigido a no lesionar ni a la persona ni al patrimonio de la contraparte.

En este sentido, la doctrina argentina afirma que “ambos sujetos - acreedor y deudor- deberán cooperar para que se logre el fin perseguido (cumplimiento de la prestación); al orden jurídico le interesa que se haga

<sup>22</sup> Francesco VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”, Europa e diritto privato*, No. 1, Giuffrè, Milano, 2014, 109.

efectiva la colaboración entre los sujetos”<sup>23</sup>. Ello se traduce en un “deber secundario de conducta”, en el cual “tengan que colaborar el uno con el otro, poniendo cada uno de su parte los medios necesarios para que pueda ejecutarse debidamente y en tiempo la prestación debida”<sup>24</sup>. Por esto, se sostiene que, “la actuación de la relación obligatoria, a través de la cual se logra la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la asunción, por ambas partes, de los comportamientos que les corresponden a sus respectivas situaciones jurídicas”<sup>25</sup>.

11.44 En esa misma línea, el artículo 1362 del Código Civil norma que:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. (*El subrayado es nuestro*)

11.45 En relación a lo señalado precedentemente, este Tribunal Arbitral considera que, en atención al deber de buena fe, el Consorcio debió informar, inmediatamente, a la Entidad sobre la inasistencia del Director de Proyectos, por causas de fuerza mayor, verificándose que únicamente fue el propio Ing. Núñez Barriga quien informó a la Entidad sobre su descanso médico, cuya fecha de inicio fue el 24 de marzo de 2015. Siendo que el Consorcio recién con fecha 30 de abril de 2015 propuso el cambio de dicho profesional.


<sup>23</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La mora en el Derecho Peruano, Argentino y Comparado*, Tabla XIII, Trujillo, 2006, 46.

<sup>24</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *op. cit.*, 47.

<sup>25</sup> Luciano BARCHI VELAUCHAGA, *¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones, Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, dirigido por Freddy ESCOBAR ROZAS, Leysser LEON, Rómulo MORALES HERVIAS y Eric PALACIOS MARTINEZ, Editorial Grijley, Lima, 2004, 643.

11.46 De lo mencionado anteriormente, este Colegiado concluye que se tendría que aplicar penalidad desde el período que comprendido desde el 24 de marzo de 2015 hasta el 29 de abril de 2015, lapso en el cual el Consorcio no comunicó a la Entidad la ausencia del Director de Proyectos, caso distinto ocurre desde el 30 de abril de 2015, periodo en el que opera la situación de caso fortuito o de fuerza mayor, por lo que no correspondería el cobro de penalidad alguna.

11.47 Pues, adviértase que al referirnos a la buena fe se hace alusión a la dimensión objetiva que implica el llamado deber de lealtad o corrección que se materializa, en el caso específico, en la necesidad jurídica de que el comportamiento de los sujetos sea coherente con el que han venido observando en el pasado. Asimismo, lo entiende Díez-Picazo:



*“Una de las consecuencias del deber de obrar en Buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de Buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y protección de la confianza”*

11.48 Así las cosas, corresponde evaluar si al momento de penalizar las Valorizaciones Ns° 9, 10 y 11 impuestas por la Entidad:

#### **RESPECTO A LA VALORIZACIÓN N° 9**

11.48.1 En relación a esta valorización, se advierte que en el mes de marzo de 2015 correspondería se aplique una penalidad equivalente al 10% de la Valorización N° 9, es decir, por el monto de S/. 190,843.57<sup>26</sup>.

### **RESPECTO A LA VALORIZACIÓN N° 10**

11.48.2 En relación a esta valorización, se advierte que en el mes de abril de 2015 correspondería se aplique una penalidad equivalente al 10% de la Valorización N° 10, es decir, por el monto de S/. 179,785.30<sup>27</sup>.

### **RESPECTO A LA VALORIZACIÓN N° 11**

11.48.3 En relación a esta valorización, se advierte que en el mes de mayo de 2015 no correspondería se aplique una penalidad alguna, por lo que corresponde, ordenar a la Entidad devuelva el monto de S/. 190,811.57<sup>28</sup>.

11.49 Ahora bien, en base a lo señalado en la Opinión N° 0020-2014/DTN, debe tenerse presente que las penalidades a las que la Entidad se refiere como "*otras penalidades*" tienen la misma finalidad que la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*"; de ahí que las "*otras penalidades*" puedan ser deducidas por la Entidad de los pagos a cuenta; pues solo así podrán cumplir con su finalidad, entendiéndose que éstas son de aplicación automática, pues la Entidad tiene la potestad de imponer penalidades en tanto verifique que existe un incumplimiento de las obligaciones del Consorcio, siendo que en el presente caso, como se ha

<sup>26</sup> Este cálculo se ha realizado de acuerdo a la información contenida en los Informes N° 0073-2015-MTC/20.5.LBR que obran en el presente expediente arbitral.

<sup>27</sup> Este cálculo se ha realizado de acuerdo a la información contenida en los Informes N° 0073-2015-MTC/20.5.LBR que obran en el presente expediente arbitral.

<sup>28</sup> Este cálculo se ha realizado de acuerdo a la información contenida en los Informes N° 0091-2015-MTC/20.5.LBR que obran en el presente expediente arbitral.

podido verificar de los documentos presentados por las partes y de lo manifestado por las mismas, se consideró la imposición de penalidades, así como una incorrecta aplicación de las mismas efectuándose dentro del marco fáctico y legal.

11.50 Por las razones expuestas, cada una de las cuales por sí mismas es suficiente para llegar a la misma conclusión, este Tribunal Arbitral considera que corresponde aplicar penalidades de los montos de las Valorizaciones Ns° 9 y 10, sin embargo, no correspondería se aplique ninguna penalidad en relación al monto de la Valorización N° 11, por lo tanto la **tercera pretensión** de la demanda debe ser declarada **FUNDADA**, parcialmente, y en consecuencia, corresponderá que la Entidad devuelva el monto de S/. 190,811.57.

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** El Tribunal Arbitral ordene a **PROVIAS** el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral iniciado por **EL CONSORCIO**.

11.51 Sobre este punto, es necesario tener presente lo indicado en el artículo 104° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el cual 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 de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje"*.

11.52 Al respecto, en vista que en el presente arbitraje ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, así como que debían defender

sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas por sostener posiciones manifiestamente opuestas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos

que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y de la Secretaría Arbitral, así como los gastos procedimentales del Centro), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

11.53 En consecuencia, este Colegiado dispone entonces, que ambas partes, asuman en partes iguales los gastos arbitrales, costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

## **XII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión demandada y; en consecuencia, debidamente justificado el reajuste del pago de las Valorizaciones N° 9, 10 correspondiente al mes de marzo y abril de 2015, ascendente a la suma de S/. 83,152.18.

**SEGUNDO:** **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la pretensión accesorio de la primera pretensión principal.



**TERCERO:** CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesorio de la subordinada a la primera pretensión principal.

**CUARTO:** Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión demandada y; en consecuencia, corresponde dejar sin efecto el recalcule del pago de la Valorización N° 11 correspondiente al mes de mayo de 2015.

**QUINTO:** Declarar **FUNDADA** la pretensión accesorio a la segunda pretensión demandada y; en consecuencia, **ORDENAR** a Provías Nacional devuelva el monto de S/.17,665.76 por concepto del pago de la Valorización N° 11.

**SEXTO:** CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal y a la pretensión accesorio de la subordinada a la segunda pretensión principal.

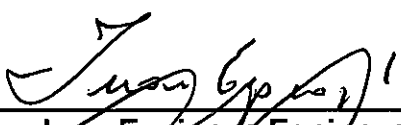
**SÉPTIMO:** Declarar **FUNDADA**, parcialmente, la tercera pretensión demandada y; en consecuencia, corresponde aplicar penalidades a los montos de las Valorizaciones N° 9 y 10, ascendiente a la suma de S/. 370,628.87, sin embargo, no corresponderá aplicar penalidad en relación al monto de la Valorización N° 11.

**OCTAVO:** Declarar **FUNDADA**, parcialmente, la pretensión accesorio a la tercera pretensión demandada y; en consecuencia, **ORDENAR** que Provías Nacional devuelva el monto de S/. 190,811.57 por el cobro de la imposición incorrecta de penalidad correspondiente al monto de la Valorización N° 11.

**NOVENO:** **ORDENAR** que cada una de las partes asuma los gastos arbitrales, las costas y cotos costos arbitrales generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

**DÉCIMO: NOTIFICAR** el presente laudo a través del SEACE.

Notifíquese a las partes.

  
\_\_\_\_\_  
**Juan Espinoza Espinoza**  
**Presidente del Tribunal Arbitral**  
\_\_\_\_\_  
**Claudia Tatiana Sotomayor Torres**  
**Árbitro**  
\_\_\_\_\_  
**Daniel Triveño Daza**  
**Árbitro**

Exp. N° 748-152-15

Consortio Viaducto Gambetta – Provias Nacional

Resolución N° 21

Lima, 3 de enero de 2017

**VISTOS:** el escrito presentado por Provias Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Provias Nacional) el 08 de noviembre de 2016; y el escrito presentado por el Consortio Viaducto Gambetta (en adelante, el Consortio) el 01 de diciembre de 2016

**ANTECEDENTES:**

1. Que, con fecha 25 de octubre de 2016 se notificó a ambas partes la Resolución N° 17, la cual contiene el laudo arbitral emitido en unanimidad en el presente proceso.
2. Que, conforme al numeral 42) del Acta de Instalación, el 08 de noviembre de 2016, Provias Nacional presenta su solicitud de interpretación de laudo, señalando lo siguiente:
  - a. No existe conexión lógica entre lo contemplado en el primer párrafo de la cláusula décimo segunda del Contrato con la conclusión arribada en el considerando 11.27 del laudo, por la cual el Tribunal Arbitral declaró fundada la segunda pretensión del demandante referida a dejar sin efecto el recalcule del pago de la Valorización N° 11 correspondiente al mes de mayo de 2015.
  - b. Provias Nacional señala que el párrafo 11.15 del laudo dispone que el cambio de personal calificado especificado en la Propuesta técnica será permitido por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, lo cual es aplicable a efectos del análisis de la aplicación de penalidades, referida en este caso al hecho de no contar en obra con todos los recursos ofertados, mas no respecto al cálculo de las Valorizaciones mensuales.
  - c. Es así que el artículo 1315° del Código Civil dispone respecto del caso fortuito o fuerza mayor que éstas solo liberan de responsabilidad al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, más no generan derecho alguno a que se le pague por una obligación no realizada.
  - d. Provias Nacional señala que el Tribunal Arbitral en el considerando 11.25 del Laudo concluye que el pago de las valorizaciones se efectuará en base a los servicios evidenciados de la Supervisión; sin embargo, resulta contradictorio que en el considerando 11.27 del laudo se señale que no corresponde el descuento de la Valorización N°11 por la ausencia del Director (del 30 de abril al 08 de mayo de 2015).
  - e. Al respecto, Provias Nacional refiere que independientemente de si el supuesto de ausencia del profesional generaba una penalidad o no (por una supuesta exoneración por caso fortuito o fuerza mayor), la valorización debía pagarse de acuerdo a los servicios debidamente

evidenciados, por lo que si el Director del Proyecto estuvo ausente no podría pagar el total de la valorización sino que debería hacerse el descuento equivalente a la remuneración del profesional por los días en que estuvo ausente.

- f. Provías Nacional señala que al 30 de abril de 2016 el estado del Director de Proyectos, Ingeniero Carlos Núñez Barriga, no correspondía a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, pues el Consorcio debió informar inmediatamente a la Entidad sobre la inasistencia del mismo por causas de fuerza mayor; sin embargo, señala que fue el propio Ingeniero quien informó a la Entidad sobre su descanso médico, cuya fecha de inicio fue el 24 de marzo de 2015, siendo que el Consorcio recién informó de este hecho a la Entidad con fecha 30 de abril de 2015.
- g. Así pues, Provías Nacional señala que el 24 de marzo debe considerarse como el inicio de las circunstancias de fuerza mayor y que, por lo tanto, los diez días establecidos en el Contrato (a fin de que el Supervisor proponga a Provías Nacional el cambio de profesionales, los cuales deben ser contados después de producidas las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito) fueron largamente superados, pues la solicitud de cambio de profesional fue efectuada el 30 de abril de 2016.
- h. En ese sentido, Provías Nacional refiere que la decisión del Colegiado en el Quinto punto resolutivo, el cual ordena a Provías Nacional devolver el monto de S/. 17,665.76 por concepto del pago de la Valorización N° 11, es cuestionable.
- i. Finalmente, Provías Nacional precisa que no ha negado la ocurrencia de un caso de fuerza mayor en el caso del Ingeniero Carlos Núñez Barriga; sin embargo, señala que la Supervisión no ha sido diligente al omitir comunicar la ausencia del Jefe de Proyecto (programada con antelación), situación que debió ser advertida apenas ocurrió el hecho generador.
3. Mediante la Resolución N° 19, notificada el 15 de noviembre de 2016 a ambas partes, se corrió traslado al Consorcio de la solicitud contra laudo interpuesta por Provías Nacional, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles manifieste lo pertinente a su derecho, de conformidad con el artículo 69° del Reglamento del Centro de Arbitraje PUCP.
4. Mediante el escrito presentado el 01 de diciembre de 2016, el Consorcio absuelve el traslado manifestando lo siguiente:
- a. Provías Nacional no está solicitando la aclaración del laudo emitido por el Tribunal, sino que, por el contrario, está planteando nuevamente sus fundamentos.
- b. Asimismo, sostiene que Provías Nacional plantea un nuevo fundamento al referirse al artículo 1315° del Código Civil respecto al caso fortuito o fuerza mayor.

- c. El Consorcio señala que pese a que las circunstancias de fuerza mayor no terminaban de producirse, por estar el Director de Proyecto internado en la clínica, comunicó hasta en dos oportunidades a Provías Nacional el estado del referido profesional, lo cual justifica su ausencia, por lo que no habría empezado a computar el plazo de los diez días calendario.
- d. El Consorcio concluye que a pesar de no compartir completamente el criterio del Tribunal al emitir el laudo, la solicitud de interpretación, debe referirse exclusivamente, cuando medie algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución, lo cual no ha sido así.
5. Habiendo ambas partes manifestado lo pertinente a su derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la solicitud de interpretación formulado por Provías Nacional.

**CONSIDERANDOS:****RECTIFICACION, INTERPRETACION E INTEGRACION DE LAUDO:**

1. Que, en lo que concierne a la interpretación; como bien afirma el profesor Roque Caivano, a partir del derecho comparado y teniendo en cuenta la más destacada doctrina en materia de arbitraje, *el laudo es el acto con el que concluye la intervención de los árbitros. Su emisión implica dejar agotado su cometido y su jurisdicción. Como consecuencia de esto, los árbitros mismos quedan sujetos a lo que resolvieron en el laudo arbitral.*<sup>1</sup>
2. Que, adicionalmente y para mayor claridad, es pertinente citar lo expresado por el profesor Fernando Vidal Ramírez<sup>2</sup>, respecto de la anterior Ley de Arbitraje, que se refería a la solicitud de interpretación como una de aclaración, lo que no afecta a la naturaleza interpretativa del recurso, tal como lo entendemos en la actualidad:

*"Notificadas las partes, éstas tienen derecho de solicitar la aclaración, la corrección y la integración del laudo. Ninguno de estos pedidos tiene un significado impugnatorio. La aclaración tiene por finalidad disipar las dudas que genere la manera como ha sido redactado el laudo, explicando el sentido de una o más consideraciones en la que se funda la decisión y hacer las precisiones que motiva el pedido de aclaración". (El resaltado es nuestro)*

En consecuencia, téngase presente que el recurso de interpretación tiene dos componentes: El primero, que se refiere a la presunta existencia de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso; y un segundo componente, que limita este carácter oscuro, impreciso o dudoso, específicamente a la parte resolutive del laudo.

<sup>1</sup> CAIVANO, Roque; Arbitraje, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires; (2000); p. 247

<sup>2</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Manual de Derecho Arbitral. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 134

3. Por lo tanto, no basta que exista una parte del laudo oscura, imprecisa o dudosa, sino que en todo caso, ésta debe haber sido plasmada en la parte decisoria o resolutive del laudo.

4. Ahora bien, si se hace extensiva esta calificación a otras partes del laudo que influyan en forma determinante para fijar los alcances de la ejecución, ello debe necesariamente ser interpretado en forma restrictiva, para no abrir la posibilidad de que por ésta vía se pueda cuestionar todo el laudo, al no ser ésta la naturaleza del recurso en mención.
5. Desde esta perspectiva, no cabe duda que el recurso de interpretación tiene exclusivamente por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en el contenido exclusivamente resolutive o decisorio del laudo.
6. De otro lado y como es evidente, no constituye una atribución de las partes en litigio fijar discrecionalmente ni a su propio albedrío, los alcances y el sentido de la interpretación, integración y exclusión de laudo arbitral ni mucho menos referirse al laudo "en partes", como si este fuese divisible o fraccionable, para así lograr su posible adecuación al interés subjetivo de cada litigante arbitral, máxime en un momento en el cual el laudo hace *cosa juzgada* y constituye una expresión de la función jurisdiccional tutelada por el ordenamiento jurídico nacional, sustentado en la Constitución Política del Estado.
7. Que, los alcances y el sentido de dichos recursos están previstos taxativamente en la Ley General de Arbitraje, diferenciándose jurídicamente y por su naturaleza, de los recursos de anulación y apelación previstos en la misma ley, en tanto que obedecen a una regulación específica, atendiendo a las características técnicas respectivas.
8. La doctrina arbitral comparada es aún más estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar su laudo ante la existencia de algún extremo oscuro en el mismo. Por ejemplo, Hinojosa Segovia<sup>3</sup> señala que *debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia.*
9. De otro lado, Craig, Park y Paulson<sup>4</sup> señalan que el propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como,

<sup>3</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

<sup>4</sup> Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to

por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Tribunal tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la «interpretación» requerida. (El subrayado es nuestro).

10. De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, las mismas que inspiran el marco legal peruano en lo concerniente al recurso de interpretación y constituyen fuente de Derecho Arbitral; Williams y Buchanan<sup>5</sup> señalan que *durante la redacción de las Reglas de UNCITRAL (...) se consideró reemplazar la palabra «interpretación» por «aclaración» o «explicación». Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término «interpretación». La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término «interpretación» tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a revisar o reelaborar las razones del laudo.* (El subrayado es nuestro).
11. En consecuencia, debe tenerse presente que una solicitud de interpretación, no podrá pretender alterar el contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral expresados en el laudo; ni tener, por ende, una naturaleza impugnatoria propia de las apelaciones o reconsideraciones, así como tampoco es posible pedir al tribunal que lleve a cabo interpretaciones que nada tienen que ver con el laudo.
12. Por ello, una solicitud de interpretación de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, resulta improcedente. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta, lo que no se pudo materializar por la vía directa de las actuaciones arbitrales; ya que conforme dispone la Ley, el laudo arbitral es inapelable.
13. Igualmente, es pertinente reiterar en este punto lo establecido por el artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, *cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.*

reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested «interpretation»" Craig, LAURENCE, PARK, William W. y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications Inc., 2000, 3ra. Edición, 2000, p. 408.

<sup>5</sup> Traducción libre del siguiente texto: "During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word 'interpretation' with 'clarification' or 'explanation'. However in the final version of the Rules 'interpretation' was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term 'interpretation' was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify 'the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties' but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award". WILLIAMS, David y Amy BUCHANAN. «Correction and Interpretation of Awards under Article 33 of the Model Law» En: *International Arbitration Law Review*. Volumen 4, N° 4, 2001, p. 121.

14. En tal sentido, si bien el Decreto Legislativo N° 1071 no define taxativamente en qué consiste la "interpretación", cabe citar el artículo 406° del Código Procesal Civil, —cuyos principios estimamos adecuados para explicar jurídicamente el alcance del recurso— define la aclaración. En tal sentido, el artículo precitado tiene el siguiente alcance:

Artículo 406.- «Aclaración.-

*El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable».*

15. En efecto, en el proceso arbitral, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del propio Tribunal, que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en la parte resolutive o decisoria del laudo; vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.
16. Nótese entonces que el Código Procesal Civil, al igual que la Ley de Arbitraje, señalan que lo único que procede aclarar es preeminentemente la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo excepcionalmente la parte considerativa, en cuanto influya en lo resuelto; es decir, que para poder ejecutar lo decidido, sea necesario comprender los fundamentos. Claramente entonces, valga la redundancia, el recurso de aclaración, tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes y no abre un espacio para formular aclaraciones adicionales, ajenas a lo resuelto en el laudo, sea este parcial o final.
17. Queda claro; según lo expuesto, que mediante el recurso de interpretación (antes aclaración) no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario; como ya se ha señalado, se lograría por la vía indirecta, lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable, conforme lo establece la Ley y la doctrina especializada.
18. Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una «interpretación» de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada de plano.
19. En tal sentido; de la simple revisión del pedido de interpretación presentado por la demandante, se advierte liminarmente que el mismo es de naturaleza impugnatoria y; por tanto, debería ser declarado improcedente. Ello; debido a que como se ha indicado, pedido debió haber sido sustentado sobre la base de razones que afecten la parte resolutive del laudo o, cuando la parte considerativa tenga influencia directa en la citada parte resolutive y que, por



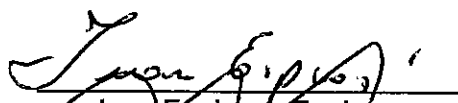
razones de oscuridad o ambigüedad, esto impida la correcta ejecución del laudo, cuestión que en el presente caso no ha ocurrido.

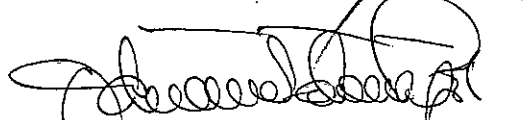
20. Que; en resumen, lo que se desprende del recurso, en lo concerniente a la interpretación solicitada es que se pretendería volver a revisar el fondo del laudo.


21. Que, en consecuencia; el pedido de interpretación debe ser declarado improcedente.

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR improcedente la solicitud de interpretación presentada por**  
Provías Nacional

  
Juan Espinoza Espinoza  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
Claudia Tatiana Sotomayor Torres  
Árbitro

  
Daniel Triveño Daza  
Árbitro