

Exp. 1646-46-18 | PUCP

CONSORCIO VIAL SICUANI II vs. PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

DECISIÓN Nro. 17

Lima, 26 de febrero de 2021

LAUDO DE DERECHO

Partes:

- CONSORCIO VIAL SICUANI II (conformado por las empresas NEPTUNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., E. REYNA C. S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A., SUCURSAL DEL PERÚ, en adelante, el CONSORCIO, el contratista o el demandante, indistintamente), y
- PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, PROVIAS NACIONAL, la entidad o el demandado, indistintamente).

Tribunal Arbitral:

- Marco Antonio Ortega Piana, abogado, presidente del Tribunal Arbitral designado por la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO).
- Mario Ernesto Linares Jara, abogado, árbitro designado por el CONSORCIO.
- Cecilia Mónica Espiche Elías, abogada, árbitra designada por PROVIAS NACIONAL.

Secretaría arbitral:

- Silvia Rodríguez Vásquez, abogada, Secretaría General de Arbitraje del CENTRO.

VISTOS:

La Decisión Nro. 1, del 24 de agosto de 2018, estableciendo que las reglas aplicables al presente proceso arbitral serán las del Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante,

el REGLAMENTO ARBITRAL) y las establecidas en el respectivo convenio arbitral, sin perjuicio de las establecidas en dicha decisión.

La demanda arbitral presentada el 24 de setiembre de 2018 por el CONSORCIO contra PROVIAS NACIONAL, y el ofrecimiento de sus respectivos medios probatorios, los mismos que se acompañan como anexos del señalado escrito de demanda.

La contestación de demanda presentada el 30 de noviembre de 2018 por PROVIAS NACIONAL, y el ofrecimiento de los correspondientes medios probatorios, los mismos que se acompañan como anexos.

El escrito presentado por el CONSORCIO el 10 de diciembre de 2018, ampliando sus pretensiones, al amparo del artículo 46 del REGLAMENTO ARBITRAL.

El escrito presentado por PROVIAS NACIONAL el 31 de enero de 2019, formulando su oposición a la modificación de pretensiones.

Lo resuelto mediante Decisión Nro. 6, notificada a las partes el 18 de marzo de 2019, por la que, entre otros aspectos, se declaró fundada la oposición presentada por PROVIAS NACIONAL; por consiguiente, improcedente la precisión o modificación de la segunda pretensión demandada por el CONSORCIO, dejándose a salvo su derecho de oponer su pretensión siguiendo el procedimiento regular aplicable sobre acumulación de pretensiones.

Mediante Decisión Nro. 8, de fecha 12 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral declaró finalmente infundado el recurso de reconsideración planteado por el CONSORCIO contra la Decisión Nro. 6, impugnación que fue materia de traslado absuelto por PROVIAS NACIONAL.

La determinación de las cuestiones controvertidas sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral, conforme a lo enunciado en la señalada Decisión Nro. 8 del 12 de junio de 2019.

El acta de la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones del 9 de setiembre de 2019, desarrollada con la participación de ambas partes. Se deja constancia que el audio de dicha audiencia fue grabado por el CENTRO, encontrándose bajo su custodia y responsabilidad.

Los alegatos finales presentados por el CONSORCIO y por PROVIAS NACIONAL con fechas 12 de diciembre y 13 de diciembre de 2019, respectivamente.

Las sucesivas suspensiones de los plazos procesales arbitrales, dispuestas por el CENTRO -en acatamiento del aislamiento social obligatorio ordenado por el Gobierno Nacional mediante D.S. Nro. 080-2020-PCM y sus sucesivas prórrogas-, con arreglo a la facultad establecida en el literal e) del artículo 9 del REGLAMENTO ARBITRAL,

suspensiones que fueron comunicadas a las partes, siendo que la quinta de ellas, vigente conforme al D.S. Nro. 094-2020-PCM, se extendió hasta el martes 30 de junio de 2020.

La Decisión Nro. 15, de fecha 3 de julio de 2020, por la que se dio cuenta de las señaladas suspensiones de los plazos del presente proceso, en atención a la emergencia sanitaria, así como de su reanudación a partir de la entrada en vigencia del “Protocolo de Atención de los servicios del CARC - PUCP en el marco del Estado de Emergencia por COVID -19”.

La Decisión Nro. 16, de fecha 17 de diciembre de 2020, por la que, entre otros aspectos, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.

La Audiencia de Informes Orales realizada el 13 de enero de 2021 con la participación de ambas partes, a través de la plataforma virtual Zoom, declarándose el fin de las actuaciones arbitrales y, en consecuencia, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

Los diversos medios probatorios ofrecidos por ambas partes y que han sido admitidos en su oportunidad.

Todos los demás escritos presentados por las partes y decisiones expedidas por este Tribunal Arbitral durante el desarrollo de las actuaciones.

ANTECEDENTES:

1. Para fines de la presente Decisión, el Tribunal Arbitral procederá a describir lo que estima como los principales antecedentes del caso, sobre la base de lo que ha sido expresado por las propias partes a lo largo del proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios documentales ofrecidos y que obran en el expediente.

Se deja expresa constancia que lo expresado y/o referido en la presente sección no significa reconocimiento de la veracidad y/o de la suficiencia de los señalados hechos, o la adopción de una determinada posición del Tribunal Arbitral respecto de ellos, dado que su verificación, evaluación y calificación jurídica se realizará con ocasión de analizarse cada una de las materias que han sido sometidas a su conocimiento, para su ulterior resolución.

Sobre la relación contractual entre las partes

2. El 11 de diciembre de 2017, PROVIAS NACIONAL y el CONSORCIO suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra Nro. 109-2017-MTC/20 para la ejecución de la obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani.

Tramo: Negromayo – Yauri – San Genaro” (en adelante, el CONTRATO), por cuyo mérito, entre otros aspectos, las partes acordaron lo siguiente:

- 2.1. El CONTRATO, conforme a su cláusula segunda, se rige por la Ley de Contrataciones del Estado – Ley Nro. 30225 (en adelante, la LEY) y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF (en adelante, el REGLAMENTO); en su defecto por las Directivas que emita el OSCE, y de manera supletoria por el Código Civil, en lo que corresponda, y demás normas de derecho privado. Asimismo, destacándose que son parte integrante del CONTRATO, se establece el siguiente orden de prelación: (i) El expediente técnico – Requerimientos Técnicos Mínimos, (ii) Las bases integradas (Absolución de consultas y Observaciones), (iii) Las propuestas técnica y económica del CONSORCIO, y (iv) El propio documento contractual.
- 2.2. El objeto del CONTRATO, conforme a su cláusula tercera, es la ejecución de la obra indicada anteriormente, en el marco de la Licitación Pública Nro. 0014-2016-MTC/20.
- 2.3. El monto contractual, de acuerdo a la cláusula cuarta, asciende a S/. 262'333,819.74 (Doscientos sesenta y dos millones trescientos treinta y tres mil ochocientos diecinueve con 74/100 Soles), incluidos todos los impuestos de ley.
- 2.4. Conforme a la cláusula novena se acordó un plazo de ejecución contractual de 720 (setecientos veinte) días calendario, estableciéndose que se computa conforme al numeral 3.5 de la sección general de las bases y el artículo 152 del REGLAMENTO.
- 2.5. En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO, en la cláusula décimo octava se acordó lo relativo a la penalidad diaria correspondiente. De otro lado, en la cláusula décimo novena se estableció el régimen de otras penalidades aplicables, estableciéndose los diferentes supuestos de aplicación (nueve ítems), la forma de cálculo y el procedimiento de aplicación. De manera complementaria, en la cláusula vigésima se regula lo relativo al cobro de las penalidades que fuesen aplicables.
- 2.6. Por último, la cláusula trigésimo sexta del CONTRATO regula lo relativo al convenio arbitral para fines de la solución de las controversias que surjan entre las partes, estableciéndose en su numeral 36.8 que el correspondiente arbitraje institucional se realizará bajo la organización, administración, Reglamento y normas complementarias del CENTRO, sin perjuicio de lo establecido en el propio convenio arbitral.

Sobre la instalación del Tribunal Arbitral

3. Habiéndose activado el mecanismo de solución arbitral de controversias por iniciativa del CONSORCIO, conforme a lo previsto en la cláusula trigésimo sexta del CONTRATO, mediante carta del 13 de febrero de 2018 dirigida al CENTRO, la misma que fue respondida por PROVIAS NACIONAL el 6 de abril de 2018, cada parte procedió a designar un árbitro, siendo que el CENTRO procedió a la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, quien el 2 de agosto de 2018 comunicó su aceptación para ejercer dicha función, lo cual fue a su vez comunicado ulteriormente por el CENTRO a las partes para los fines pertinentes, quedando constituido e instalado el Tribunal Arbitral.
4. Mediante Decisión Nro. 1, del 24 de agosto de 2018, sobre la base de lo propuesto previamente por las partes, el Tribunal Arbitral estableció las reglas aplicables al proceso arbitral y se declaró abierta la etapa postulatoria del presente arbitraje institucional, de derecho, nacional.

SOBRE LAS POSTULACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Sobre la demanda interpuesta por el CONSORCIO contra PROVIAS NACIONAL:

5. De acuerdo al escrito de demanda arbitral del CONSORCIO, presentado el 24 de setiembre de 2018, suscrito por sus representantes legales, señores Juan Antonio Reyna Peña y Ernesto Tirso Málaga Torres, según representación acreditada en el expediente, se plantean las pretensiones siguientes:
 - 5.1. Que el Tribunal Arbitral declare que los cambios (de personal) requeridos por el CONSORCIO se encuentran dentro de los supuestos eximentes de aplicación de penalidad establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
 - 5.2. Que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde aplicar y/o descontar monto alguno por concepto de penalidades en las futuras valorizaciones que presente el CONSORCIO, dado que se encuentra dentro de los supuestos eximentes de aplicación de penalidad establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
 - 5.3. Que el Tribunal Arbitral disponga expresa condena de costos y costas del presente proceso arbitral a PROVIAS NACIONAL.

Por último, el CONSORCIO deja constancia que se reserva el derecho de ampliar los argumentos y medios probatorios respecto de los expuestos en el señalado escrito, atendiendo a la flexibilidad del arbitraje y a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje.

6. Dichas pretensiones, conforme al respectivo escrito de demanda, se sustentan en los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes, que al efecto se enuncian, los mismos que serán referidos y evaluados en la parte pertinente del presente Laudo, al analizarse cada extremo del indicado petitorio.

Sobre la contestación de demanda presentada por PROVIAS NACIONAL:

7. De acuerdo al escrito de contestación de demanda presentado el 30 de octubre de 2018, PROVIAS NACIONAL, representado por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, señor David Aníbal Ortíz Gaspar, según representación que se encuentra acreditada en el expediente, solicita que se declare infundada en todos sus extremos la respectiva demanda.
8. Los respectivos fundamentos de hecho y de derecho que, al efecto se enuncian, serán referidos y evaluados por el Tribunal Arbitral en la parte pertinente del presente Laudo.

Sobre la determinación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento arbitral:

9. Conforme a la Decisión Nro. 8, del 12 de junio de 2019, fueron determinadas las cuestiones controvertidas sometidas al conocimiento y pronunciamiento del Tribunal Arbitral, conforme a lo siguiente:
 - 9.1. **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no declarar que los cambios de personal requeridos por el CONSORCIO se encuentran dentro de los supuestos eximentes de aplicación de penalidad establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
 - 9.2. **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no aplicar y/o descontar monto alguno por el concepto de penalidades en las futuras valorizaciones que presente el CONSORCIO, atendiendo a que éste sostiene que se encuentra dentro de los supuestos eximentes de aplicación de penalidad establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
 - 9.3. **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no ordenar que PROVIAS NACIONAL, como parte demandada, pague los costos y costas del presente proceso arbitral.
10. Con relación a dichas cuestiones controvertidas, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizarlas en el orden que estime más conveniente para facilitar la resolución de la controversia, pudiendo inclusive omitir justificadamente pronunciarse sobre alguna de ellas si, del análisis correspondiente, llegase a la

conclusión que carece de objeto un pronunciamiento sobre la misma, motivando su decisión.

ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE

Sobre la primera y segunda pretensión de la demanda

Fundamentación por parte del CONSORCIO

11. A continuación, sobre la base de lo expuesto en la demanda y escritos complementarios, el Tribunal Arbitral referirá de manera resumida los principales fundamentos de hecho y de derecho de las dos primeras pretensiones demandadas, atendiendo a su conexidad.
12. En el marco del CONTRATO, y refiriéndose a su primera pretensión, el CONSORCIO destaca que con fechas 21 de diciembre de 2017 y 18 de abril de 2018 presentó a PROVIAS NACIONAL las siguientes solicitudes de cambio de personal.
 - 12.1. Carta Nro. 004-2017-CVSII, por enfermedad incapacitante, tratándose de la especialidad de metrados y valorizaciones, se propuso el siguiente cambio de profesional: César Araujo Pereyra para reemplazar a Carlos Chávez Obregón.
 - 12.2. Carta Nro. 005-2017-CVSII, por enfermedad incapacitante, tratándose de la especialidad de suelos y pavimentos, se propuso el siguiente cambio de profesional: César Rojo Alvarado para reemplazar a Percy Quispe Sinca.
 - 12.3. Carta Nro. 006-2017-CVSII, por enfermedad incapacitante, tratándose de la especialidad de puentes, obras de arte y drenaje, se propuso el siguiente cambio de profesional: Carlos Cárdenas Gutiérrez, para reemplazar a Arturo Bernardo Meza.
 - 12.4. Carta Nro. 013-2018-CVSII, por enfermedad incapacitante, tratándose de la especialidad de trazo, explanaciones y topografía, se propuso el siguiente cambio de profesional: Edwin Francisco Mendoza Rojas, para reemplazar a Antonio Hildebrando Cieza Paredes.
13. Tratándose de la carta Nro. 004-2017-CVSII, mediante Oficio Nro. 226-2017-MTC/20.5 del 29 de diciembre de 2017, PROVIAS NACIONAL aprobó el cambio del profesional, empero, dejó asentado que se aplicaría la respectiva penalidad, debido a que el CONSORCIO propuso al profesional a ser reemplazado habiendo tenido pleno conocimiento (en su momento) de las características geográficas y de altitud de la obra.

14. Tratándose de la carta Nro. 005-2017-CVSII, mediante Oficio Nro. 228-2017-MTC/20.5 del 29 de diciembre de 2017, PROVIAS NACIONAL aprobó el cambio del profesional, empero, dejó asentado que se aplicaría la respectiva penalidad, debido a que (en su momento) el CONSORCIO propuso al profesional a ser reemplazado habiendo tenido pleno conocimiento de las características geográficas y de altitud de la obra, siendo además que estaba evidenciado que dicho profesional venía laborando en otra obra (Mejoramiento de la Carretera Moquegua – Omate – Arequipa), la misma que comprende alturas superiores a 3,000 metros.
15. Tratándose de la carta Nro. 006-2017-CVSII, mediante Oficio Nro. 227-2017-MTC/20.5 del 29 de diciembre de 2017, PROVIAS NACIONAL no aprobó el cambio del profesional, debido a que el profesional de reemplazo supuestamente se encontraba laborando en la obra señalada anteriormente. Al respecto, el CONSORCIO presentó su carta Nro. 001-2018-CVSII, del 2 de enero de 2018, subsanando la observación recibida. Ante ello, PROVIAS NACIONAL respondió mediante Oficio Nro. 085-2018-MTC/20.5 del 11 de enero de 2018, señalando que correspondería aplicar la respectiva penalidad, debido a que (en su momento) el CONSORCIO propuso al profesional a ser reemplazado habiendo tenido pleno conocimiento de las características geográficas y de altitud de la obra, siendo además que estaba evidenciado que dicho profesional venía laborando en otra obra (Integración Vial Tacna – Collpa), la misma que comprende alturas superiores a 3,000 metros.
16. Por último, tratándose de la carta Nro. 013-2018-CVSII, mediante Oficio Nro. 681-2018-MTC/20.5 del 25 de abril de 2018, PROVIAS NACIONAL expresó que correspondería aplicar las penalidades establecidas en los numerales 19.1 y 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
17. No encontrándose de acuerdo con las decisiones administrativas de aplicar las referidas penalidades, el CONSORCIO destaca que, de acuerdo a lo regulado en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, la penalidad por cambio de personal sólo aplica cuando el contratista incurra en un cambio del personal propuesto en su oferta técnica de manera injustificada, esto es, cuando no sea por causa de muerte o enfermedad incapacitante. La aplicación de la penalidad corresponde al 0.15% del monto del contrato original, esto es, S/. 395,500.00. Se pone de relieve que, tratándose de los cuatro cambios de profesionales, todos obedecen a una enfermedad incapacitante.
18. El CONSORCIO destaca que, en el caso del profesional Carlos Chávez (carta Nro. 004-2017-CVSII), se presentó su carta de renuncia, un certificado médico y el Informe Nro. 051-2017-ERC/LICITACIONES, por el cual se acredita la experiencia del profesional de reemplazo. Sin embargo, la entidad decidió aplicar la penalidad porque estimó que el CONSORCIO *“propuso al profesional a ser reemplazado teniendo pleno conocimiento de las características geográficas y de altitud de la obra”*, esto es, PROVIAS NACIONAL asume que una persona debe tener

conocimiento previo de su salud para saber si puede o no mantenerse en un determinado lugar de manera previa a la participación en un proceso de selección, sin darle valor al certificado médico presentado, lo cual evidencia una apreciación netamente subjetiva.

19. Tratándose del caso del profesional Percy Quispe (carta Nro. 005-2017-CVSII), el CONSORCIO destaca que cumplió con presentar el Informe Nro. 52-2017-ERC/LICITACIONES en el que se especificaba la experiencia y datos personales del profesional de reemplazo, ingeniero César Rojo, así como la correspondiente carta de renuncia y certificado médico en el cual se indicaba la incapacidad del ingeniero Percy Quispe -por fibrosis pulmonar- de permanecer en lugares con altura mayor de 3,500 metros. No obstante, PROVIAS NACIONAL decidió aplicar la penalidad porque estimó que el CONSORCIO *“propuso al profesional a ser reemplazado teniendo pleno conocimiento de las características geográficas y de altitud de la obra. Asimismo, porque se ha evidenciado que dicho profesional viene laborando actualmente en otra obra: “Mejoramiento de la Carretera Moquegua – Omate – Arequipa”, que comprende alturas superiores a 3,000 metros”*. Es decir, según argumenta el demandante, PROVIAS NACIONAL asume que una persona debe tener conocimiento previo de su salud para saber si puede o no mantenerse en un determinado lugar de manera previa a la participación en un proceso de selección, y falsamente indica que el respectivo profesional estaría trabajando en Omate, cuando dicho lugar sólo tiene una altura de 2,000 metros, no valorando debidamente el certificado médico presentado. En consecuencia, por corresponder a un sustento netamente subjetivo, carece de validez la decisión de PROVIAS NACIONAL de aplicar una penalidad, encontrándose debidamente justificada la solicitud de cambio de personal.

20. En el caso del profesional Arturo Bernardo Meza (Carta Nro.006-2017-CVSII), el CONSORCIO destaca que cumplió con presentar el Informe Nro. 50-2017-ERC/LICITACIONES en el que se especificaba la experiencia y datos personales del profesional de reemplazo, ingeniero Carlos Cárdenas, así como la correspondiente carta de renuncia y certificado médico en el cual se indicaba la incapacidad del ingeniero Arturo Bernardo, por enfermedad infecciosa respiratoria, de permanecer en lugares con altura mayor de 3,500 metros. Al igual que en los casos anteriores, el CONSORCIO destaca que PROVIAS NACIONAL dispuso que correspondía aplicar la penalidad respectiva, por estimar que el CONSORCIO *“propuso al profesional a ser reemplazado teniendo pleno conocimiento de las características geográficas y de altitud de la obra. Asimismo, porque se ha evidenciado que dicho profesional viene laborando actualmente en otra obra: “Integración Vial Tacna – Collpa”, que comprende alturas superiores a 3,000 metros”*. Al respecto, el CONSORCIO estima que PROVIAS NACIONAL asume nuevamente que una persona debe tener conocimiento previo de su salud para saber si puede o no mantenerse en un determinado lugar de manera previa a la participación en un proceso de selección, y falsamente indica que el respectivo profesional estaría trabajando en Tacna con una altura superior de 3,000 metros,

cuando su altura es de 2,500 metros, no valorando debidamente el certificado médico presentado. En consecuencia, por corresponder a un sustento netamente subjetivo, carece de validez la decisión de PROVIAS NACIONAL de aplicar una penalidad, encontrándose debidamente justificada la solicitud de cambio de personal presentada en su oportunidad.

21. Por último, tratándose del profesional Antonio Hildebrando Cieza Paredes (Carta Nro.013-2018-CVSII), el CONSORCIO destaca que solicitó su reemplazo por el ingeniero Edwin Mendoza debido a que, una vez en obra, el ingeniero asignado sufrió una enfermedad incapacitante, lo cual corresponde a un suceso de fuerza mayor, por lo que el cambio debería realizarse sin aplicar penalidad alguna. Del mismo modo que en los casos anteriores, el CONSORCIO destaca que PROVIAS NACIONAL dispuso que correspondía aplicar la penalidad respectiva. Al respecto, el CONSORCIO estima que PROVIAS NACIONAL asume que una persona debe tener conocimiento previo de su salud para saber si puede o no mantenerse en un determinado lugar de manera previa a la participación en un proceso de selección, no valorando debidamente el certificado médico presentado, conforme al cual el ingeniero Cieza no puede permanecer en lugares mayores de 4,000 metros. En consecuencia, por corresponder a un sustento netamente subjetivo, carece de validez la decisión de PROVIAS NACIONAL de aplicar una penalidad, encontrándose debidamente justificada la solicitud de cambio de profesional.
22. El CONSORCIO pone de manifiesto que, de acuerdo al numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, se estableció la aplicación de una penalidad por reemplazar a cualquier especialista propuesto en la oferta técnica, salvo dos casos relativos al profesional a ser reemplazado: (i) muerte, y (ii) enfermedad incapacitante. Conforme a ello, el CONSORCIO destaca que PROVIAS NACIONAL podrá aplicar la penalidad siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas, no pudiendo realizar interpretación alguna, puesto que prevalece la literalidad y objetividad de la cláusula penal, cuya aplicación demanda -conforme a la doctrina que refiere- de dos condiciones generales: obligación principal válida y validez de la pena estipulada. A ello corresponde lo expresado en la Opinión Nro. 023-2017/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en cuanto establece: *“La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el cual se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación”*.
23. Atendiendo a lo pactado en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, el CONSORCIO pone de relieve que la entidad no especificó qué debe entenderse por enfermedad incapacitante y qué enfermedades se encuentran dentro de dicha calificación, para lo cual se refiere a lo que precisa el MINSA en el sentido que una incapacidad *“Es el producto de una restricción anatómica,*

fisiológica o psicológica (impedimento) con ausencia de la capacidad para realizar una actividad en la forma y dentro del margen que considera normal para el individuo, de causa laboral o general, demostrable por técnicas adecuadas y evidenciables desde el punto de vista clínico, de exámenes de ayuda al diagnóstico u otros estudios. Puede ser valorada en el tiempo y severidad. (...)".

24. Por último, el CONSORCIO refiere al Pronunciamiento Nro. 1099-2013/DSU, por el cual el OSCE expresó que, de mediar una causa excepcional, no atribuible al contratista, caso fortuito o fuerza mayor, no corresponde aplicarle las penalidades convenidas. Conforme a ello, siendo que una enfermedad incapacitante es un hecho de fuerza mayor imprevista, que sólo pudo ser advertido de manera sobreviniente, una vez que los profesionales se encontraban en el terreno de obra, es justificable el cambio de profesionales sin aplicación de penalidad alguna, siendo que tales enfermedades están probadas mediante los certificados médicos presentados.
25. De otro lado, en lo relativo a la fundamentación de su segunda pretensión, y haciendo referencia sólo a los tres casos de reemplazo de los ingenieros Carlos Chávez, Percy Quispe y Arturo Bernardo, según solicitudes de cambio de personal del 21 de diciembre de 2017, el CONSORCIO estima que al estar sustentadas dichas solicitudes en sendas enfermedades incapacitantes, lo cual corresponde a una causal imprevista y sobreviniente, ello lo absuelve de la aplicación de la penalidad contenida en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO. Es más, el CONSORCIO destaca que la acreditación de haber incurrido en las penalidades es con la presentación de la solicitud de cambio de personal, no habiéndose establecido qué documento debe presentarse para acreditar la enfermedad incapacitante.
26. En atención a ello, la parte demandante considera que, tratándose de lo establecido en la cláusula vigésima del CONTRATO, que regula lo relativo al cobro de las penalidades, estableciendo que se deducen de las valorizaciones o de la liquidación final, según corresponda, o inclusive del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, y siendo que el CONSORCIO ha cumplido con justificar los motivos del reemplazo de los tres señalados profesionales (por sendas enfermedades incapacitantes para trabajos en altura), no corresponde que PROVIAS NACIONAL proceda a aplicar las respectivas penalidades, ya que el CONTRATO exige de su aplicación de mediar una enfermedad incapacitante.

Fundamentación por parte de PROVIAS NACIONAL

27. Con relación a la primera y segunda pretensión principal de la demanda, PROVIAS NACIONAL destaca, de manera general, que las controversias se resumen en determinar si los cambios de personal solicitados por el CONSORCIO, sustentados en el supuesto de enfermedad incapacitante, le eximen de la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del

CONTRATO. Respecto de ello, PROVIAS NACIONAL considera que corresponde declarar infundadas tales pretensiones.

28. PROVIAS NACIONAL destaca que, durante la ejecución del CONTRATO, el contratista solicitó el cambio de diversos profesionales propuestos en su oferta técnica, invocando en todos los casos una supuesta “enfermedad incapacitante”, siendo que la entidad aceptó el cambio de los profesionales pero, de acuerdo a lo previsto en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, aplicó las penalidades respectivas; asimismo, destaca que el análisis a realizar no significa una interpretación de la señalada cláusula, sino que debe corresponder a una evaluación del supuesto eximente de responsabilidad invocado por el CONSORCIO.
29. Conforme al expediente técnico (página 22) de la L.P. Nro. 0014-2016-MTC/20., la ejecución de la obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani. Tramo: Negromayo – Yauri – San Genaro”, se desarrollaría entre los 3,950 y 4,800 m.s.n.m., lo cual fue de pleno conocimiento del CONSORCIO antes que presentase su correspondiente oferta. A la fecha de la respectiva presentación, 20 de octubre de 2017, el CONSORCIO propuso a los ingenieros Carlos Chávez (ingeniero de metrados y valorizaciones), Percy Quispe (especialista en suelos y pavimentos) y Arturo Bernardo (especialista en puentes, obras de arte y drenaje), teniendo en cuenta la disponibilidad de dichos profesionales y con pleno conocimiento de las características geográficas de la zona donde se ubica la referida obra. Es más, el contratista suscribió en su oportunidad una declaración de conocimiento, aceptación y sometimiento a las bases, condiciones y procedimiento del respectivo proceso de selección. Por lo tanto, lo cierto es que el CONSORCIO tuvo la posibilidad de evitar efectuar el cambio de profesionales por causa de intolerancia de altura, ya que pudo preverlo antes de proponer a los señalados profesionales en su propuesta técnica, y no luego de suscrito el CONTRATO.
30. PROVIAS NACIONAL argumenta adicionalmente que dos de los tres profesionales, que adolecen supuestamente de una enfermedad incapacitante, a junio de 2018, trabajaban en otras obras de la entidad, ubicadas a alturas muy superiores a 3,000 metros. Así, el ingeniero Percy Quispe trabaja en la obra “Mejoramiento de la carretera Moquegua – Omate – Arequipa. Tramo: Km. 35+000 al Km. 153+500”, y el ingeniero Arturo Bernardo trabaja en la obra “Integración Vial Tacna – La Paz. Tramo: Tacna – Collpa. Sub Tramo: Km. 43+610 al Km. 94+000”, para cuyo efecto presenta las memorias descriptivas de las señaladas obras.
31. También argumenta PROVIAS NACIONAL que es falso lo afirmado por el contratista, en el sentido que la incapacidad fue advertida una vez que los respectivos profesionales estaban en el lugar de obra, dado que dichos profesionales nunca estuvieron en el terreno de obra, no habiendo participado de su ejecución en ningún momento. Por lo tanto, la entidad se cuestiona en qué se

basa el contratista para sostener que las enfermedades recién fueron advertidas una vez que los profesionales estaban en el lugar de obra. Para ello indica que la entrega del terreno se realizó el 21 de diciembre de 2017, siendo la fecha de inicio de obra fue el 22 de diciembre de 2017, hechos que no son controvertidos y que son referidos inclusive en la propia demanda, hechos posteriores a la solicitud de cambio de personal.

32. Teniendo en cuenta lo anterior, PROVIAS NACIONAL destaca que el 21 de diciembre de 2017 (aún no estaba en ejecución la obra), el CONSORCIO presentó su carta Nro. 004-2017-CVSII, solicitando el cambio de su ingeniero de metrados y valorizaciones, adjuntando la renuncia del ingeniero Carlos Chávez del 12 de diciembre de 2017, esto es, de fecha anterior a que empiece la obra, por lo que se reitera que dicho profesional nunca llegó a estar en el lugar de obra. Mediante carta Nro. 005-2017-CVSII, el CONSORCIO solicitó el cambio del especialista de suelos y pavimentos, adjuntando la renuncia del ingeniero Percy Quispe del 13 de diciembre de 2017, esto es, de fecha anterior a que empiece la obra, por lo que dicho profesional tampoco llegó a estar en el lugar de obra. Y mediante carta Nro. 006-2017-CVSII, el CONSORCIO solicitó el cambio del especialista en puentes, obras de arte y drenaje, adjuntando la renuncia del ingeniero Arturo Bernardo del 13 de diciembre de 2017, esto es, de fecha anterior a que empiece la obra, por lo que dicho profesional tampoco llegó a estar en el lugar de obra. Conforme a dicha secuencia cronológica, y con relación a lo argumentado por el CONSORCIO, no es cierto que la enfermedad de dichos profesionales se haya manifestado cuando se encontraban en la obra, puesto que ellos jamás estuvieron allí.
33. Sin perjuicio de lo expuesto, PROVIAS NACIONAL sostiene que los certificados médicos presentados no acreditan fehacientemente una enfermedad incapacitante, ello como respuesta a la afirmación del CONSORCIO en el sentido que la entidad no les dio el valor necesario a tales documentos, siendo más bien que corresponde cuestionarse qué valor probatorio tienen los mismos y si se trata de documentos legalmente válidos para dicho fin.
34. Es así que PROVIAS NACIONAL advierte que los certificados médicos presentados por los tres profesionales referidos presentan los aspectos comunes siguientes: (i) Todos fueron emitidos por la médico cirujana doctora Rosa I. Díaz Miranda, con C.M.P. Nro. 16472, (ii) todos fueron emitidos el 12 de enero de 2017, y (iii) en ellos se diagnosticaron las enfermedades siguientes: Bloqueo Completo Grado II, Asintomático, Fibrosis pulmonar leve a moderada de etiología a determinar, y Pneumoconiosis.
35. Expresa PROVIAS NACIONAL que, aunque genera suspicacia que los tres certificados médicos hayan sido expedidos en el mismo día y por la misma persona, hay un detalle crucial que destruye la convicción que pretenden crear, y ello es la circunstancia que la profesional que los suscribió carece de la especialidad médica necesaria para determinar las enfermedades que diagnostica, siendo además que

por la complejidad de tales enfermedades resulta difícil concebir que hayan podido ser establecidas como producto de una consulta de atención médica, sin identificarse ni referirse a los exámenes realizados para arribar a tales conclusiones. Conforme a ello, la entidad destaca que, de acuerdo a la página web del Colegio Médico del Perú, la doctora Rosa I. Díaz Miranda tiene la especialidad de Anestesiología, lo cual es además corroborado con la información de la página web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – SUNEDU, en la que figura que la única especialidad registrada es Anestesiología. Esa situación evidencia la falta de idoneidad profesional para realizar el diagnóstico de las supuestas enfermedades incapacitantes contenidos en los certificados médicos presentados por el CONSORCIO. Y de manera complementaria, PROVIAS NACIONAL destaca que la conclusión precedente no es una suposición de la entidad, sino que inclusive es así señalado por el propio Colegio Médico del Perú. En efecto, mediante Oficio Nro. 809-2018-MTC/07 del 16 de febrero de 2018, la entidad consultó al señalado colegio sobre cuál es la especialidad con la que debe contar un profesional médico para tener la aptitud de diagnosticar cada una de las enfermedades indicadas (en los certificados médicos bajo comentario), siendo que mediante carta Nro. 303-SI-CMP-2018 del 9 de marzo de 2018 dicho colegio respondió señalando que, tratándose de Bloqueo Completo Grado II Asintomático, por vincularse con patologías cardiovasculares relacionadas a procesos hipertensivos, capacidad de oxigenación y soporte de esfuerzo físico, se requeriría de las competencias de un médico internista y, luego, de un médico con especialidad en Cardiología. Y tratándose de la Fibrosis pulmonar leve a moderada de etiología a determinar, y Pneumoconiosis, requieren de la evaluación, diagnóstico y tratamiento por el profesional médico especialista en Neumología.

36. Atendiendo a lo expresado precedentemente, mediante Oficio Nro. 1399-2018-MTC/07 del 22 de marzo de 2018, se formuló una segunda consulta al Colegio Médico del Perú, requiriendo que se indique si las enfermedades indicadas en los certificados médicos bajo comentario podían ser diagnosticadas por un profesional médico con la especialidad de Anestesiología, como es el caso de la doctora Rosa I. Díaz Miranda. Al respecto, mediante carta Nro. 418-SI-CMP-2018 el Colegio Médico del Perú respondió a la entidad, señalando que ninguna de las patologías referidas se vinculaba a la especialidad de Anestesiología. Conforme a ello, el profesional médico idóneo para diagnosticar un Bloqueo Completo Grado II Asintomático, es un médico con especialidad en Cardiología; y tratándose de la Fibrosis pulmonar leve a moderada de etiología a determinar, y Pneumoconiosis, un médico especialista en Neumología.
37. Por lo tanto, concluye PROVIAS NACIONAL, los certificados médicos en los cuales el CONSORCIO sustentó los cambios de personal, por supuestas enfermedades incapacitantes, para eximirse de la aplicación de las penalidades contractuales, no están suscritos por un profesional médico idóneo, no generando certeza para acreditar las patologías indicadas, aunado a los hechos que dos de los tres profesionales en cuestión venían trabajando en otras obras de la entidad a alturas

superiores a los 3,000 m.s.n.m., siendo además que ninguno de los tres profesionales estuvo en obra, y que el contratista conocía desde un inicio de las características geográficas y de altitud del lugar donde se realizaría la obra, pudiendo adoptar oportunamente previsiones sobre ello.

38. De otro lado, tratándose del cuarto profesional, PROVIAS NACIONAL expresa que el 18 de abril de 2018, el CONSORCIO presentó su carta Nro. 0013-2018-CVSII, solicitando el cambio de su especialista de Trazo, Explanaciones y Topografía, adjuntando la renuncia del ingeniero Antonio Cieza del 8 de febrero de 2018, recibida el 23 de febrero de 2018, y dos certificados médicos de fechas 22 de febrero y 26 de marzo de 2018. La entidad destaca que entre la fecha de presentación de la renuncia y la solicitud de cambio de personal, mediaron 54 (cincuenta y cuatro) días, lo que evidencia que la relación contractual entre el profesional y el contratista había concluido mucho antes de la fecha en que se recibió la solicitud de cambio y al pronunciamiento mismo sobre ella, incurriéndose en la penalidad establecida en el numeral 19.1 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, la misma que no ha sido cuestionada por el CONSORCIO en su demanda arbitral, siendo que sólo cuestiona la aplicación de la penalidad por el cambio de personal establecida en el numeral 19.4 de la señalada cláusula, al no haberse probado fehacientemente la enfermedad incapacitante que afectaría al profesional reemplazado.
39. Así, tratándose de la penalidad prevista en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, PROVIAS NACIONAL manifiesta que los médicos que emiten los dos certificados (en el primero de ellos se expresa que el respectivo paciente presenta signos y síntomas de hipertensión arterial no controlada, por lo que se le recomienda no ascender encima de 4,000 m.s.n.m. -apto con restricciones-; siendo que en el segundo, se expresa como diagnóstico: hipertensión arterial controlada, diabetes mellitus en tratamiento, debiéndose evitar ascender por encima de 4,000 m.s.n.m., por lo que no se está apto para trabajar a una altura superior a la indicada) carecen de una especialidad médica relacionada al diagnóstico que realizan, siendo que de acuerdo a la página web del Colegio Médico del Perú, el doctor Joseph Alfonso Mendoza Flores (primer certificado) es médico cirujano (que es, en general, la calidad de un profesional médico al egresar de la universidad) y no cuenta con especialidad alguna, mientras que el doctor Héctor Hachiri Ccorahua (segundo certificado) es médico auditor, por lo que cuenta con un perfil administrativo. Por lo tanto, según concluye PROVIAS NACIONAL, la aplicación de la penalidad es válida y legal al no haberse acreditado fehacientemente la enfermedad incapacitante del profesional reemplazado, siendo además que el CONSORCIO conocía previamente de las características geográficas y de altitud del lugar donde se realizaría la obra, lo cual debió ser considerado antes de proponer al profesional.
40. De otro lado, PROVIAS NACIONAL destaca que los cambios de profesionales, solicitados por el CONSORCIO, no califican como fuerza mayor, dado que el

artículo 1315 del Código Civil exige de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. Al respecto, destaca que, tratándose del elemento de imprevisibilidad, el contratista sostiene que el cambio de los profesionales fue por una causa imprevista y sobreviniente (enfermedades incapacitantes); empero, debe considerarse que el contratista tenía pleno conocimiento de las condiciones geográficas de la obra y, en consecuencia, debía haber tomado las precauciones necesarias a fin de evitar cualquier tipo de contingencia que pudiese presentarse una vez que los profesionales propuestos se encontrasen en el lugar de obra.

41. Conforme a ello, PROVIAS NACIONAL destaca que el CONSORCIO estaba en aptitud de prever que los profesionales propuestos en su oferta técnica no padecieran de alguna enfermedad que les impidiera trabajar en una elevada altitud, por lo que careció de una actitud diligente al momento de evaluar a su propio personal, responsabilidad que no puede ser trasladada a la entidad. Por lo tanto, siendo previsible lo ocurrido, no se está ante una fuerza mayor.
42. Finaliza PROVIAS NACIONAL destacando que, aunque en la segunda pretensión demandada el CONSORCIO sólo reclama la aplicación de penalidad a tres (3) profesionales, más no respecto al ingeniero Antonio Cieza, al margen de ello y por las razones ya expuestas, la penalidad regulada en el numeral 19.4 de la cláusula decimo novena del CONTRATO ha sido aplicada correctamente a los cuatro (4) cambios de profesionales, sin perjuicio que, en el caso del ingeniero Antonio Cieza, corresponde adicionalmente aplicar la penalidad establecida en el numeral 19.1 de la cláusula señalada, aunque ello no haya sido controvertido en la demanda arbitral.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

43. Este Tribunal Arbitral estima, como punto de partida, tener presente lo que dispone o regula el CONTRATO sobre el cambio de personal propuesto en su oportunidad, y con relación al cual se adjudica la obra y se celebra el respectivo contrato.
44. La cláusula décimo novena del CONTRATO sobre "Otras penalidades", en su numeral 19.4 establece lo siguiente como supuesto de aplicación de la penalidad: *"Por reemplazar al Residente de Obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el período comprendido desde la firma del contrato y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada cabo se realiza en el marco de los principios de eficiencia, de trato justo e igualitario, y Equidad. Esta penalidad. no se aplicará solo en los casos de muerte o enfermedad incapacitante del profesional a ser reemplazado".* Asimismo, en dicho numeral se indica que el procedimiento, para fines de la señalada penalidad, radica en que el supuesto de aplicación *"Se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentada al Supervisor y/o Entidad".*
45. Se advierte que la señalada penalidad está enunciada en términos objetivos, verificables. Si el contratista, dentro de un determinado período de tiempo, solicita

el reemplazo de personal, por el solo hecho de presentar la respectiva solicitud se devenga la correspondiente penalidad pecuniaria, salvo que dicho cambio provenga única y exclusivamente de dos supuestos: muerte o enfermedad incapacitante del profesional. Y aunque no lo indique el texto contractual, la enfermedad incapacitante es aquella patología que impediría que el respectivo profesional pueda prestar servicios de manera normal. Fuera de tales supuestos de excepción, cualquier otro cambio de personal sería penalizado, situación así aceptada por las partes.

46. Según se aprecia, de dicha disposición contractual se colige que el contratista puede sustituir o reemplazar al personal que propuso inicialmente (no existe propiamente impedimento alguno), pero si lo hace en un determinado período de tiempo durante la ejecución contractual, es pasible de la imposición de una penalidad, siendo que el supuesto de aplicación se configura objetivamente por el solo hecho de presentación de la respectiva solicitud de cambio o reemplazo. Expresado en otros términos, existe la obligación implícita del contratista de mantener, por el referido período de tiempo, al personal que presentó (oferta técnica) para fines de la contratación, siendo que, de no hacerlo, se obliga a pagar una penalidad; esto es, se le aplica objetivamente una sanción pecuniaria. Ahora bien, dicha regla (sobre aplicación de penalidad) presenta sólo un par de excepciones: muerte o enfermedad incapacitante del profesional a reemplazar.
47. Ahora bien, a juicio de este Tribunal Arbitral, resulta manifiesto que, si el contratista pretende colocarse en uno de los señalados supuestos eximentes de penalidad, no basta invocarlos, debe probarlos, siendo pertinente, en defecto de regulación, los criterios de idoneidad y suficiencia del respectivo medio probatorio al cual recurra. El CONTRATO no dispone expresamente nada sobre este último aspecto, por lo que queda librado al criterio de la parte interesada. En todo caso, de haber una controversia sobre la idoneidad y suficiencia de la prueba, aplicaría el régimen contractual sobre resolución arbitral de controversias. Ello es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso sometido al conocimiento y decisión de este Tribunal Arbitral. El CONSORCIO estima que en los cuatro casos de reemplazo de personal profesional está probada la correspondiente enfermedad incapacitante. PROVIAS NACIONAL, por su parte, estima que no es así, porque los correspondientes medios probatorios presentados por el CONSORCIO (certificados médicos) no generan convicción.
48. Conforme a lo anterior, no es controvertido en el presente caso sometido a conocimiento del Tribunal Arbitral, la posibilidad del CONSORCIO de sustituir al personal propuesto en su oportunidad; tampoco es controvertido que ha habido cuatro cambios de personal profesional. Lo controvertido radica en determinar si resulta legítimo aplicar la penalidad convenida sobre la materia o si, por el contrario, aceptar que el CONSORCIO se encuentra en uno de los supuestos eximentes, dado que la sustitución se explicaría, por una pretendida enfermedad incapacitante del personal inicialmente propuesto, por lo que debía ser reemplazado.

49. Al interponer su demanda, el CONSORCIO solicita que se declare que los cambios de personal que planteó frente a PROVIAS NACIONAL se encuentran dentro del supuesto eximente (enfermedad incapacitante) previsto excepcionalmente en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO; por consiguiente, solicita que se declare que no corresponde aplicar y/o descontar monto alguno por el concepto de penalidad. PROVIAS NACIONAL tiene una posición absolutamente contraria, porque estima que no se ha configurado el supuesto eximente, cuestionando, impugnando y contradiciendo el valor probatorio de los certificados médicos presentados en su oportunidad por el CONSORCIO como sustento para la inaplicabilidad de las penalidades.
50. Así, este Tribunal Arbitral estima, conforme a lo anterior, que la controversia radica finalmente, en los hechos de si el CONSORCIO ha probado o no encontrarse en el supuesto eximente de aplicación de penalidad por cambio o reemplazo de personal propuesto, de manera concreta, en el supuesto de “enfermedad incapacitante”. No es controvertido lo relativo a la posibilidad de un cambio o reemplazo del personal profesional acreditado, a las calificaciones o idoneidad del personal de reemplazo, ni a la exigencia de la penalidad conforme a los términos acordados en su oportunidad: 0.15% del monto del contrato original por incurrirse por cada solicitud de cambio en el supuesto de aplicación de la respectiva penalidad.
51. EL CONSORCIO destaca, para sustentar su tesis de encontrarse en un supuesto eximente de penalidad, que el CONTRATO no regula una determinada forma o manera de acreditar la “enfermedad incapacitante”, siendo que para respaldar dicho supuesto presentó a PROVIAS NACIONAL los correspondientes certificados médicos, en los cuales consta el diagnóstico profesional de “enfermedad incapacitante”, atendiendo al lugar de ejecución de las obras del CONTRATO. Es más, también destaca que las penalidades presuponen un incumplimiento imputable de obligaciones, lo cual no se ha generado en el presente caso, al estimar que las enfermedades incapacitantes diagnosticadas corresponden a situaciones de caso fortuito o fuerza mayor (extraordinarias, imprevisible e irresistibles), de manera que no corresponde aplicar penalidad alguna, máxime cuando el reemplazo de personal no ocasionó daño a PROVIAS NACIONAL, conforme fue particularmente destacado (por su parte) en la Audiencia de Informes Orales.
52. Este Tribunal Arbitral coincide con el CONSORCIO en cuanto advierte que el CONTRATO no regula la manera, forma o procedimiento de acreditar la configuración de lo supuestos eximentes de aplicación de la penalidad bajo controversia, siendo que el CONTRATO sólo se limita a establecer que el supuesto de aplicación de la penalidad se genera, se acredita, se configura, con la sola presentación de la solicitud de cambio de profesional. Sin embargo, si bien es inmediatamente apreciable la generación del supuesto de hecho para aplicarse la penalidad, la acreditación del supuesto invocado de exoneración de responsabilidad no está regulado. Ahora bien, a juicio de este Tribunal Arbitral,

tratándose del primer supuesto (muerte del personal propuesto en su oportunidad), el mismo se probaría de una manera bastante simple, razonable, con la sola presentación del documento público que así lo declare: partida de defunción, salvo que la entidad aceptase otro medio probatorio idóneo, si tuviese efectiva constancia de lo sucedido, atendiendo a las circunstancias. Pero tratándose del segundo supuesto (enfermedad incapacitante), queda claro que el medio probatorio que se presente debería ser lo suficientemente razonable, consistente, para que de manera objetiva PROVIAS NACIONAL admita que no corresponde aplicar la penalidad, estimación que no debe quedar librada o sujeta a su solo juicio, criterio o arbitrio (para evitar precisamente arbitrariedades o abusos), sino que debe poseer un sustento constatable, verificable, generando relativa convicción, sea en PROVIAS NACIONAL o en cualquier tercero. Y es que no basta una simple afirmación que un determinado profesional adolece de una enfermedad incapacitante, sino que ello debe estar razonablemente probado, refrendado por una persona que posea capacidad cierta para hacerlo: un profesional médico, especializado, desempeñándose con la pericia pertinente y respaldado con exámenes médicos idóneos.

53. Merece, además, tener en consideración que no corresponde jurídicamente sostener que una penalidad no resulta exigible por no mediar daños, o por no poder acreditarse aquéllos, y es que es admitido que una penalidad no solo cumple una función indemnizatoria *ex ante*, sino también una de disuasión, orientada a desincentivar las situaciones que activan su exigibilidad. Conforme a ello, la probanza del daño pasa a un segundo y periférico lugar, ya que lo fundamental reposa en que, ante el incumplimiento, ante la situación así convenida por las partes, será exigible la respectiva multa civil, dejándose de lado los daños y perjuicios. Así, en el presente caso, ante la presentación de la solicitud de cambio de personal profesional, resulta aplicable la penalidad convenida, salvo que el cambio obedezca a uno cualquiera de las dos circunstancias eximentes. No está comprometido un tema de daños, porque se entiende que el profesional de reemplazo debe tener iguales o mayores calificaciones o experiencia acreditable. En tal virtud, se infiere para este Tribunal Arbitral que las penalidades pactadas en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO son fundamentalmente multas convencionales o civiles.
54. Sobre el particular, se estima que resulta pertinente¹ lo siguiente;

“De otro lado, cierto sector de la doctrina (DÍEZ-PICAZO, p. 160; ALBALADEJO, pp. 249 y 250) consideran que la cláusula penal cumple una función punitiva. De este modo se entiende a esta institución como la sanción (consistente generalmente en cumplir la prestación de entregar una

¹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Comentarios al artículo 1342 del Código Civil. En: Código Civil comentado (autores varios), tomo VI, cuarta edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pág. 1019.

suma de dinero, pero que puede consistir en cualquier otra prestación) que ha de sufrir el deudor en caso no cumpla debidamente su obligación.

Se trata de una función excepcional, y que sólo operará cuando así se haya convenido, de ahí que esta función se encuentre en estrecha relación con la facultad de los contratantes de pactar penas privadas para los supuestos de incumplimiento. De este modo, los particulares generan un mecanismo que fortalece el vínculo obligacional, en cuyo caso, la penalidad no se pagará a título de daños y perjuicios, sino como una sanción -privada y voluntariamente asumida- por el incumplimiento”.

55. Recurriendo a la autorizada explicación de DÍEZ-PICAZO² tenemos lo siguiente:

“Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal. Económicamente, la estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito. La jurisprudencia ha señalado que entraña un “medio de presión”, que actúa sobre el deudor forzándole al cumplimiento y que, además, facilita la exigibilidad la hacer superflua o innecesaria la prueba del daño y de su cuantía, si la obligación es cumplida de un modo inadecuado. Jurídicamente, puede ser considerada también como una sanción, convencionalmente establecida, del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional”.

56. Atendiendo a lo señalado, bien puede afirmarse que no es controvertido la generación de un eventual daño en PROVIAS NACIONAL, ni ello ha sido sometido al conocimiento del Tribunal Arbitral, sino que lo que es materia de controversia es si corresponde aplicar o no la penalidad o multa civil pactada en el CONTRATO por haberse presentado hasta cuatro solicitudes de cambio de personal.
57. Para PROVIAS NACIONAL los certificados médicos que respaldarían la configuración del supuesto de exoneración de la penalidad, no causan convicción alguna, no convencen sobre la certeza de su contenido por el contexto en que han sido expedidos, y por la especialidad profesional de quien los suscribe. Conforme a ello, corresponde entonces a este Tribunal Arbitral evaluar la suficiencia e idoneidad de dichos medios probatorios, sobre la base de un criterio de razonabilidad.

² DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen segundo, Las relaciones obligatorias, quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, págs. 397 y 398.

58. Este Tribunal Arbitral estima que no se justifica repetir los argumentos de impugnación de PROVIAS NACIONAL, expresados en su oportunidad al responder la solicitud de sustitución de personal, así como en su contestación de demanda, los mismos que han sido expuestos precedentemente; sin embargo, merece destacarse en particular lo siguiente:

58.1. El CONSORCIO conoció desde un inicio (expediente técnico del proceso de selección que derivó en la ulterior suscripción del CONTRATO), que la obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani. Tramo: Negromayo – Yauri – San Genaro” se desarrollaría entre los 3,950 y 4,800 m.s.n.m. En razón de ello, es absolutamente razonable que adoptase oportunamente medidas para una adecuada selección del personal que incorporaría en su oferta técnica, siendo que, por elemental diligencia, podía requerir la presentación de un certificado de salud que acreditase que no había impedimento médico para realizar actividades en determinadas alturas. Corresponde al CONSORCIO probar su actuación oportunamente diligente, máxime cuando ello no representaba mayor costo que lo hubiese disuadido de plantear dicha exigencia al personal que incorporaría en su propuesta técnica.

En cualquier caso, la omisión informativa (reticencia) de dicho personal no es un tema ajeno al CONSORCIO, sino propio, de conformidad con lo sancionado en el artículo 1325 del Código Civil: responsabilidad objetiva por las acciones u omisiones del personal del cual se vale un deudor (el CONSORCIO frente a PROVIAS NACIONAL) para cumplir con sus obligaciones.

Sobre el particular, nos remitimos a la calificada opinión nacional³ en los términos siguientes:

“Siendo la intervención de los terceros una mera circunstancia práctica, impuesta por la razonabilidad de la división del trabajo, es natural que para efectos de la atribución de responsabilidad al deudor por la conducta ajena sea indiferente el hecho de que entre ambos exista una relación de dependencia.

(...)

... el deudor requiere a los auxiliares para cumplir un compromiso que le concierne sólo a él; los escoge por sí mismo, para su negocio y en interés propio; así, pues, si el actuar correcto de los auxiliares reporta ventajas para el deudor, también el actuar culposo de

³ LEÓN HILARIO, Leysser. Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación. En: Themis, revista de Derecho, publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 38, Lima, 1998, págs. 93 a 97.

aquéllos debe ser perjudicial para éste, y no para el acreedor que ni siquiera ha tenido participación en la escogencia; por motivos de justicia, de equidad, y de utilidad, en suma, quien emplea a colaboradores para cumplir, lo hace “a propio riesgo” “.

Según se aprecia, aplicando la regla de responsabilidad indirecta objetiva, en el supuesto (no acreditado) que el contratista hubiese actuado diligentemente en su oportunidad y obtenido información sobre el estado de salud de los profesionales que presentaría a PROVIAS NACIONAL para fines de incorporarlos en su oferta económica, de haber mediado ocultamiento o reticencia en la declaración de aquéllos sobre su real estado de salud, inclusive en dicho caso es reticencia no liberaba de responsabilidad al CONSORCIO, porque se trataba de una gestión realizada bajo su propio riesgo, siendo que PROVIAS NACIONAL carecía absolutamente de todo control sobre ello.

Conforme a lo anterior, hay una falta de elemental diligencia exigida por las circunstancias que justifica la imposición de la penalidad convenida. El CONSORCIO tuvo, en consecuencia, la posibilidad de evitar efectuar el cambio de profesionales por causa de intolerancia a la altura (por causa de distintas enfermedades ya existentes), ya que pudo preverlo antes de proponerlos en su propuesta técnica (evitándose la imposición de la penalidad), y no luego de suscrito el CONTRATO.

- 58.2. Otro aspecto importante, se refiere a la idoneidad del medio de prueba que pretende incluir los mencionados cambios de personal, en el supuesto de enfermedad incapacitante. La médico que suscribe los correspondientes certificados no es competente por su especialización profesional, opinión que es refrendada por el Colegio Médico del Perú en diversas comunicaciones referidas por PROVIAS NACIONAL en sucesivos escritos presentados, lo que ha llevado inclusive a la aplicación de sanciones gremiales.

Los certificados médicos presentados tratándose de los ingenieros Carlos Chávez, Percy Quispe y Arturo Bernardo, (i) fueron coincidentemente emitidos por la misma profesional, la médico cirujana doctora Rosa I. Díaz Miranda, con C.M.P. Nro. 16472, con especialidad en anestesiología, (ii) todos fueron emitidos el 11 de diciembre de 2017 y 12 de diciembre de 2017 (por los dos último ingenieros señalados), siendo que se diagnosticaron las siguientes enfermedades, dolencias o patologías: Bloqueo Completo Grado II, Asintomático, Fibrosis pulmonar leve a moderada de etiología a determinar, y Pneumoconiosis.

No puede negarse que llama razonablemente la atención que un diagnóstico de dicha naturaleza hubiese sido extendido como consecuencia de una

simple consulta médica, sin referencia alguna (ni respaldo documental) a las pruebas o exámenes realizados que permitían concluir en tales dolencias. En una posición extrema, dejando de lado lo relativo a la especialidad del profesional médico, podría entenderse como un diagnóstico preliminar o presuntivo, y no como uno definitivo (lo cual requería de pruebas y confirmación por un especialista), pero la indicada profesional no lo señala así en los certificados extendidos. Es más, el CONSORCIO presenta los certificados médicos como prueba que existe ciertamente una enfermedad incapacitante.

Este Tribunal Arbitral recurre a un ejemplo comparativo. No tiene duda que un médico neurólogo puede señalar, por los síntomas que le son narrados en una consulta, que el paciente padece de una gastritis, pero ello sería un diagnóstico presuntivo o referencial, porque si se pretende certeza, debería obtenerse el diagnóstico de un médico gastroenterólogo, quien seguramente lo formulará, luego de realizar algunas pruebas, que sustenten su juicio profesional.

Por lo tanto, los documentos de diagnóstico presentados por el CONSORCIO para sustentar que se encuentra en un supuesto de inaplicación de la penalidad, no son idóneos, y no acreditan o prueban razonablemente que se haya configurado ciertamente una “enfermedad incapacitante”.

Y tratándose de los certificados médicos presentados refiriéndose a la salud del ingeniero Antonio Cieza, de fechas 22 de febrero y 26 de marzo de 2018 (en el primero de los cuales se expresa que el paciente presenta signos y síntomas de hipertensión arterial no controlada, mientras que en el segundo se diagnostica hipertensión arterial controlada y diabetes mellitus en tratamiento), al igual que en los casos de los otros profesionales anteriormente mencionados, los médicos que los suscriben respectivamente, doctores Joseph Alfonso Mendoza Flores (primer certificado) es médico cirujano (calidad de un profesional médico al egresar de la universidad), careciendo de especialidad registrada, y Héctor Hachiri Ccorahua (segundo certificado) es médico auditor, por lo que cuenta con un perfil administrativo, no son los profesionales objetivamente idóneos para realizar ciertamente diagnósticos definitivos ajenos a su especialidad (de tenerla, desde luego).

59. Se deja expresa constancia que para la estimación de los argumentos de las partes, y de sus medios de defensa, se ha considerado lo expresado en los demás escritos presentados, una vez concluida la etapa postulatoria, en particular sus alegatos del 12 y 13 de diciembre de 2019, del CONSORCIO y PROVIAS NACIONAL, respectivamente, así como el escrito presentado por esta última el 29 de enero de 2020, sobre la documentación generada por el Colegio Médico del Perú,

documentos a los cuales hizo especial referencia en su exposición oral final para destacar el cuestionamiento sobre la falta de idoneidad profesional de los certificados médicos presentados en su oportunidad por el CONSORCIO.

60. De otro lado, este Tribunal Arbitral estima pertinente analizar y pronunciarse sobre el argumento de defensa del CONSORCIO sobre que las “enfermedades incapacitantes” del personal que presentó en su oportunidad para fines de la celebración del CONTRATO, corresponden a una fuerza ajena a su control, a un supuesto de caso fortuito. Al respecto debe destacarse que, mediante su escrito de absolución de la contestación de la demanda, presentado el 10 de diciembre de 2018, a modo de respaldo de dicha aseveración, el CONSORCIO adjuntó copia de la Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura Nro. 008-2017-CR.CAJ/GRI del 17 de enero de 2017, la misma que fue admitida finalmente como medio probatorio.
61. Al respecto, este Tribunal Arbitral destaca que el referido medio probatorio sólo hace referencia a que la respectiva empresa contratista, para justificar el cambio de personal, invoca una situación de fuerza mayor (problema de salud), empero, el respectivo acto administrativo del Gobierno Regional de Cajamarca no contiene análisis propio alguno sobre la cuestión. Por lo tanto, el medio probatorio carece de utilidad concreta sobre la materia; sin perjuicio que, en cualquier caso, corresponde sólo a un criterio, que puede ser o no compartido. Pero más allá de ello, lo cierto es que, en el presente y concreto caso sometido a conocimiento y decisión de este Tribunal Arbitral, las supuestas enfermedades incapacitantes ya se habrían generado antes de la celebración del CONTRATO, por lo que actuando con la diligencia exigida por las circunstancias, el CONSORCIO pudo haber establecido mecanismos para tomar conocimiento de las mismas y proponer, en consecuencia, un cuerpo de profesionales que fuese efectiva y realmente, apto para trabajos en altura, por lo que su omisión corresponde a una falta de diligencia elemental conforme ya ha sido destacado. En línea a ello, no se puede sostener que se esté ante situaciones imprevisibles, lo cual es un requisito esencial de una causa ajena, llámese caso fortuito o fuerza mayor, conforme al artículo 1315 del Código Civil.
62. En efecto, como bien explica HINESTROSA⁴, para calificar si un evento es previsible o no, deberá evaluarse si el deudor podía y debía prever el advenimiento del hecho en cuestión. Y para ello se toma en consideración el criterio de razonabilidad atendiendo a las circunstancias del caso real, de manera que pueda llegarse a una respuesta sensata, equitativa, que es necesariamente casuística. Conforme a ello, cabe preguntarse si el CONSORCIO al preparar su oferta técnica e incluir la relación de profesionales, ¿estaba o no en la mejor situación al menor costo, de obtener información sobre los profesionales que se comprometían a

⁴ HINESTROSA. Fernando. Tratado de las Obligaciones, tomo I, tercera edición, primera reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág.702.

brindar servicios en determinada altura, en el lugar de ejecución de las obras? Según ya ha sido destacado, este Tribunal Arbitral estima una respuesta positiva, por lo que no cabe invocar situación imprevisible, ajena, sin responsabilidad atribuible.

63. Y, a mayor abundamiento, de admitirse que hubiese habido reticencia por parte de los profesionales que fueron contactados y contratados para fines de la obra, según ya ha sido también destacado precedentemente, esa reticencia no es ajena al CONSORCIO, aplicando la regla de responsabilidad indirecta objetiva contenida en el artículo 1325 del Código Civil, en aplicación supletoria.
64. Por último, este Tribunal Arbitral destaca que la aplicación de la penalidad recurrida es objetiva, por el solo hecho de incurrirse en el supuesto de aplicación, establecido convencionalmente, salvo que el interesado, el CONSORCIO, demuestre, y no solo invoque, que el cambio de personal obedece a fallecimiento o a enfermedad incapacitante, como únicos supuestos eximentes acordados por las partes. Y si bien, en su momento, el CONSORCIO ya ha expresado directamente su desacuerdo con el criterio de la entidad de aplicar la penalidad regulada en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO, lo cierto y definitivo es que la discusión sobre ello ha sido presentada finalmente por el CONSORCIO ante este Tribunal Arbitral para que conozca de la misma y la defina, resolviendo conforme a derecho.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

65. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal Arbitral tiene la firme convicción que el CONSORCIO no ha probado, ni ante PROVIAS NACIONAL en su oportunidad, ni en los seguidos en el presente caso arbitral, que se haya configurado efectivamente el supuesto de “enfermedad incapacitante”, por lo que por el solo hecho de haber presentado la solicitud de cambio de personal se incurrió en el supuesto de aplicación de la penalidad establecida en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
66. Por las consideraciones expresadas, corresponde desestimarse la primera y segunda pretensión de la demanda, declarándose infundadas, al no haberse probado los hechos referidos como fundamento del petitorio.

Sobre la tercera pretensión de la demanda

67. Que el Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no ordenar que PROVIAS NACIONAL, como parte demandada, pague los costos y costas del presente proceso arbitral.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

68. Conforme al escrito de demanda, estimando que ha probado de manera irrefutable las pretensiones demandadas, el CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral condene a PROVIAS NACIONAL al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral, esto es, honorarios de los árbitros, de la administración y secretaría (arbitrales), de los profesionales técnicos y legales encargados de su defensa, y cualquier otro concepto que se considere como gasto arbitral. Este Tribunal Arbitral deja expresa constancia que, a diferencia de las otras pretensiones planteadas, ésta carece de fundamentación o sustentación específica, entendiéndose que dicho fundamento reposa en que PROVIAS NACIONAL asumiría los costos y costas por ser finalmente la parte vencida, a criterio del CONSORCIO.

Fundamentación por parte de PROVIAS NACIONAL

69. Siendo que PROVIAS NACIONAL estima que, en contestación de la demanda, ha acreditado la infundabilidad de cada una de las pretensiones demandadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje (de aplicación supletoria), según el cual los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida (salvo acuerdo distinto), el Tribunal Arbitral deberá disponer que el CONSORCIO pague el total de los costos incurridos en el presente proceso arbitral.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

70. El Tribunal Arbitral ha verificado que la cláusula trigésimo sexta del CONTRATO, sobre el convenio arbitral, carece de una disposición específica sobre el régimen de asunción de costos y costas, de manera que ello queda librado finalmente a lo que se resuelva en sede arbitral. Por consiguiente, corresponde tenerse en consideración supletoria lo establecido en los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje:

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

*Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. **A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título. (...)**”.*

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. **A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.** Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.*

Lo destacado en negrita es nuestro.

71. Atendiendo a que las pretensiones del CONSORCIO han sido finalmente desestimadas por este Tribunal Arbitral, a la actuación observada por ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral, habiendo colaborado para que no se extienda innecesariamente, no advirtiéndose de una mala fe en las actuaciones, este Tribunal Arbitral concluye que el CONSORCIO -como parte vencida- debe asumir el íntegro del pago de los gastos del proceso (honorarios de los árbitros y los gastos administrativos) derivados del presente proceso arbitral.
72. Conforme a las liquidaciones practicadas por el CENTRO, los honorarios del Tribunal Arbitral ascienden a S/. 10,967.40 (Diez mil novecientos sesenta y siete y 40/100 Soles), importe bruto, por cada uno de los tres árbitros que componen el Tribunal Arbitral, lo que arroja un total de S/. 32,902.20 (Treinta mil novecientos dos y 20/100 Soles), siendo que los gastos administrativos ascienden a su vez a S/. 9,219.00 (Nueve mil doscientos diecinueve y 00/100 Soles) más I.G.V., importes que fueron pagados totalmente por el CONSORCIO (inclusive en vía de subrogación autorizada por el CENTRO, ante la falta de pago por parte de PROVIAS NACIONAL de la cuota que le correspondía pagar, conforme a las reglas del proceso), por lo que no existe suma que reembolsar a PROVIAS NACIONAL.
73. Asimismo, con criterio de equidad, este Tribunal Arbitral dispone que cada parte asumirá por su cuenta lo relativo a sus respectivos gastos de defensa, esto es, por honorarios de abogados.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

74. Por las consideraciones expresadas, este extremo de la demanda debe estimarse de manera parcial o limitada, disponiéndose que el CONSORCIO asumirá el íntegro del pago de los gastos del proceso (honorarios de los árbitros y los gastos administrativos) derivados del presente proceso arbitral, siendo que cada una de las partes asumirá sus respectivos gastos de defensa, costos u honorarios de abogados y demás asesores.

CONSIDERACIONES FINALES:

75. De manera previa a la expedición de su resolución final y definitiva sobre las materias sometidas a su conocimiento, este Tribunal Arbitral considera pertinente dejar expresa constancia de lo siguiente:
 - 75.1. Que, el presente arbitraje se constituyó de acuerdo a lo pactado por las partes en el CONTRATO, siendo de carácter nacional, de derecho e institucional, bajo administración del CENTRO, no habiéndose presentado cuestionamiento alguno a su competencia.

- 75.2. Que, la demanda, y su contestación, se presentaron dentro de los plazos establecidos.
- 75.3. Que, ambas partes han tenido por igual plena y amplia oportunidad para ejercer su derecho de defensa, ofrecer y actuar sus medios probatorios, sin restricciones en cuanto la oportunidad de presentación, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive, de informar oralmente sobre hechos y el derecho, habiendo sido oportuna y válidamente notificadas de todos y cada uno los actos realizados y de las decisiones expedidas por el Tribunal Arbitral, habiéndose respetado en general al debido proceso como garantía jurisdiccional que orienta y ordena a este y a todo arbitraje.
- 75.4. Que, se han considerado para efectos de laudar todos y cada uno de los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas y cada una de las pruebas presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión final es el resultado de dicho análisis y de la firme convicción del Tribunal Arbitral sobre los alcances de la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos invocados por las partes no hayan sido expresamente mencionados o citados en la presente Decisión, atendiendo que el Tribunal Arbitral ya se considera suficientemente informado para laudar.
- 75.5. Que, conforme a las normas del CENTRO, los honorarios arbitrales y gastos administrativos fueron oportunamente liquidados y pagados.
- 75.6. Que, se ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en las reglas del presente proceso arbitral.

SE DECIDE:

76. Por los fundamentos enunciados en la parte considerativa del presente Laudo, respecto a cada una de las materias sometidas a su conocimiento, el Tribunal Arbitral decide de manera final, definitiva e inapelable conforme a lo siguiente:
- 76.1. DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que corresponde declarar que los cambios de personal profesional solicitados por el CONSORCIO, a los que se refiere la demanda, no se encuentran dentro de los supuestos eximentes de aplicación de penalidades, establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.
- 76.2. DECLARAR INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde declarar que no corresponde aplicar

y/o descontar monto alguno por concepto de penalidades de las futuras valorizaciones que presente el CONSORCIO por encontrarse dentro de uno de los supuestos eximentes de aplicación de penalidades, establecidos en el numeral 19.4 de la cláusula décimo novena del CONTRATO.

76.3. DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA, por lo que corresponde declarar que el CONSORCIO asumirá el íntegro del pago de los gastos del proceso (honorarios de los árbitros y los gastos administrativos), siendo que cada una de las partes, tanto el CONSORCIO como PROVIAS NACIONAL, asumirá sus respectivos costos u honorarios de abogados y demás asesores.

77. Encargar a secretaria arbitral que proceda a notificar a las partes del presente Laudo conforme a las disposiciones reglamentarias del CENTRO, y de la propia normativa sobre contratación pública, sin perjuicio de registrarse el mismo en el SEACE.



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA
Presidente del Tribunal Arbitral



MARIO LINARES JARA
Árbitro

MARIO ERNESTO LINARES JARA
Árbitro



CECILIA MÓNICA ESPICHE ELIAS
Árbitra