

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE:	Consortio Vial Ambo (conformado por las empresas Constructora Santa Fe Ltda. Sucursal del Perú, Grinor S.A. Sucursal del Perú y JE Construcciones Generales S.A.) CONSORCIO VIAL AMBO (En adelante también Consortio/ Consortio Vial Ambo/ CVA)
DEMANDADO:	Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - PROVÍAS NACIONAL (En adelante también Provias Nacional/ Provias/ Entidad)
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Irma Isabel Rivera Ramírez (Presidente) Ignacio Torterola (árbitro) Daniel Triveño Daza (árbitro)
SECRETARIA ARBITRAL:	Claudia Rojas Ventura Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.
EXPEDIENTE ARBITRAL:	2196-158-19

DECISIÓN N° 34:

En Lima, a los 9 días del mes de julio del año dos mil veinticinco (2025), el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a los argumentos planteados por las partes, dicta el siguiente laudo:

I. Partes:

Demandante:

**Consorcio Vial Ambo (conformado por las empresas Constructora Santa Fe Ltda. Sucursal del Perú, Grinor S.A. Sucursal del Perú y JE Construcciones Generales S.A.)
CONSORCIO VIAL AMBO**

Domicilio procesal electrónico:

Romina.Segura@echecopar.com
CarolinaAnnette.Ortiz@echecopar.com
JuanCarlos.Moron@echecopar.com
Roxana.Gayoso@echecopar.com
aandia@saceem.com
raul@bafur.com.pe
adonnangelo@saceem.com
mauricio.rodriguez@santafegrupo.com
aaltez@consorcioambo.com.pe
rvarillas@consorcioambo.com.pe
rramos@consorcioambo.com.pe

Demandando:

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - PROVÍAS NACIONAL

Domicilio procesal electrónico:

arbitraje2020@mtc.gob.pe
dortiz@mtc.gob.pe
jjimenezu@mtc.gob.pe
kloarte-prov@mtc.gob.pe
kloarteppmtc@gmail.com

II. El Convenio Arbitral:

1. El convenio arbitral está recogido en la cláusula Trigésimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20 (en adelante, el Contrato):

CLÁUSULA TRIGÉSIMO OCTAVA: CONVENIO ARBITRAL

38.1. Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

38.2. Las partes acuerdan que las controversias que surjan, sobre la ejecución interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, y sus modificatorias, así como las demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.

LEONTERO
LEGAL

38.3. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 146°, 152°, 168°, 170°, 177°, 178°, 179° de **EL REGLAMENTO**, o en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de **LA LEY**. El arbitraje será de tipo institucional.

38.4. Facultativamente, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° de **EL REGLAMENTO**, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad de **EL CONTRATO** sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

38.5. Si la Conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes podrán someter a la competencia arbitral la solución definitiva de las controversias. Para tal efecto, cualquiera de las partes deberá iniciar el arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles siguientes de concluida la Conciliación. El vencimiento del plazo antes indicado, sin que se haya iniciado el arbitraje, implicará la renuncia a las pretensiones fijadas en la solicitud de Conciliación.

38.6. Las reglas aplicables al proceso arbitral serán las vigentes al momento de la suscripción del presente Contrato.

38.7. Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, el mismo que se realizará bajo la organización, administración y reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; sin perjuicio de lo establecido en el presente Convenio Arbitral.

Por normas complementarias se entiende, enunciativamente, a los Estatutos, Códigos de Ética, Reglamento de Aranceles y Pagos y demás aplicables por el Centro Institucional para el desarrollo del proceso arbitral.

38.8. En caso que el monto de la cuantía de la (s) controversia (s), señalada (s) en la solicitud de arbitraje, sea(n) mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.

38.9. Si el monto de la cuantía de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje es igual o menor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias - UIT, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por Arbitro Único.

38.10. En caso que la (s) controversia (s) señaladas en la solicitud de arbitraje, verse (n) sobre materia de cuantía indeterminable, ésta (s) deberá (n) ser resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.

38.11. Las partes contarán con un plazo no menor de veinte (20) días hábiles para presentar su escrito de demanda, contestación de demanda, reconvención o contestación a la reconvención, según corresponda. El mismo plazo regirá para la presentación de medios de defensa, cuestiones previas, cuestionamientos probatorios o excepciones.

38.12. En caso se ofrezca una pericia de parte o se actúe una pericia de oficio, dicha labor debe ser encomendada por el Tribunal Arbitral o Arbitro Único a persona natural o jurídica de reconocida especialidad en la materia. Una vez presentado el dictamen o Informe Pericial correspondiente, la(s) parte(s) deberá absolverlo o formular sus observaciones en un plazo no menor de veinte (20) días hábiles.

38.13. En caso que cualquiera de las partes o ambas soliciten al Tribunal Arbitral o Arbitro Único una pericia o cuando el Tribunal Arbitral o Arbitro Único solicite de oficio una Pericia, se dispondrá la ejecución de la misma, debiendo asumir proporcionalmente cada parte el costo final de dicha actuación probatoria o en iguales proporciones, respectivamente, según corresponda. Para estos efectos, el Tribunal Arbitral o Arbitro Único tendrá en cuenta la propuesta de puntos a analizar que las partes proporcionen.

38.14. En el caso de Arbitro Único y del Presidente del Tribunal Arbitral Colegiado, la designación la realizará el Centro Institucional determinado. En el caso de designación de los otros dos árbitros del Tribunal Arbitral Colegiado, se realizará por cada una de las partes, en los plazos establecidos en el Centro Institucional.

38.15. Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo Contrato se procederá de acuerdo con el numeral 45.8 del artículo 45° de LA LEY.

38.16. Las partes no le confieren al Tribunal Arbitral Colegiado o al Arbitro Único la posibilidad de ejecutar el Laudo.

38.17. El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, pudiendo ser anulado de acuerdo con el numeral 45.9 del artículo 45° de LA LEY.

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

38.19. Las reglas de la Internacional Bar Association sólo podrán ser aplicadas para todos los efectos del arbitraje si existe un acuerdo previo y por escrito entre las partes.

38.20. En caso se inicie un proceso arbitral en el cual la controversia verse sobre la Liquidación del Contrato, el Tribunal deberá suspender su pronunciamiento sobre el fondo y la emisión de Laudo alguno, de existir controversias pendientes de resolver.

38.21. Respecto de la interposición del Recurso de Anulación del Laudo Arbitral, las partes deberán ponerse de acuerdo antes de la firma del presente contrato, sobre si constituirá o no requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse. En caso de no existir acuerdo entre las partes, la presentación de los documentos referidos no constituirá requisito de admisibilidad para el referido recurso, no obstante lo indicado en el Reglamento del Centro Institucional.

La presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solidaria por el monto laudado o cualquier tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, no será necesaria para requerir la suspensión de los efectos del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, no obstante lo indicado en el Reglamento del Centro Institucional.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

III. Instalación del Tribunal Arbitral

2. Como miembros del Tribunal Arbitral se designaron a:
3. El abogado **Ignacio Torterola** como árbitro de parte demandante, quien aceptó su designación mediante comunicación del **18 de junio de 2019**.
4. El abogado **Daniel Triveño Daza** como árbitro de parte demandada, quien aceptó su designación mediante comunicación del **17 de junio de 2019**.
5. La abogada **Irma Isabel Rivera Ramírez** como presidenta del Tribunal Arbitral, quien aceptó su designación mediante comunicación del **6 de agosto de 2020**.
6. Adicionalmente, se designó a **Claudia Rojas Ventura** como Secretario Arbitral.

IV. Administración del arbitraje y derecho aplicable al proceso arbitral

7. Conforme a lo establecido en la Decisión No. 2, en el que se hizo referencia a la voluntad de las partes expresada en el Contrato, el arbitraje fue administrado de conformidad con los Reglamentos y Lineamientos de Trabajo de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (“en adelante el “Reglamento PUCP”).
8. En virtud de lo anterior, las partes se sometieron incondicionalmente al Reglamento PUCP, a las reglas definidas en la Decisión No. 2, al Código de

Ética y Política Antisoborno del Centro, así como a las decisiones del Tribunal Arbitral y del Centro.

9. Así mismo, la ley aplicable al presente trámite será la ley peruana.

V. Lugar y sede del arbitraje

10. Como lugar del arbitraje y sede la ciudad de Lima y como sede institucional. el local del Centro de Arbitraje, situado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro, Lima; sin perjuicio de ello, las actuaciones arbitrales se realizarán de manera virtual.

VI. Resumen de las actuaciones arbitrales:

11. El 5 de octubre de 2020, se profirió la Decisión No. 1, mediante la cual el Tribunal Arbitral aceptó las dos solicitudes de acumulación de pretensiones formuladas por el Consorcio Vial Ambo por haberse presentado antes de la conclusión de la etapa probatoria.
12. El 5 de octubre de 2020, se profirió la Decisión No. 2, mediante la cual el Tribunal estableció las reglas del proceso, fijó plazos para demanda y contestación, reguló presentación de escritos, audiencias y cierre de actuaciones, y otorgó quince días hábiles a Provias Nacional para acreditar la inscripción del Tribunal en el SEACE.
13. El 11 de diciembre de 2020, se profirió la Decisión No. 3, mediante la cual se remitieron a Provias Nacional los documentos de identidad de los árbitros extranjeros y se le concedió un plazo adicional de quince días hábiles para completar la inscripción de los árbitros en el SEACE.
14. El 15 de febrero de 2021, se profirió la Decisión No. 4, mediante la cual se admitió a trámite la demanda arbitral del Consorcio Vial Ambo, se tuvieron por ofrecidos sus medios probatorios y se corrió traslado a Provias Nacional por cuarenta y cinco días hábiles, otorgándole además quince días adicionales para acreditar la inscripción de los árbitros en el SEACE.
15. El 22 de marzo de 2021, se profirió la Decisión No. 5, mediante la cual el Tribunal tuvo por cumplida la inscripción de los miembros del Tribunal Arbitral en el SEACE a cargo de Provias Nacional.

16. El 6 de septiembre de 2021, se profirió la Decisión No. 7, mediante la cual se suspendió el arbitraje por quince días por falta de pago de honorarios, advirtiéndose que, de persistir el incumplimiento, el expediente sería archivado.
17. El 18 de enero de 2022, se profirió la Decisión No. 10, mediante la cual se tuvo por cumplidos requerimientos probatorios de Provias Nacional, se tuvo por ofrecido el Informe Especial N° 01-2021 con sus anexos y se corrió traslado al Consorcio Vial Ambo y a Provias Nacional por cinco días hábiles para pronunciarse.
18. El 25 de enero de 2022, se profirió la Decisión No. 11, mediante la cual, al resolver un recurso de reconsideración del Consorcio Vial Ambo, se ampliaron a cuarenta y cinco días hábiles los plazos de traslado fijados en la Decisión No. 10 y se exhortó al Consorcio a acreditar el pago de saldos pendientes.
19. El 7 de julio de 2022, se profirió la Decisión No. 13, mediante la cual el Tribunal determinó los puntos controvertidos, ordenó la presentación de documentos faltantes por ambas partes y anunció que el calendario de audiencias se fijaría una vez cumplidos los requerimientos documentales.
20. El 10 de agosto de 2022, se profirió la Decisión No. 14, mediante la cual se tuvo por cumplido un requerimiento de Provias Nacional, se concedió al Consorcio Vial Ambo un último plazo de cinco días para remitir documentación pendiente y se le corrió traslado para pronunciarse sobre un informe.
21. El 3 de octubre de 2022, se profirió la Decisión No. 15, mediante la cual se tuvo por presentada la pericia de parte del Consorcio Vial Ambo y se corrió traslado de esta a Provías Nacional para emitir su opinión y observaciones. Asimismo, se otorgó al Consorcio Vial Ambo un plazo adicional para que informe si ya contaba con la Carta N° 019-2018-CVA.
22. El 2 de noviembre de 2022, se profirió la Decisión No. 16, mediante la cual se requirió al Consorcio justificar la relevancia y custodia de la Carta N° 019-2018-CVA solicitada en exhibición y se dispuso la custodia del pedido por la Secretaría Arbitral.
23. El 11 de noviembre de 2022, se profirió la Decisión No. 17, mediante la cual se tuvo por cumplido el requerimiento anterior del Consorcio, se corrió

traslado a Provias Nacional por diez días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de exhibición y se mantuvo la custodia documental.

24. El 28 de diciembre de 2022, se profirió la Decisión No. 18, mediante la cual se concedió al Consorcio Vial Ambo treinta días hábiles para absolver las observaciones realizadas a la pericia del ingeniero Guillermo Vega.
25. El 3 de marzo de 2023, se profirió la Decisión No. 19, mediante la cual se tuvo por absueltos los traslados vinculados a la pericia y se anunció que la oposición de Provias Nacional a la exhibición de la Carta N° 019-2018-CVA sería resuelta en una decisión posterior.
26. El 15 de agosto de 2023, se profirió la Decisión No. 20, mediante la cual se declaró fundada la oposición de Provias Nacional y se inadmitió la solicitud de exhibición de la Carta N° 019-2018-CVA por incumplir los requisitos procesales y por su presentación extemporánea.
27. El 12 de septiembre de 2023, se profirió la Decisión No. 21, mediante la cual se admitió el recurso de reconsideración del Consorcio Vial Ambo contra la Decisión No. 20, se corrió traslado a Provias Nacional por cinco días y se confirmaron datos de correo electrónico del Consorcio Vial Ambo.
28. El 10 de noviembre de 2023, se profirió la Decisión No. 22, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración del Consorcio Vial Ambo y se ratificó la inadmisión de la exhibición de la Carta N° 019-2018-CVA.
29. El 15 de febrero de 2024, se profirió la Decisión No. 23, mediante la cual se fijó el cronograma de audiencias (ilustración de hechos y sustentación pericial) y se otorgó a las partes cinco días para proponer distribución de tiempos.
30. El 1 de abril de 2024, se profirió la Decisión No. 24, mediante la cual se precisaron los tiempos de las audiencias de abril, se tuvo por cumplido el mandato para la propuesta de tiempos del Consorcio Vial Ambo y se dejó constancia del silencio de Provias Nacional.
31. El 10 de mayo de 2024, se profirió la Decisión No. 25, mediante la cual se declaró el cierre de la etapa probatoria, se concedieron veinte días hábiles para presentar alegatos escritos, se convocó audiencia de informes orales para el 3 de julio de 2024 y se prohibió la presentación de nuevas pruebas.

32. El 21 de mayo de 2024, se profirió la Decisión No. 26, mediante la cual se aprobaron las propuestas de tiempos de ambas partes para la audiencia de informes orales, se actualizó la información de contacto de Provias Nacional y se instruyó a la Secretaría sobre los formularios de participación.
33. El 19 de junio de 2024, se profirió la Decisión No. 27, mediante la cual se tuvieron por presentados los alegatos y se corrió traslado al Consorcio Vial Ambo de un pedido de admisión de pruebas de su contraparte pese al cierre probatorio.
34. El 26 de junio de 2024, se profirió la Decisión No. 28, mediante la cual se suspendió la audiencia de informes orales del 3 de julio del 2024, se otorgó al Consorcio Vial Ambo un plazo adicional de cinco días para pronunciarse sobre las nuevas pruebas y se anunció que el Tribunal evaluaría su admisibilidad.
35. Mediante Decisión N° 29, notificada a las partes el 25 de julio de 2024, el Tribunal Arbitral resolvió no admitir como medios probatorios los documentos ofrecidos por Provias Nacional mediante escrito de fecha 11 de junio de 2024. Asimismo, se dispuso reprogramar la audiencia de informes orales para el 27 de agosto de 2024.
36. Con la Decisión N° 30, notificada el 20 de agosto de 2024, el Tribunal Arbitral dispuso correr traslado al Consorcio Vial Ambo de la reconsideración formulada por Provias Nacional contra la Decisión N° 29. Asimismo, se dispuso suspender la audiencia de informes orales.
37. Con la Decisión N° 31, notificada el 31 de octubre de 2024, se declaró infundada la reconsideración de Provias Nacional contra la Decisión N° 29 y se encomendó a la secretaría arbitral coordinar con las partes la nueva fecha de audiencia de informes orales.
38. El 14 de enero de 2025 a las 10:00 a.m. con la presencia de los representantes de ambas partes se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la cual se otorgó el uso de la palabra tanto al contratista como a la Entidad.
39. Mediante Decisión N° 32, notificada a las partes el 24 de febrero de 2025, se dispuso otorgar a las partes un plazo adicional de 10 días hábiles para que presenten un resumen final de lo discutido en audiencia.

40. Con la Decisión N° 33, notificada el 28 de abril de 2025, el Tribunal Arbitral dispuso tener por presentadas las conclusiones por ambas partes, declarar el cierre de las actuaciones arbitrales y fijar el plazo para laudar en 50 días hábiles los cuales vencerían el 9 de julio de 2025.

VII. Posiciones de las Partes¹:

VII.1. Demanda presentada por Consorcio Vial Ambo:

41. Consorcio Vial Ambo presentó las siguientes pretensiones de la demanda:

EN RELACIÓN CON LOS PEDIDOS DE AMPLIACIÓN DE PLAZO:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se deje sin efecto la Resolución Directoral N.º 294-2019-MTC/20 del 6 de febrero de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de nuestra Solicitud Ampliación de Plazo N.º 1 y, en consecuencia, se aprueben los 64 días calendarios solicitados.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a PROVIAS pagar al CVA la suma de S/ 3'273,369.01 (Tres millones doscientos setenta y tres mil trescientos sesenta y nueve con 001/100 Soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/ 2'609,273.38 (Dos millones seiscientos nueve mil doscientos setenta y tres y 38/100 Soles), por concepto de Costos Directos, derivados de nuestra Solicitud de Ampliación de Plazo N.º 1, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en el supuesto en que se declare infundada la Primera Pretensión Principal, se declare que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de utilizar área definida para el polvorín en Expediente Técnico, no es atribuible al CVA y, por ende,

¹ Las posiciones de las partes pueden ser citadas textualmente, parafraseadas y/o resumidas para efectos metodológicos sin que ello implique que no se han tomado en cuenta todas las alegaciones de las partes.

no corresponde que PROVIAS aplique penalidad por mora, por el periodo del 25 de setiembre de 2018 hasta el 1 de febrero de 2019.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se deje sin efecto la Resolución N.º 977-2019-MTC/20 del 31 de mayo de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de nuestra Solicitud Ampliación de Plazo N.º 2 y, en consecuencia, se otorgue al CVA los 15 días calendarios solicitados.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a PROVIAS a pagar al CVA la suma de S/ 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 Soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/ 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 Soles), por concepto de Costos Directos, derivados de nuestra Solicitud de Ampliación de Plazo N.º 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en el supuesto en que se declare infundada la Segunda Pretensión Principal, se declare que el atraso generado en la Obra, por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que PROVIAS aplique penalidad por mora por el periodo del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se deje sin efecto la Resolución N.º 1277-2019-MTC/20 del 2 de julio de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de nuestra Solicitud Ampliación de Plazo N.º 3 y, en consecuencia, se otorgue al CVA los 26 días calendarios solicitados.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS a pagar al CVA la suma de S/ 1'329,806.14 (Un millón trescientos veintinueve mil ochocientos seis con 14/100 Soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/ 1'538,377.20 (Un millón quinientos treinta y ocho mil trescientos sesenta y siete y 20/100 Soles), por concepto de Costos Directos, derivados de nuestra Solicitud de Ampliación de

Plazo N.º 3, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en el supuesto en que se declare infundada la Tercera Pretensión Principal, se declare que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que PROVIAS aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

EN RELACIÓN CON LAS PENALIDADES APLICADAS DISTINTAS A LA DE MORA:

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare que la postergación del inicio del plazo de ejecución de OBRA, por causas no atribuibles al CVA configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el CVA no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, como consecuencia de que se declare fundada la pretensión principal precedente, se declare que no cabe penalizar al CVA por el cambio de los profesionales de la Oferta y/o no contar con ellos una vez iniciada la ejecución cuando menos hasta la sustitución del referido profesional con la aprobación del reemplazo por PROVIAS debido a la especialización requerida de los profesionales.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, como consecuencia de que se declare fundada la cuarta pretensión principal, solicitamos se dejen sin efecto las penalidades aplicadas al CVA por los supuestos regulados en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4 de las Cláusula Décima Novena del Contrato.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en caso se decida que corresponde aplicar al CVA penalidad por incumplimiento injustificado, solicitamos que se declare que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar

por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral reduzca equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, solicitamos se deje sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al CVA por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en caso se decida que corresponde aplicar al CVA penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta solicitamos que se declare que de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en caso se decida que corresponde aplicar al CVA penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta solicitamos se reduzca los montos descontados bajo concepto penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

- No cabe aplicar penalidad alguna durante el período que PROVIAS evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio y hasta su aprobación.
- No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.
- No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las bases.
- Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se deje sin efecto las penalidades aplicadas al CVA por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su

aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en caso se decida que corresponde aplicar al CVA penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, solicitamos que se reduzcan las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a PROVIAS efectuar la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los siguientes montos descontados al CVA por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4, 19.7, 19.8.

CON RELACIÓN AL DESCUENTO O REDUCCIÓN DE LOS GASTOS GENERALES VARIABLES EN LAS VALORIZACIONES:

OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales asignados a la obra, solo cabe la aplicación de penalidades de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del CVA.

NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a PROVIAS pagar mediante una valorización el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al CVA mediante las valorizaciones que se acompañan a esta demanda y que descuenta justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra; que está sujeto a penalidad del 19.2.

SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE CAMBIO DE PROFESIONALES:

DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se declare que, de acuerdo al Contrato y la normativa aplicable, es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante PROVIAS y que

esta tiene la obligación de pronunciarse sobre las mismas dentro de ocho (8) días de presentadas.

UNDÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se declare que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el CVA mediante Cartas N.º 042-2020-CVA-RO, N.º 043-2020-CVA-RO y N.º 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a PROVIAS, quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del RLCE.

DUODÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare que cualquier atraso o impacto en plazo producto de este cambio del proceder de PROVIAS o cuestionamiento a la participación de los profesionales es atribuible PROVIAS y por ende no justifica la aplicación de penalidad alguna al respecto o de cualquier sanción que pudiera pretender aplicar PROVIAS al CVA.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES, ACCESORIAS Y/O SUBORDINADAS:

Que se reconozca y pague los intereses legales sobre los montos que este Tribunal Arbitral ordene pagar a favor del CVA.

DÉCIMO TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se solicita se condene a PROVIAS al pago de Costos y Costas del arbitraje

42. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos alegados por Consorcio Vial Ambo:
43. El Consorcio Vial Ambo sostiene, en síntesis, que los atrasos y sobrecostos que enfrenta la obra “Mejoramiento de la Carretera Oyón-Ambo, Tramo I” son imputables exclusivamente a Provias Nacional y no al contratista. Desde el inicio del contrato —cuya ejecución se difirió de enero a septiembre de 2018 por incompatibilidades del Expediente Técnico y falta de liberación de áreas— el Consorcio Vial Ambo advierte que la Entidad incumplió sus obligaciones de saneamiento, acceso y habilitación de áreas auxiliares (polvorín y canteras), generando una ruta crítica imposible de cumplir dentro del plazo original de 720 días.

44. A partir de esos hechos, el Consorcio solicitó diecinueve ampliaciones de plazo; sin embargo, Provias Nacional rechazó sistemáticamente dichas solicitudes. En esta demanda se controvierten tres de esas denegatorias: (i) 64 días por imposibilidad de usar el área de polvorín, (ii) 15 días por falta de accesos a las canteras Yanamayo y Rupay, y (iii) 26 días por la anulación de las licencias de extracción en dichas canteras. El Consorcio Vial Ambo pide que se declaren nulas las resoluciones directorales que rechazaron esos pedidos, se aprueben las ampliaciones y se reconozcan los mayores gastos generales (aprox. S/ 5.37 millones) y costos directos (aprox. S/ 5.14 millones) asociados.
45. Paralelamente impugna la imposición y los descuentos de penalidades distintas a la de mora. Alega que el cambio o ausencia de profesionales y la no movilización de ciertos equipos se debieron al diferimiento del inicio de obra y a circunstancias de fuerza mayor, por lo que las penalidades de los numerales 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7 del contrato resultan improcedentes o, en su defecto, deben reducirse por falta de razonabilidad y doble aplicación concurrente. Así mismo, solicita se ordene la devolución de los montos ya descontados bajo esos conceptos.
46. Reclama, además, que Provias Nacional ha descontado gastos generales variables en las valorizaciones aduciendo la misma supuesta ausencia de personal, práctica que —sostiene— es ilegal porque ese rubro forma parte del precio contratado y solo podría ajustarse en la liquidación final ante una eventual reducción del plazo, lo que no ha ocurrido.
47. Finalmente, el Consorcio Vial Ambo pide que se declare válido el procedimiento seguido para el reemplazo de profesionales: las solicitudes se presentan directamente a la Entidad, la cual tiene ocho días para pronunciarse; si no lo hace, opera la aprobación tácita según el artículo 162 del RLCE. Provias Nacional desconoció este mecanismo, afectando la continuidad de la obra.
48. En consecuencia, el Consorcio Vial Ambo solicita: (1) se aprueben las tres ampliaciones de plazo y los pagos conexos; (2) se dejen sin efecto o se reduzcan las penalidades aplicadas; (3) se devuelvan los gastos generales y penalidades descontadas; (4) se reconozca la validez de los cambios de profesionales; (5) se paguen intereses legales sobre todas las sumas ordenadas; y (6) se impongan a Provias Nacional las costas y costos del

arbitraje, toda vez que su conducta habría sido la causa determinante de la controversia.

VII.2. Contestación de Provias Nacional a la demanda presentada por Consorcio Vial Ambo y demanda de reconvención

49. En su escrito de contestación de demanda, Provias Nacional niega y contradice íntegramente las pretensiones del Consorcio Vial Ambo (CVA). Sostiene que las tres solicitudes de ampliación de plazo (AP-01, AP-02 y AP-03) fueron desestimadas válidamente mediante las Resoluciones Directorales N.º 294-2019-MTC/20, 977-2019-MTC/20 y 1277-2019-MTC/20, argumentando que el contratista incumplió requisitos formales esenciales, como la falta de anotación oportuna y adecuada en el cuaderno de obra del inicio y fin de las circunstancias que motivaban la ampliación, así como la presentación de solicitudes por representantes sin poderes suficientes.
50. Además, Provias Nacional detalla que los atrasos alegados por el Consorcio Vial Ambo eran imputables a este último, citando ejemplos concretos como la falta de recursos para ejecutar partidas predecesoras, el impago a comuneros que generó problemas sociales y la consiguiente indisponibilidad de accesos a canteras, la ausencia de frentes de trabajo, y la no instalación oportuna de plantas de concreto y chancadora, a pesar de haber transcurrido meses desde la liberación de las áreas.
51. Provias Nacional enfatiza que, al no haberse concedido las ampliaciones de plazo, tampoco corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, ya que el Consorcio Vial Ambo no acreditó la estructura de costos de su oferta ni la relación causal exigida por los artículos 171 y 171-A del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Se señala que la carga de la prueba recae en el contratista, quien no aportó medios probatorios suficientes para sustentar sus pretensiones económicas, limitándose a declaraciones unilaterales sin respaldo documental sobre los gastos generales variables.
52. Respecto a las penalidades aplicadas (incisos 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7 de la cláusula décimo novena del contrato), Provias Nacional sostiene que estas son objetivas, razonables, congruentes y proporcionales, en cumplimiento del artículo 134 del Reglamento. Se fundamenta que el Consorcio Vial Ambo carecía del personal clave y del equipo ofertado según la planificación contractual, sustituyó profesionales sin autorización previa de la Entidad y

permitió que el reemplazante iniciara funciones antes de la aprobación correspondiente. Provias Nacional rechaza que estos hechos constituyan caso fortuito o fuerza mayor, argumentando que la interposición de recursos de apelación, las incompatibilidades del expediente técnico y la renuncia del personal son situaciones ordinarias, previsibles y resistibles, conforme a la doctrina y a la Opinión N° 017-2020/DTN del OSCE, que precisa que la renuncia de un trabajador es un hecho previsible y no exime de responsabilidad al empleador.

53. Asimismo, Provias Nacional resalta que la aplicación de penalidades responde a la configuración objetiva de los supuestos contractuales, sin que se hayan acreditado eximentes de responsabilidad, y que la cláusula penal cumple con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, fijando anticipadamente el monto de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Se menciona que la imposición de penalidades se basa en informes de supervisión y cuadros de control de descuentos debidamente sustentados.
54. Por todo lo anterior, Provias Nacional solicita que todas las pretensiones del Consorcio Vial Ambo sean declaradas infundadas y que se impongan costas y costos al demandante, conforme al principio de vencimiento y a lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071.
55. En su demanda reconvencional, Provias Nacional formula cuatro pretensiones principales y una accesorio.
56. Primero, pide que se declare la plena validez de las Resoluciones Directorales que rechazaron las ampliaciones de plazo, por haber sido emitidas conforme al artículo 3 del TUO de la Ley 27444, cumpliendo con los requisitos de autoridad competente, motivación suficiente, objeto y finalidad pública, y procedimiento regular.
57. Segundo, solicita la declaración de validez de las penalidades ya cobradas bajo los incisos 19.1, 19.2 y 19.4, al haberse configurado los supuestos contractuales y legales sin que medien eximentes, y por haberse verificado objetivamente los incumplimientos.
58. Tercero, requiere que se declare igualmente válida la propia cláusula penal (décimo novena) por cumplir con el artículo 134 del Reglamento, al establecer penalidades objetivas, razonables y proporcionales, con procedimientos claros de verificación y cálculo.

59. Cuarto, pretende que se confirme la validez del Oficio N.º 053-2020-MTC/20.22.2, que canaliza las solicitudes de sustitución de especialistas a través de la Supervisión, en atención al rol de ésta como control técnico permanente y asesor de la Entidad para evaluar la razonabilidad de los cambios y la eventual aplicación de penalidades. Como pretensión accesoria, exige que el Consorcio Vial Ambo asuma íntegramente las costas y costos del arbitraje, conforme a la normativa aplicable.

60. Provias Nacional presentó las siguientes pretensiones de la demanda:

Primera pretensión principal: Se declare la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.

Segunda pretensión principal: Se declare la validez de las penalidades aplicadas en atención a los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.

Tercera pretensión principal: Se declare la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018- MTC/20.

Cuarta pretensión principal: Se declare la validez del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2. mediante el cual se comunicó al CONSORCIO VIAL AMBO que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la Supervisión de obra, debido a que en su calidad de asesor técnico de la Entidad debe evaluar la razonabilidad del cambio, si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. •

Pretensión accesoria: Solicitamos que el CONSORCIO VIAL AMBO asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

VII.3. Contestación de Consorcio Vial Ambo a la demanda presentada por Provias Nacional

61. Consorcio Vial Ambo sostiene que las supuestas “pretensiones” de la contraparte no son genuinas acciones reconvencionales, sino una reiteración de argumentos y defensas orientadas, fundamentalmente, a

justificar la validez de ciertos actos y resoluciones directorales en disputa, así como la imposición de penalidades al Consorcio Vial Ambo.

62. Sobre las Resoluciones Directorales que denegaron las solicitudes de ampliación de plazo N.º 1, 2 y 3, el CVA cuestiona la validez y eficacia de las Resoluciones Directorales N.º 294-2019-MTC/20, N.º 977-2019-MTC/20 y N.º 1277-2019-MTC/20, mediante las cuales Provias Nacional declaró improcedentes las solicitudes de ampliación de plazo (SAP) por 64, 15 y 26 días, respectivamente.
63. Para el CVA, dichas resoluciones vulneran el contrato y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE) porque (i) en cada SAP, el Consorcio justificó que existía una causal de atraso no atribuible a él, que afectaba la ruta crítica y condicionaba la terminación de la obra, (ii) el CVA sí cumplió con anotar la ocurrencia y el fin de cada causal en el cuaderno de obra, tal como exigen el Contrato y el artículo 170 del RLCE, (iii) PROVIAS habría desconocido pruebas que demuestran la falta de disponibilidad de áreas clave (como el polvorín y las canteras Yanamayo y Rupay), así como omisiones municipales que dificultaron la extracción de material y (iv) la denegatoria de las SAP generó un efecto negativo en el progreso de la obra, pues no se actualizó el cronograma ni se reconocieron los mayores costos y gastos generales que el CVA alega tener derecho a percibir.
64. Sobre la validez y aplicación de las penalidades distintas a la de mora (cláusula decimonovena, incisos 19.1, 19.2 y 19.4 del Contrato) PROVIAS solicita que se declare la validez de tales penalidades y su imposición al CVA. Este, a su vez, sostiene que (i) Las penalidades no cumplen los requisitos de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad establecidos en el artículo 134 del RLCE, (ii) existen circunstancias no atribuibles al CVA (caso fortuito, fuerza mayor y postergación del inicio de la obra de enero a setiembre de 2018) que justifican las modificaciones en el personal y la ausencia temporal de profesionales, o que impiden concluir que haya incumplimientos injustificados, (iii) PROVIAS aplicó las penalidades sin un análisis adecuado de cada caso particular y sin respetar el propio procedimiento previsto en el Contrato, pues en ocasiones no existieron informes que fundamentaran los descuentos y no se valoró la concurrencia de supuestos de caso fortuito o fuerza mayor y (iv) el CVA cuestiona especialmente la penalidad 19.4 sobre el reemplazo de profesionales ofertados antes de completarse el 50% del plazo, aduciendo que la renuncia o la enfermedad de dicho personal puede

constituir eventos de caso fortuito o fuerza mayor, y que, en todo caso, ello no justifica tantas imposiciones simultáneas de penalidad.

65. Sobre el procedimiento de aprobación de cambios de profesionales PROVIAS emitió el Oficio N.º 53-2020-MTC/20.22.2, por el cual devolvió las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas directamente por el CVA. El Consorcio señala que (i) el contrato no contiene un procedimiento específico de reemplazo de profesionales, por lo que se aplica el artículo 162 del RLCE, según el cual la autorización de sustitución se solicita directamente a la Entidad, y, de no existir pronunciamiento en ocho días, la sustitución se considera aprobada, (ii) desde el inicio de la ejecución, las solicitudes de cambio de personal se habían tramitado ante PROVIAS sin objeción. Pese a ello, en enero de 2020, la Entidad cambió de criterio y exigió que el trámite se hiciera primero vía la Supervisión, pasados más de doce meses de obra, (iii) PROVIAS omitió pronunciarse oportunamente, de modo que, conforme al RLCE, los reemplazos han quedado aprobados de pleno derecho. Sin embargo, la postura adoptada por PROVIAS generó obstáculos adicionales en la ejecución, retrasos y cuestionamientos sobre la validez de los profesionales que ya estaban reemplazando al personal original.

66. Sobre los costos y costas del arbitraje el CVA solicita que, dada la improcedencia de las pretensiones de PROVIAS y la existencia de conductas que habrían motivado este proceso (tales como las denegatorias infundadas de las solicitudes de ampliación de plazo y la imposición injustificada de penalidades), la Entidad sea obligada a asumir la totalidad de las costas y costos arbitrales.

VIII. Cuestiones Controvertidas en el Trámite Arbitral y Consideraciones Previas:

67. En tal sentido, de los escritos de demanda, contestación de demanda, reconvencción y contestación de la reconvencción, de conformidad con la Decisión N° 13 (con la cual se fijaron las cuestiones controvertidas), se desprenden las siguientes cuestiones controvertidas:

- **Primera Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20 del 6 de febrero de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la

Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 y, en consecuencia, se aprueben los 64 días calendarios solicitados.

- **Segunda Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 3,273,369.01 (Tres millones doscientos setenta y tres mil trescientos sesenta y nueve con 001/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 2,609,273.38 (Dos millones seiscientos nueve mil doscientos setenta y tres y 38/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.
- **Tercera Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Que, en el supuesto en que se declare infundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de utilizar área definida para el polvorín en Expediente Técnico, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora, por el periodo del 25 de setiembre de 2018 hasta el 1 de febrero de 2019.
- **Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 977-2019-MTC/20 del 31 de mayo de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 15 días calendarios solicitados.
- **Quinta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 soles) por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 soles), por

concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

● **Sexta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:**

Que, en el supuesto en que se declare infundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el período del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

● **Séptima Cuestión Controvertida referida a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:**

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 1277-2019-MTC/20 del 2 de julio de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 26 días calendarios solicitados.

● **Octava Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:**

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 1'329,806.14 (Un millón trescientos veintinueve mil ochocientos seis con 14/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 1'538,377.20 (Un millón quinientos treinta y ocho mil trescientos sesenta y siete y 20/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

● **Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:**

Que, en el supuesto en que se declare infundada la Tercera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o

no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

- **Décima Cuestión Controvertida referida a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de Obra, por causas no atribuibles al Consorcio Vial Ambo configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el Consorcio Vial Ambo no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución.
- **Undécima Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que no cabe penalizar al Consorcio Vial Ambo por el cambio de los profesionales de la Oferta y/o no contar con ellos una vez iniciada la ejecución cuando menos hasta la sustitución del referido profesional con la aprobación del reemplazo por Provias Nacional debido a la especialización requerida de los profesionales.
- **Duodécima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por los supuestos regulados en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4 de las Cláusulas Décima Novena del Contrato.
- **Décimo Tercera Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera

concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad.

- **Décimo Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.
- **Décimo Quinta Cuestión Controvertida referida a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de Oferta.
- **Décimo Sexta Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:** Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad.
- **Décimo Séptima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:** Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio de Ingeniero de Calidad de Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo con lo siguiente:
 - No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.
 - No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad, sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.
 - No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar

en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.

- Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

- **Décimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición.
- **Décima Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda:** Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.
- **Vigésima Cuestión Controvertida referida a la Séptima Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.
- **Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Octava Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la

reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo.

- **Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Novena Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar mediante una valorización el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al Consorcio Vial Ambo mediante las valorizaciones que se acompañaron a la demanda y que descuenta justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra que está sujeto a penalidad 19.2.
- **Vigésima Segunda Cuestión Controvertida referida a la Décima Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo al Contrato y la normativa aplicable, es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante Provias Nacional y que esta tiene la obligación de pronunciarse sobre las mismas dentro de ocho (8) días de presentadas.
- **Vigésima Tercera Cuestión Controvertida referida a la Undécima Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el Consorcio Vial Ambo mediante Cartas N° 042-2020-CVA-RO, N° 043-2020-CVA-RO y N° 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a Provias Nacional quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **Vigésima Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Duodécima Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que cualquier atraso o impacto en el plazo producto de este cambio del proceder de Provias Nacional o cuestionamiento a la participación de los profesionales es atribuible a Provias Nacional y por ende no justifica la aplicación

de penalidad alguna al respecto o de cualquier sanción que pudiera pretender aplicar Provias Nacional al Consorcio Vial Ambo.

- **Vigésima Quinta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a las Pretensiones Principales, Accesorias y/o Subordinadas de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que se reconozca y pague los intereses legales sobre los montos que se ordene a pagar a favor del Consorcio Vial Ambo.
- **Vigésima Sexta Cuestión Controvertida referida a la Décimo Tercera Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no condenar a Provias Nacional al pago de Costos y Costas del Arbitraje.
- **Vigésima Séptima Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.
- **Vigésimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de las penalidades aplicadas en atención a los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.
- **Vigésimo Novena Cuestión Controvertida referida a la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.
- **Trigésima Cuestión Controvertida referida a la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2. mediante el cual se comunicó al Consorcio Vial Ambo que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la Supervisión de Obra, debido a que en su calidad de asesor técnico de la Entidad debe evaluar la razonabilidad del cambio, si corresponde

aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

- **Trigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio de la Reconvención:** Que el Tribunal Arbitral ordene al Consorcio Vial Ambo que asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

DECLARACIONES PRELIMINARES:

68. Previo a pronunciarse sobre la materia controvertida corresponde remarcar lo siguiente:

- ✓ El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y de conformidad con lo regulado en el convenio arbitral.
- ✓ El contratista demandante presentó su demanda dentro del plazo previsto ofreciendo las pruebas correspondientes.
- ✓ La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda quien cumplió con contestarla y formular reconvención.
- ✓ El contratista fue debidamente emplazado con la reconvención y cumplió con contestarla.
- ✓ Ambas partes han tenido la oportunidad de presentar sus pruebas habiendo contado con el pronunciamiento del colegiado admitiendo o no los medios probatorios según el caso con las razones debidamente sustentadas.
- ✓ Ambas partes han tenido el derecho a informar sus posiciones oralmente en las respectivas audiencias para lo cual fueron debidamente notificadas de conformidad con el reglamento aplicable.
- ✓ Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todas las pruebas admitidas al proceso otorgándoles el mérito que les corresponde **aún cuando no se haga expresa mención de ellas en este laudo.**

- ✓ Se han atendido todos los pedidos de las partes no existiendo cuestionamiento a actuación arbitral alguna durante el proceso.
- ✓ El presente laudo de derecho se emite dentro del plazo previsto en las reglas del proceso.

SOBRE EL DERECHO A LA PRUEBA:

69. En primer lugar, este Tribunal Arbitral considera pertinente dejar en claro algunos aspectos relevantes de contenido constitucionalmente protegido, como el derecho a la prueba que forma parte del debido proceso, así como la forma en que analizará los medios probatorios aportados por las partes al proceso para llegar a las conclusiones que le permitan laudar.

70. Es conocido por los operadores del derecho que existen derechos básicos protegidos o contenidos dentro del debido proceso; uno de ellos es el derecho a la prueba o a probar. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el expediente 00768-2021-PA/TC PIURA, indicó lo siguiente:

17. Este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba señalando que: "Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado" (STC N.º 6712-2005-HC, F.J.15).

18. Asimismo, ha considerado que se vulnera el derecho a probar cuando, habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo (Cfr. STC N.ºs 6075-2005-PHC, 0862-2008-PHC). En tal sentido, es de precisar que si bien en el sexto fundamento de la STC N.º 0862-2008-PHC se señala que el derecho a la prueba exige que se actúen

aquellos medios probatorios cuya actuación fue solicitada por algunas de las partes y su actuación haya sido aceptada por el órgano jurisdiccional, habida cuenta de su relevancia para la dilucidación de la controversia, debe tenerse presente que el juez puede, mediante resolución debidamente motivada, señalar las razones por las cuales la actuación de dichos medios probatorios no se realizó o ya no era necesaria.

20. Por último, este Tribunal también ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente 02333-2004-HC/TC que el derecho a probar se encuentra sujeto a determinados principios, como son los de que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.

71. En tal sentido, del presente proceso se advierte que este Tribunal Arbitral ha permitido a las partes presentar sus alegaciones y descargos, así como ofrecer los medios probatorios que sustentan sus posiciones, habiéndose respetado el derecho a probar de las partes y, en el caso que no han sido admitidos algunos medios probatorios, se ha indicado las razones por las cuales no se han admitido ciertos documentos.

72. Finalmente, se debe tener presente que la prueba debe cumplir con determinados principios, como lo indicó el Tribunal Constitucional, entre ellos la pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud.

SOBRE LA VALORACION PROBATORIA EFECTUADA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL EN ESTE ARBITRAJE:

73. En segundo lugar, este árbitro único considera pertinente precisar que la valoración probatoria en los países del *Civil Law* se orienta hacia las reglas de la sana crítica o sistema de libre valoración motivado. En ese sentido el autor Jorge A. Rojas² nos indica que no existe un único sistema de valoración probatoria en el arbitraje, pero destaca la sana crítica en países del *Civil Law*:

² Rojas, J. La valoración de la prueba en el arbitraje. Pág. 77. Madrid, 2024. Recuperado de: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/download/23022/26620/29080>

“Como fuera señalado, en el arbitraje no existe un único sistema de valoración de la prueba, baste señalar como ejemplo la diversidad entre los sistemas del common law y los del civil law. Mientras en los primeros predomina en el ámbito civil el preponderance of evidence (preponderancia de las pruebas), o el balance of probabilities o preponderance of evidence (balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia), en los países del civil law no existe un equivalente a esos estándares de prueba y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica entendido como sistema de libre valoración motivado (Lluch 2012)”

74. En efecto, en el ámbito nacional el D.L. 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje en su artículo 43 inciso 1 regula que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

75. Asimismo, el artículo 197 del Código Procesal Civil que establece lo siguiente:

*“Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución **solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.**”*

76. La doctrina, sobre la valoración de la prueba indica que:

*“El Código Procesal Civil sigue la doctrina moderna en materia de valoración de la prueba de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica. **El sistema de sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso.** Significa la libertad arreglada del juez a través de cauces de racionalidad que tiene que justificarla utilizando*

el método analítico: estudiar la prueba individualmente y después la relaciona en su conjunto (el resaltado es nuestro)³

77. Es decir, dado que las partes en el *iter* del proceso efectúan diversas alegaciones y aportan una diversidad de pruebas, el Tribunal Arbitral debe elegir cuáles de todos los hechos, alegaciones o pruebas, a su juicio, son los relevantes para resolver el caso.

Al encontrarnos en un arbitraje en el que se discuten hechos vinculados a un contrato, la valoración documentaria resultará esencial o fundamental para poder obtener los insumos necesarios para tomar una decisión. En efecto, los documentos son en el fondo afirmaciones como lo menciona el profesor Dellepiane:

“Consideramos útil hacer notar que **un documento no es otra cosa, en último análisis, que una serie de afirmaciones y que, por consiguiente** según estas emanen de una de las partes contendientes, o de un tercero extraño al litigio, el documento en cuestión como medio de prueba, **equivaldrá, sea a una confesión**, sea a un testimonio fijados, podría decirse; de manera que, independientemente de los principios especiales de la crítica que le sean aplicables por razón de su naturaleza (por ejemplo las operaciones dirigidas a averiguar la autenticidad o a determinar la apocriefidad del documento), **estará sujeto a ser asimilado, ya a una confesión, ya a un testimonio, y a recibir el tratamiento analítico-crítico correspondiente según el caso**”⁴
(el resaltado y subrayado es nuestro)

78. De la misma manera, la falta de documentación que sirva para desvirtuar la posición, alegación o prueba de la parte contendora, implica, de corresponder, la aplicación del principio de la carga de la prueba según la cual aquel que alega debe probar.
79. Sobre ello es importante tener en cuenta la aplicación de este principio de la carga de la prueba, pues ello es determinante para que este colegiado pueda, en estricto cumplimiento de sus funciones, evaluar con objetividad

³ Obando Blanco, R. La valoración de la prueba. Jurídica El Peruano. Martes 19 de febrero de 2013. Lima, Pág. 3. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52/Basada+en+la+l%C3%B3gica%2C+la+sana+crítica%2C+la+experiencia+y+el+proceso+civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ef2060804f0af4a6ad22bdcae6e06e52>

⁴ 4 Dellepaine, A. Nueva teoría de la prueba. Editorial Themis S.A. Bogotá. 2014. Pág. 151.

y conforme a las reglas de la sana crítica, la suficiencia y pertinencia de las pruebas presentadas por las partes.

SOBRE LA FALTA DE REFERENCIA DIRECTA O FALTA DE MENCIÓN DE ALGUNO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

80. Es importante recordar que para efectos de la emisión del presente laudo se han analizado TODOS los medios probatorios admitidos al proceso, y por ende que forman parte del expediente, sin embargo, no es OBLIGATORIO que este Tribunal Arbitral haga referencia a TODOS y CADA UNO de los medios probatorios aportados sino a aquellos que son, a su juicio, necesarios o importantes para resolver la litis.
81. De igual forma, la casación N° 3539-2017 Tacna publicada en el diario El Peruano con fecha 30-05-2016 p. 77892 establece sobre el referido artículo 197 que: “(...) Si bien es cierto, el artículo 197 del Código Procesal Civil prescribe que **el juez no está obligado a referirse a todas las pruebas en su resolución, no es menos verdad que sí debe hacer mención a las esenciales y determinantes**. Cuando ello no ocurre ocasiona déficit de motivación” (resaltado y subrayado es nuestro)
82. Por lo que el hecho de no hacer mención a un documento o prueba del expediente no implica la nulidad del laudo ni del razonamiento que ha efectuado este Tribunal Arbitral.

IX. Análisis del Tribunal Arbitral:

PRETENSIONES SOBRE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 1:

1. Las pretensiones sobre la SAP (o solicitud de ampliación de plazo N° 1) son las siguientes:

Primera Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20 del 6 de febrero de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 y, en consecuencia, se aprueben los 64 días calendarios solicitados.

Segunda Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral

determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 3,273,369.01 (Tres millones doscientos setenta y tres mil trescientos sesenta y nueve con 001/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/.2,609,273.38 (Dos millones seiscientos nueve mil doscientos setenta y tres y 38/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago

Tercera Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de utilizar área definida para el polvorín en Expediente Técnico, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora, por el periodo del 25 de setiembre de 2018 hasta el 1 de febrero de 2019.

2. En este caso, para la SAP 1 se analiza la Resolución Directoral 294-2019-MTC/20 (la que denegó la ampliación de plazo N° 1) en esa Resolución Directoral se imputa el retraso al contratista, además que la Entidad consideró que la anotación del inicio de la causal no debió ser con el asiento 70 del 31.10.2018 sino el día 02.11.18, fecha en la que se acabó la holgura de la actividad de habilitación del polvorín.
3. La Entidad, al absolver la pericia de parte del Consorcio Vial Ambo (con el informe 235-2022-MTC/20.9.MANA de fecha 16 de noviembre de 2022), indicó que el inicio de la causal debió ser anterior a la fecha del inicio de la habilitación del polvorín, esto es el 25.09.18:

Sin embargo, lo que el PERITO no ha precisado, que el Programa de Ejecución de Obra Vigente, que se visualiza líneas arriba parcialmente, permite determinar las fechas de inicio de ejecución de dichas partidas y son las siguientes:

Fecha de Inicio de ejecución de obra	10/09/2018
Habilitación de Polvorín	25/09/2018
Excavación en explanaciones en Roca Fija	14/12/2018

Lo descrito líneas arriba, permite evidenciar que el Contratista, a la fecha del 25/09/2018, ha debido de contar con todas las autorizaciones respectivas, para poder dar inicio a la ejecución de ésta actividad, lo cual no lo ha realizado el Contratista, **POR ENCONTRARSE LA OBRA ATRASADA.**

La fecha de inicio de CAUSAL, ha debido de anotarse el 25/09/2018, de verificarse la problemática de la ejecución de la obra; Y DE VERIFICARSE que no existen condiciones para poder iniciar esta actividad.

Asimismo, el Contratista de la Obra, anota como fecha de **FINAL DE LA CAUSAL**, la Anotación en el Asiento N° 171, de fecha 01 de febrero de 2019, donde el Contratista, ya no se refiere a la problemática existente de la ubicación del Polvorín en el km 162+710 de la Vía Principal, plantea otra solución, contrata con la empresa **PEVDEX CONTRATISTA SAC Y CONSTRUCTORA AVALOS**, para realizar los servicios de perforación y voladura, así como el control del polvorín, transporte y manipulación de explosivos, que es un Sub Contrato, de mayor envergadura, se visualiza en la siguiente imagen: verificar el Asunto.

4. El contratista por su parte ha manifestado que existía una holgura de la actividad habilitación del polvorín. Dicha información fue indicada por el propio contratista mediante su solicitud de ampliación de plazo N° 1 de acuerdo con lo siguiente:

Asiento N° 091 del Contratista
Fecha: 14/11/2018
Asunto: DEMORA DE EJECUCIÓN DE OBRA Y CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA VIGENTE
Referencia: PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA Y CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA VIGENTE

En concordancia con el Programa de Ejecución de Obra que sustenta el Calendario de Avance de Obra vigente, aprobado por la Entidad, dejamos

8

CONSORCIO VIAL AMBO

consorcio vial ambo

CONSORCIO VIAL AMBO

grinor

IJE

constancia que aún no es posible cumplir con la actividad de HABILITACIÓN DE POLVORIN que estuvo programada para ejecutarse el 25.SET.2018; esta actividad cuenta con una holgura de 38 días calendario y ya han transcurrido 50 días calendario, por lo que esta actividad y las posteriores han pasado a ser actividades críticas que, a la fecha, acumulan un atraso de 12 días calendario, y que continúa aumentando debido a que aún no se cuenta con autorización para realizar esta habilitación; así mismo, si esta se iniciara hoy, el inicio de la partida 205.C Excavación en explanaciones en Roca Fija ya se estaría postergando hasta el 05.ENE.2019; en consecuencia, se demuestra que esta demora es causal de ampliación del plazo contractual porque ha modificado la ruta crítica de la obra y ha generado atraso de la obra; y además, en los meses siguientes, no nos permitirá cumplir los importes de valorización previstos en el actual Calendario de Avance de Obra vigente. A continuación, se presenta el efecto de la mencionada modificación de la ruta crítica de la obra.

ANEXO 11 DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA (PÁGINA 43 DEL PDF
TITULADO ANEXO DEMANDA CVS 6 A 12)

5. Dicha información ha sido corroborada por el ing. Guillermo Martín Vega Gonzales en la pericia de parte del Consorcio Vial Ambo, en la cual el referido perito indicó:



- Asiento No. 091 del Contratista del 14/11/2018 donde el Contratista deja constancia que a dicha fecha aún no es posible cumplir con la actividad de Habilitación del Polvorín que estuvo programada ejecutarse el 25/09/2018 y que luego de haberse consumido los 38 días de holgura, a dicha fecha ya ha afectado la ruta crítica en 12 días calendarios.

- Asiento No. 125 del Contratista del 14/12/2018 en donde el Contratista deja registrado que a dicha fecha no era posible la ejecución de la actividad Habilitación del Polvorín que estuvo programada ejecutarse el 25/09/2018, por lo que luego de consumirse los 38 días de holgura ya se ha afectado la ruta crítica en 80 días calendarios.
 - Asiento No. 170 del Contratista del 01/02/2019 en donde el Contratista deja constancia que a dicha fecha no era posible cumplir con la actividad Habilitación del Polvorín que estuvo programada para ejecutarse el 25/09/2018 y que luego de consumido la holgura de 38 días ya se había afectado la Ruta Crítica del Cronograma Contractual Vigente en 92 días calendarios.
6. En su solicitud de ampliación de plazo N° 1 el contratista (anexo 11 de la demanda) también manifestó lo siguiente:

c.2) Fecha de inicio de la circunstancia de la causal

El inicio de la circunstancia fue registrado en el Cuaderno de Obra con fecha 31.OCT.2018, tal como consta en el Asiento N° 070 de esa misma fecha del Cuaderno de Obra, donde se comunica que con Carta N° 051-2018-CVA-RO de fecha 30/10/2018 se dan a conocer los inconvenientes (zona inundable, pasivo ambiental y cercanía a una bocamina) que implicarían ubicar el polvorín en la zona indicada por el proyecto, y se propuso la ampliación del área de polvorín para alejarse de los 03 inconvenientes presentados; la cual debía contar con todas las autorizaciones correspondientes y debían ser gestionadas por la Supervisión de Obra; por lo que se les solicitó agilizar esta gestión, dado que, para poner operativo el polvorín se requerían de 30 a 45 días por los trámites administrativos de autorización ante la SUCAMEC, y afectaban los trabajos de la partida 205.C Excavación en roca fija.

Ello sin perjuicio que incluso desde antes ya habíamos alertado de la situación a fin de buscar una pronta solución.

Consecuentemente se registró el Asiento N° 091 de fecha 14.NOV.2018, donde se advierte que al no ser posible con la actividad de habilitación del polvorín

CONSORCIO VIAL AMBC
V
ING.
RESP.

que estuvo programado para ejecutarse el 25.SET.2018 y que tenía una holgura de 38 días, y que ya pasaron 50 días, esta actividad pasó a ser crítica; asimismo refleja que por no efectuar la misma, implica el atraso del inicio de la partida 205.C Excavación en explanaciones en roca fija, lo cual demuestra que está modificando la ruta crítica y ha generado atraso de la obra; por lo tanto, conlleva a la causal de la ampliación plazo.

De igual forma, en adelante continuamos dejando constancia mediante anotaciones del Cuaderno de Obra, citadas en el texto de la presente solicitud, el impacto sufrido como consecuencia de no contar con el área de polvorín prevista para el proyecto, situación que impactada la ejecución de una serie de partidas y actividades sucesoras.

En ese sentido, se demuestra que la falta de habilitación del polvorín por las limitaciones expuestas, modificó la ruta crítica del programa de ejecución de obra y ha generado atraso de la obra por causas no atribuibles al Contratista, lo cual es causal de ampliación del plazo contractual conforme a lo establecido en el Art. 169° del RLCE.

(Pag. 49-50 del pdf titulado: “Anexos demanda CVA 6 a12)

7. Conforme indicó el contratista su inicio de la causal fue el 31 de octubre de 2018 con el asiento 070 del cuaderno de obra y posterior a ello en el asiento 91 de fecha 14 de noviembre de 2018 indicó que la actividad de habilitación del polvorín estuvo programada para ejecutarse el 25 de setiembre de 2018 y que contaba con una holgura.
8. Es decir, el contratista conocía con anticipación que la actividad de la habilitación del polvorín debía ejecutarse el 25 de setiembre de 2018 y recién anotó como inicio de su causal el 31 de octubre de 2018. Asimismo se tiene el anexo N° 06 de la demanda la carta N° 051-2018-CVA-RO de fecha 30 de octubre de 2018 con la cual el contratista informó a la supervisión el inconveniente sobre la habilitación del polvorín:

Oyón, 30 de Octubre del 2018

Carta N° 051 – 2018 - CVA – RO

Señores
CONSORCIO SUPERVISOR OYON.

**CONSORCIO VIAL AMBO
CARGO**

Atención: **Ing. Jorge Navarro Valle**
Jefe de Supervisión

Asunto: **Limitaciones del uso del área de Polvorín**

Referencia: a) Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20
"Obra Mejoramiento de la Carretera OYON – AMBO, Tramo I: Oyon -
Desvío Cerro de Pasco"
b) Informe N° 006-2018-CVA-EIA-PCU (27/10/2018)

RECIBIDO POR
CONSORCIO SUPERVISOR OYON
OF OBRA
FECHA: 30/10/2018
HORA: 11:48 am
FIRMA: [Firma]
No es Señal de Conformidad

De nuestra consideración:

Es grato dirigirnos a ustedes, para alcanzarle adjunto a la presente copia del informe de la referencia b) de nuestro Especialista en Impacto Ambiental, Ing. Pierre Cárdenas, donde advierte de las limitaciones que supondría ubicar el Polvorín en el área que indica el expediente técnico, las limitaciones se resumen en las siguientes:

1. Según las coordenadas indicadas en el expediente técnico, el polvorín estaría ubicado muy cerca de un espejo de agua que no cuenta con drenaje natural, y en época de lluvias este espejo elevaría su nivel inundando el polvorín.
2. En el área proyectada del polvorín, se ha detectado un pasivo ambiental que consiste en residuos sólidos mezclados con un aparente suelo oscuro.
3. El área destinada al polvorín se superpone con el ingreso a una bocamina, cuya actividad se desconoce, y dado la utilidad y funciones del polvorín el acceso a esta bocamina estaría restringido por temas de seguridad.

Por lo expuesto, proponemos ampliar el área del polvorín hacia la parte alta de la zona, tal como se muestra en el informe de nuestro especialista, con ello nos alejaríamos de la zona inundable, del pasivo ambiental y de la bocamina. Por lo tanto, solicitamos su aprobación de ampliación del área de polvorín, así como realizar las gestiones para

9. En ese sentido, se aprecia que el contratista informó a la supervisión sobre el inconveniente del polvorín con fecha posterior a la fecha que estaba programado la ejecución de la actividad del polvorín.

10. Por ello debe tenerse en cuenta que el contratista tiene la responsabilidad de informar oportunamente a la Entidad cualquier problema o retraso que pueda afectar la ejecución de la obra, por lo que el aviso o coordinación con supervisión sucedió con posterioridad a la fecha en que debía ejecutarse la partida (25.09.18) en ese sentido, se advierte una falta de aviso oportuno por parte del contratista. Por ello, si el contratista tenía inconvenientes por

demoras debió efectuar acciones previo a esa fecha para poder solicitar la ampliación de plazo.

11. En ese sentido, la causal debió anotarse el 25.09.18 por lo que la solicitud de ampliación de plazo N° 1 no es procedente, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20 que denegó la ampliación de plazo N° 1.
12. Teniendo en cuenta lo precedente este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda** en consecuencia no corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20 del 6 de febrero de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 y, en consecuencia, se aprueben los 64 días calendarios solicitados
13. En lo que respecta a la pretensión accesorio a la primera pretensión principal de la demanda debido a que se declaró infundada la primera pretensión de la demanda **carece de objeto pronunciarse sobre su pretensión accesorio.**
14. Sobre la subordinada, el contratista ha solicitado que en caso no se ampare su pretensión de la SAP 1 solicitó que el retraso por el área del polvorín no le es atribuible y por ende que no corresponde que se le aplique penalidad por mora del 25.09.18 al 1.02.19.
15. El contratista indicó que todo el problema había sido suscitado debido a que la Entidad había demorado en encontrar solución para el problema del área del polvorín. Además de haber indicado que el fin de su causal en febrero de 2019 fue porque contrató con otra empresa para tener polvorines adicionales.
16. La Entidad por su parte ha alegado que el contratista estaba atrasado con la ejecución de la obra.
17. El contratista solicita que se declare que el atraso por la imposibilidad para utilizar el área del polvorin no es atribuible a ella y por ende, no se le aplique penalidad por este lapso.
18. Ahora bien, teniendo en cuenta lo resuelto en la primera pretensión principal de la demanda las partidas de la habilitación del polvorín sufrieron atrasos

por responsabilidad del contratista de no tener habilitado el mismo al 25.09.18 y teniendo en cuenta que su inicio de causal fue recién el 31.10.18 y que para esa fecha la obra estaba atrasada por responsabilidad del contratista, **ello genera que la demora incurrida sea de responsabilidad del contratista.**

19. Por esas consideraciones este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda** y en consecuencia no corresponde declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de utilizar área definida para el polvorín en Expediente Técnico, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, **no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora, por el periodo del 25 de setiembre de 2018 hasta el 1 de febrero de 2019.**

PRETENSIONES SOBRE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 2

20. Las pretensiones de la ampliación de plazo N° 2 son las siguientes:

Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 977-2019-MTC/20 del 31 de mayo de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 15 días calendarios solicitados.

Quinta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 soles) por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

Sexta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra,

por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el período del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

21. Para resolver esta pretensión es necesario tener en cuenta cuál es la normativa aplicable de contrataciones, y según el contrato es la siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

- 2.1 El presente Contrato se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias que en lo sucesivo se denominarán: **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, respectivamente.
- 2.2 Sólo en lo no previsto en este Contrato, en **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
- 2.3 Forman parte integrante del presente Contrato, el Expediente Técnico, las Bases Integradas de la Licitación Pública, así como las Oferta Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.
- 2.4 El orden de prelación de los documentos que conforman el presente Contrato de Ejecución de Obra, es el siguiente:
- 2.4.1 El Expediente Técnico - Requerimientos Técnicos Mínimos
 - 2.4.2 Bases Integradas (Absolución de Consultas y/o Observaciones).
 - 2.4.3 Ofertas Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**.
 - 2.4.4 El presente Documento Contractual.

22. La convocatoria data de julio de 2017 conforme se aprecia:

CLÁUSULA PRIMERA. ANTECEDENTES



- 1.1. **PROVIAS NACIONAL** es una Unidad Ejecutora del Pliego Ministerio de Transportes y Comunicaciones, creado por Decreto Supremo N° 033-2002-MTC publicado el 12.07.2002, de carácter temporal, con autonomía técnica, administrativa y financiera, encargada de las actividades de preparación, gestión, administración y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, relacionada con la Red Vial Nacional, así como de la gestión y control de actividades y recursos económicos que se emplean para el mantenimiento de las carreteras y puentes de la red Vial Nacional.
- 1.2. Con Resolución Directoral N° 892-2017-MTC/20 de fecha 26.10.2017, **PROVIAS NACIONAL** aprobó el Expediente de Contratación del Procedimiento de Selección correspondiente a la **LICITACIÓN PÚBLICA N° 0002-2017-MTC/20**, para la contratación de la empresa contratista que ejecutará la obra: **MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYON – AMBO, TRAMO I: OYON – DESVÍO CERRO DE PASCO**, cuyo Valor Referencial es de **S/ 356,519,801.08 (Trescientos cincuenta y seis millones quinientos diecinueve mil ochocientos uno con 08/100 Soles)**, incluido los impuestos de Ley, con precios referidos al mes de enero de 2017.
- 1.3. A través de la Resolución Directoral N° 485-2017-MTC/20 de fecha 07.07.2017, se aprobó administrativamente las Bases del Procedimiento de Selección correspondiente a la Licitación Pública antes citado, para la contratación del contratista que ejecutará la obra, a ser convocado por **PROVIAS NACIONAL**.
- 1.4. Con fecha 07.07.2017, el Comité de Selección designado por Resolución Viceministerial N° 140-2017-MTC/02 de fecha 26.06.2017, convocó el proceso de selección correspondiente a la **LICITACIÓN PÚBLICA N° 0002-2017-MTC/20**, para la contratación de la empresa contratista que **EJECUTARÁ LA OBRA**, a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE.
- 1.5. Con fecha 20.04.2018, según Acta de Otorgamiento de Buena Pro de la **LICITACIÓN PÚBLICA N° 0002-2017-MTC/20**, el Comité de Selección, adjudicó la Buena Pro del proceso de selección señalado precedentemente, el mismo que en adelante se denominará **LA OBRA**, a **EL CONTRATISTA**, por el monto total de su Oferta Económica ascendente a la suma de **S S/ 356,480,311.71 (Trescientos cincuenta y seis millones cuatrocientos ochenta mil trescientos once con 71/100 Soles)**, incluido I.G.V. (18%), con precios al mes de enero de 2017, el que se ejecutará con financiamiento proveniente de Recursos Ordinarios.
- 1.6. Con Carta N° 001-2018-CVA (Expediente N° E-082056-2018) recibida por **PROVIAS NACIONAL** con fecha 05.07.2018, **EL CONTRATISTA** presentó la documentación respectiva para la suscripción del contrato derivado del referido procedimiento de selección, de acuerdo al plazo señalado en el numeral 1 del artículo

23. En ese sentido, se aplica al presente caso la Ley N° 30225 y el reglamento del D.S. 350-2015-EF y sus modificaciones a julio de 2017, dentro de esas modificaciones es aplicable la del D.S. 056-2017-EF vigente del 03.04.2017 al 29.01.2019.

24. En la RD 977-2019-MTC/20 que denegó la SAP 2 se indicó como sustentos de la denegatoria de la SAP 2 como aspecto formal que el contratista no anotó la causal mediante su residente de obra sino por otra persona además que la solicitud de ampliación de plazo tampoco la presentó el representante legal del contratista sino un representante alterno.

25. En efecto, de la propia Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 se aprecia que la Entidad imputó al contratista el incumplimiento de la formalidad de que el residente de obra anote en el cuaderno de obra el inicio de la causal, lo cual se aprecia en diversas partes de la referida Resolución Directoral de acuerdo con lo siguiente:

Que, a través de la Carta N° 482-2019-CSO/JS recibido por PROVIAS NACIONAL con fecha 17.05.2019, el Supervisor emite su pronunciamiento respecto a la Ampliación de Plazo N° 02 solicitada por el Contratista, indicando entre otros, lo siguiente: *i)* Si bien la solicitud de ampliación ha sido presentada dentro de los 15 días calendario de concluido la circunstancia invocada (Asiento N° 314) de fecha 27.04.2019, de conformidad a los en el artículo 170 del Reglamento; no obstante, el Residente de Obra no cumplió con la anotación en el cuaderno de obra respecto al inicio de la causal, al encontrarse con descanso médico, por lo que en el aspecto formal la solicitud de ampliación de plazo es IMPROCEDENTE, al no cumplirse con dicha exigencia; *ii)* La Partida 303.A Sub Base Granular forma parte de la ruta crítica de la obra y su ejecución debió iniciarse el 13.04.2019, sin embargo, para contar con frentes de trabajo para su ejecución, el Contratista debió ejecutar las partidas precedentes, y en forma paralela a estas, iniciar la preparación de material en cantera con el equipo apropiado y el personal necesario; precisando, además, que el Contratista no contaba con el Especialista de Suelos y Pavimentos, teniendo en cuenta que la Entidad mediante el Oficio N° 246-2019-MTC/20.22.2 de fecha

COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional
PROVIAS NACIONAL

Página 2 de 6

Que, asimismo el Especialista de Administración de Contratos de la Dirección de Supervisión a través del Informe N° 063-2019-MTC/20.16/VCHB de fecha 28.05.2019, haciendo suyo el mismo el Jefe de Gestión y contando con la conformidad de la referida Dirección mediante el Memorándum N° 2349-2019-MTC/20.16 de la misma fecha, señala, entre otros, lo siguiente: *i)* El Contratista ha solicitado Ampliación de Plazo N° 02, por la causal atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, prevista en el artículo 169 del Reglamento, atribuyendo la afectación de la ruta crítica de obra por la falta de liberación de los accesos hacia las canteras Yanamayo y Rupay, por un plazo de 15 días calendario; *ii)* La Supervisión concluye que la Ampliación de Plazo N° 02 solicitada por el Contratista es improcedente, tanto en el aspecto formal y de fondo, dado que la demora en la liberación de los accesos a las canteras Yanamayo y Rupay es de responsabilidad del Contratista; y, *iii)* La Ampliación de Plazo N° 02 fue presentada dentro del plazo de 15 días siguientes de concluida la circunstancia invocada (Asiento N° 314), de fecha 27.04.2019, conforme al artículo 170 del Reglamento; no obstante, para que proceda la ampliación, el Contratista a través de su Residente de Obra debe anotar el inicio y fin de la causal, situación que no se ha dado, en cuanto a lo que respecto al inicio de causal (Asiento N° 281), de fecha 13.04.2019, toda vez que no fue efectuada por el Residente de Obra al encontrarse con descanso médico en la referida fecha según la manifestado por el Supervisor; además, que la solicitud de Ampliación de Plazo, a través de la cual se sustenta y cuantifica la ampliación, no se encuentra suscrita por el Representante Legal autorizado por el Contratista;

Que, sobre el particular, la Oficina de Asesoría Jurídica, a través del Informe N° 1134-2019-MTC/20.3 del 31.05.2019, señala que de acuerdo a lo informado por el Supervisor y el Especialista en Administración de Contratos IV, que cuenta con la conformidad de la Dirección de Supervisión otorgada mediante Memorándum N° 2349-2019-MTC/20.16, se tiene que, *i)* el Contratista formuló su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, por 15 días calendario, por la causal "Atrasos y/o paralizaciones no atribuible al contratista", según refiere, atribuyendo la afectación de la ruta crítica de obra, por la falta de liberación de los accesos hacia las canteras Yanamayo y Rupay; y, *ii)* Respecto al aspecto de forma tenemos que, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 fue presentada dentro del plazo de 15 días siguientes de concluida la circunstancia invocada (Asiento N° 314), de fecha 27.04.2019, conforme al artículo 170 del Reglamento; no obstante, para que proceda la ampliación, el Contratista a través de su Residente de Obra debe anotar el inicio y fin de la causal, situación que no se ha dado, en lo que respecto al inicio de causal (Asiento N° 281), de fecha 13.04.2019, toda vez que no fue efectuada por el Residente de Obra al encontrarse con descanso médico en la referida fecha según la manifestado por el Supervisor; además, que la solicitud de Ampliación de Plazo, a través de la cual se sustenta y cuantifica la ampliación, no se encuentra suscrita por el Representante Legal autorizado por el Contratista;

26. Conforme se aprecia, tanto el supervisor, como el administrador del contrato, y la oficina de asesoría jurídica de la Entidad coinciden en que no se ha cumplido con el requisito formal de que el residente de obra anote el inicio de la causal debido a que se encontraba con descanso médico.
27. Sobre esos cuestionamientos el contratista manifestó lo siguiente en su demanda:

SOBRE EL RESIDENTE DE OBRA:

Sobre el particular, es correcto que el Residente de Obra se encontraba con descanso médico del 10 de abril al 9 de mayo de 2019, lo cual fue debidamente informado al Supervisor mediante Carta N.° 344-2019-CVA-RO (**Anexo 34**), en la cual indicamos que nuestros especialistas claves continuaban las labores. En respuesta a ello, el Supervisor, con Carta N.° 391-2019-CSO/JS (**Anexo 35**), nos pidió confirmar *"qué profesional será el encargado de reemplazar al Ingeniero Richard Ramos mientras dure su descanso médico con el fin de poner en conocimiento a la Entidad"*. Ante ello, con Carta N.° 356-2019-CVA-RO (**Anexo 35**) le informamos que el Ingeniero de Metrados y Valorizaciones y el Ingeniero de Control de Calidad, quienes actuaban como Residentes Interinos o Temporales desde el inicio del descanso médico.

En ese sentido, el Supervisor tenía pleno conocimiento que otros profesionales habían asumido las funciones del Residente de Obra durante su descanso médico, entre las cuales se encontraba la realización de anotaciones en el

Cuaderno de Obra. Por ello es que, durante su descanso médico, se siguieron realizando las anotaciones en el Cuaderno de Obra que correspondieran, las cuales fueron ratificadas por el Residente de Obra a su regreso, consignando su firma en cada anotación del Cuaderno de Obra

PÁGINA 55-56 DE LA DEMANDA

SOBRE LA SUSCRIPCION DE LA SOLICITUD DE AMPLIACION DE PLAZO POR OTRA PERSONA:

Se cuestiona que la SAP 2 no se encontraría suscrita por el Representante Legal autorizado por el Contratista.	El Sr. Daniel Eizmendi, quien firmó la SAP 2 presentada el 10 de mayo de 2019, era apoderado del CVA, en virtud a la Segunda Adenda al Contrato de Constitución de Consorcio, de fecha 12 de marzo de 2019, elevado a Escritura Pública el 27 de marzo de 2019 (Anexo 36).
--	---

PÁGINA 60 DE LA DEMANDA

28. De la posición del contratista sobre el cumplimiento de este requisito, se tiene que está sustentada en el hecho que la ausencia del residente de obra fue comunicada al supervisor, quien tenía pleno conocimiento de que otros profesionales habían asumido las funciones del residente de obra.
29. Al respecto, a fin de analizar este aspecto particular corresponde remitirnos al reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D.S. N° 350-2015-EF que en su artículo 162 regula lo siguiente:

Artículo 162.- Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado

Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta debe ser descalificada.

Excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado.

La sustitución del personal propuesto debe solicitarse a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.

En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado, la Entidad le aplica al contratista una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra.

30. Como se puede advertir el contratista tiene la responsabilidad de ejecutar su prestación con el panel profesional ofertado y excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto. Sin embargo ¿qué sucede en los días de descanso médico como en el presente caso?
31. A fin de determinar ello, corresponde remitirnos a los documentos contractuales. La cláusula segunda del contrato regula el orden de prelación de los documentos de acuerdo con lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

2.1 El presente Contrato se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias que en lo sucesivo se denominarán: **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, respectivamente.

2.2 Sólo en lo no previsto en este Contrato, en **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

2.3 Forman parte integrante del presente Contrato, el Expediente Técnico, las Bases Integradas de la Licitación Pública, así como las Oferta Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

2.4 El orden de prelación de los documentos que conforman el presente Contrato de Ejecución de Obra, es el siguiente:

2.4.1 El Expediente Técnico - Requerimientos Técnicos Mínimos

2.4.2 Bases Integradas (Absolución de Consultas y/o Observaciones).

2.4.3 Ofertas Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**.

2.4.4 El presente Documento Contractual.

32. De lo anterior se tiene que las Bases integradas tienen el segundo orden de prelación y si nos remitimos a la parte pertinente acápite “XII OBLIGACION DE PERMANENCIA DEL PERSONAL CONTRATISTA EN OBRA” (página 35 de las bases) se tiene lo siguiente:

XII. OBLIGACIÓN DE PERMANENCIA DEL PERSONAL DEL CONTRATISTA EN OBRA.

Es obligatoria la permanencia en obra de todo el personal del Contratista, de acuerdo a su oferta técnica. En los casos de ausencia del personal en obra por motivos de bajada o descanso por trabajos en zonas alejadas del hogar con una duración máxima de 07 días, de atención médica u otra causal, el Contratista está obligado a informar oportunamente al Supervisor y este a la Entidad de manera detallada, por medio escrito o vía correo electrónico en casos de emergencia, debiendo en este último caso regularizar tal comunicación.

Toda ausencia del personal no comunicada y no autorizada por la Entidad, será materia de descuento por los días que dure esta, no se admitirán ausencias de personal mayores a 07 días, las que en caso de presentarse serán consideradas como un incumplimiento contractual.

33. De la lectura de las bases integradas se aprecia que en los casos que existan ausencia del personal por cualquier causal (incluida la enfermedad) el contratista debe informar al supervisor y este a la Entidad. Asimismo, toda ausencia del personal no comunicada y no autorizada por la Entidad será materia de descuento no admitiéndose ausencias mayores a 7 días.
34. En síntesis, el contratista debía informar al supervisor sobre la ausencia del personal. A fin de acreditar ello, el contratista presentó como anexo 33 de su demanda la carta N° 344-2019-CVA-RO del 12 de abril de 2019 con la cual informó al supervisor la ausencia del residente de obra conforme se aprecia:

Oyón, 12 de Abril del 2019

Carta N° 344-2019-CVA-RO

Señores
CONSORCIO SUPERVISOR OYON
Presente.-

Atención: **Ing. Félix Ugarte Chacón**
Jefe de Supervisión

Asunto: **Descanso Médico del Residente de Obra**

Referencia: Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20,
Obra: Mejoramiento de la Carretera Oyón – Ambo,
Tramo I: Oyón – Desvío Cerro de Pasco

De nuestra consideración,

Tenemos el agrado de dirigirnos a ustedes para informarles que el Residente de Obra **Ing. Richard Ramos Toledo** por motivos de salud ha tenido que someterse a una operación; y le han otorgado un descanso médico del 10.ABR.2019 al 09.MAY.2019. Posteriormente, alcanzaremos el informe de nuestro médico ocupacional, quien está al tanto del caso.

Cabe precisar, que los trabajos seguirán siendo asumidos con responsabilidad y dedicación por nuestros especialistas claves, en cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,


Richard Ramos Toledo
Ing. Residente de Obra
CONSORCIO VIAL AMBO

CONSORCIO VIAL AMBO
CARGO

RECIBIDO POR
CONSORCIO SUPERVISOR OYON
OF OBRA
FECHA: 13-04-2019
HORA: 09:40 AM
FIRMA: [Firma]
No es Señal de Conformidad

35. En atención a ello el supervisor respondió con la carta N° 391-2019-CSO/JS del 14 de abril de 2019 (ANEXO 35 DE LA DEMANDA) con el cual solicitó que el consorcio informe qué profesional será el encargado de reemplazar al ingeniero Richard Ramos a fin de ponerlo en conocimiento de la Entidad conforme se aprecia:

Oyón, 14 de abril de 2019

Carta N° 391- 2019 - CSO/JS

CONSORCIO VIAL AMBO
Presente.-

Atención : **Ing. Richard Ramos Toledo**
Residente de Obra

Asunto : **DESCANSO MEDICO**

Referencia : Contrato de Ejecución de Obra N° 073- 2018-MTC/20
Obra: "Mejoramiento de la Carretera Oyón – Ambo, Tramo I: Oyón
Desvío Cerro de Pasco
a) Carta N° 344-2019-CVA-RO

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que esta Supervisión considera procedente la manifestado en dicho documento respecto a su descanso medico justificado por el CERTIFICADO MEDICO ADJUNTO, augurando su pronta mejora.

Se solicitan que nos indiquen que profesional será el encargado de reemplazar al ingeniero Richard Ramos mientras dure su descanso medico con el fin de poner en conocimiento a la Entidad.

Sin otro particular, me despido.

Atentamente,

CONSORCIO VIAL AMBO
Félix Ugarte Sánchez
JEFE DE SUPERVISIÓN

CONSORCIO VIAL AMBO
RECIBIDO
14 ABR. 2019
Hora: 11:30 a.m. Firma:
La recepción del documento no implica la aceptación del mismo

36. El Consorcio Vial Ambo contestó lo solicitado por el supervisor con la carta N° 356-2019-CVA-RO de fecha 17 de abril de 2019 de acuerdo con lo siguiente:

Oyón, 17 de Abril del 2019

Carta N° 356-2019-CVA-RO

Señores
CONSORCIO SUPERVISOR OYON
Presente.-

CARGO

Atención: **Ing. Félix Ugarte Chacón**
Jefe de Supervisión

Asunto: **Remplazo Temporal del Residente de Obra por Descanso Médico**

Referencia: a) Carta N° 391-2019-CSO/JS
b) Carta N° 344-2019-CVA-RO de 12.ABR.2019
c) Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20,
Obra: Mejoramiento de la Carretera Oyón – Ambo,
Tramo I: Oyón – Desvió Cerro de Pasco

De nuestra consideración,

Tenemos el agrado de dirigirnos a ustedes con relación al documento de la referencia a), mediante el cual aceptan el descanso médico del Residente de Obra **Ing. Richard Ramos Toledo**; por el periodo de 30 días, esto es durante el periodo del 10.ABR.2019 al 09.MAY.2019.

Al respecto, damos continuidad a la comunicación con referencia b), efectos de complementar la información brindada, por lo cual proponemos como Residente de Obra temporal o interino a los siguientes profesionales que forman parte del personal clave:

a. **Ing. José Enrique Phun Llap.** Ingeniero en Metrados y Valorizaciones (Planeamiento y Costos).
b. **Ing. Jorge Luis Yamunaque Miranda.** Ingeniero de Control de Calidad.

Cabe precisar que la propuesta de remplazo es solo por el periodo de descanso médico, a fin que cualquiera de ambos profesionales que ustedes validen asuman formalmente el cargo con la responsabilidad y profesionalismo del caso, tal como lo vienen haciendo desde el inicio del periodo médico antes indicado; cumpliendo así nuestras obligaciones contractuales y asegurando en todo momento la calidad técnica de la obra.

En tal sentido, agradeceremos sirva gestionar el trámite correspondiente, a fin que se acepte a uno de estos profesionales como Residente de Obra Interino.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

RECIBIDO POR
CONSORCIO SUPERVISOR OYON
OF OBRA
FECHA: 17-04-2019
HORA: 10:08 a.m.
FIRMA: [Firma]
No es Señal de Conformidad

37. Ahora bien, la importancia de la presencia del personal en la ejecución de la obra ha sido resaltada desde las bases integradas citadas⁵ lo cual se condice con el propio contrato (cláusula décimo novena) pues penaliza tanto la ausencia del personal como el cambio de residente de obra conforme se aprecia:

⁵ Más aún cuando la ausencia del personal del 10 de abril de 2019 al 9 de mayo de 2019 era superior al plazo de 7 días máximo permitido por las bases antes de ser calificado como incumplimiento contractual.

19.2	Por cada día de ausencia del personal en obra, se entiende que el personal presta sus servicios en el lugar de la obra	UNA (1) UIT vigente en la oportunidad que se produce la infracción por cada día y por cada personal ausente.	Según Informe especial o Mensual de obra del Supervisor correspondiente al periodo en que se produce la ausencia o del mes siguiente.
------	--	--	---

19.4	Por reemplazar al Residente de Obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del contrato, y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada a 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.	Se aplicará una penalidad del 0.15% del monto del contrato original	Se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentada al Supervisor y/o Entidad. Esta penalidad, no se aplicará solo en los casos de muerte o enfermedad incapacitante del profesional a ser reemplazado. En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto al cambio de los profesionales.
------	--	---	--

38. En tal sentido, si bien no nos encontramos ante un reemplazo permanente del residente de obra sino de un reemplazo temporal por descanso médico, las bases integradas requerían que dicho hecho fuera puesto a conocimiento de la Entidad a través de su supervisor. Asimismo conforme las bases integradas la Entidad debía autorizar el cambio, lo cual en el presente caso no ha sucedido.

39. De hecho, el contratista no ha sustentado que la Entidad haya aprobado el cambio sino únicamente que el supervisor tenía conocimiento del descanso médico de su residente de obra. Dicho hecho se condice con el incumplimiento formal relatado en la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 que denegó la ampliación de plazo N° 2.

40. Se tiene entonces que el propio contratista ha aceptado que no contaba con el residente de obra al momento de la anotación de la causal, pues estuvo de descanso médico del 10 de abril al 9 de mayo de 2019 indicando que su inicio de causal fue anotada en el asiento 281 del 13 de abril de 2019. En ese sentido el artículo 170 del RLCE (DS 056-2017-EF) regula lo siguiente:

“Artículo 170.- Procedimiento de ampliación de plazo

170.1. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de

41. La norma es clara al indicar que es a través del residente de obra que se anota la causal, por lo que al no haberse hecho de esa manera ni tampoco haber acreditado la conformidad o autorización de la Entidad del cambio del personal, no se ha cumplido el requisito de forma.
42. Teniendo en cuenta los fundamentos precedentes, este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda** y en consecuencia no corresponde dejar sin efecto la Resolución N° 977-2019-MTC/20 del 31 de mayo de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 y, en consecuencia, no otorga al Consorcio Vial Ambo los 15 días calendarios solicitados.
43. En lo que respecta a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda se tiene que es la siguiente:

Quinta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 soles) por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

44. Al respecto, teniendo en cuenta lo resuelto por este colegiado en el análisis de la segunda pretensión principal de la demanda en la que no se acogió el pedido del contratista y por ende no le corresponde la ampliación de plazo N° 2, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido de la pretensión accesoria de los mayores gastos generales y costos directos en atención a

que la pretensión principal fue desestimada y al carácter de accesoriedad de la acumulación, el cual sigue la suerte de la pretensión principal.

45. En consecuencia corresponde declarar que **CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 soles) por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.
46. Sobre la **PRETENSION SUBORDINADA a la segunda pretensión principal** se tiene que el contratista ha solicitado que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el período del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.
47. Para analizar la pretensión subordinada es necesario tener presente las razones de fondo alegadas por cada una de las partes para determinar si efectivamente como lo dice el consorcio la falta de liberación de los accesos de canteras Yanamayo y Rupay no le eran imputables a dicha parte.
48. Si revisamos la posición de la Entidad en la RD 977 que obra como anexo 33 de la demanda tenemos que las razones de fondo fueron las siguientes:

Que, cuanto al aspecto de fondo, según lo señalado por el área técnica el Contratista no contó con los recursos necesarios para ejecutar las partidas predecesoras a la Partida 303.A Sub Base Granular; asimismo, no hizo el pago oportuno a la Comunidad Campesina Santo Domingo de Nava por el uso de los accesos a las canteras Yanamayo y Rupay, a pesar que en la oferta del mismo prevé un monto por el uso temporal de áreas auxiliares, y que el Supervisor hizo el requerimiento de pago desde octubre de 2018; y finalmente, el libre uso de los accesos para las canteras de Yanamayo y Rupay fue postergado por el Contratista hasta el 27.04.2019, con la suscripción del "Contrato de Constitución de Servidumbre y Pago de Indemnización" suscrito con la referida Comunidad, a pesar que esta condición no fue establecida por esta Comunidad para la liberación de los accesos de las canteras citadas; por lo que los atrasos en la ejecución de la obra es de responsabilidad del Contratista; motivos por los cuales la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 debe ser declarada IMPROCEDENTE por no cumplir con los requisitos y procedimiento establecidos en los artículos 169 y 170 del Reglamento, en consecuencia, se mantiene el término de plazo de ejecución de la obra al 29.08.2020;

49. En la contestación de demanda que obra en el expediente la posición de la Entidad fue la siguiente:

33. Adicionalmente, el atraso generado le es imputable al contratista puesto que: (i) no contaba con los recursos necesarios para ejecutar las partidas predecesoras a la partida 303.A – Sub Base Granular, lo que le impidió tener frente de trabajo y a su vez generó que el atraso generado le sea atribuible y (ii) el Consorcio tuvo conocimiento del requerimiento de pago efectuado por parte del supervisor a favor de la comunidad de Santo Domingo de Nava, desde octubre de 2018, generando un problema social inducido por la falta de pago para la disponibilidad del uso de los accesos a las canteras Yanamayo y Rupay.

50. El contratista ha pedido que no se le aplique penalidad en el lapso del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019. De la solicitud de ampliación de plazo N° 2 (anexo 32 de la demanda) se tiene que en dicho lapso el cuaderno de obra indicó lo siguiente:



SIENTO N° 083 — DEL CONTRATISTA 09.11.2018
ASUNTO : DISPONIBILIDAD DE LAS CANTERAS YANAMAYO Y PUENTE
RUPAY
REFERENCIA : CARTA N° 082-2018-CVA-RO, ASIENTOS N° 55, 59, 067
CON CARTA N° 082-2018-CVA-RO DEL 09/11/2018 MEMOS INFORMADO
A LA SUPERVISIÓN DE LA REUNIÓN DE COORDINACIÓN LLEVADA A CABO EL
PASADO MIÉRCOLES 07/11/2018, CON LOS DIRIGENTES Y COMUNEROS DE LA
COMUNIDAD CAMPESINA SANTO DOMINGO DE NAVA (CCSDN), CON LA FINAL-
LIDAD DE RESOLVER LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LAS CANTERAS YANAMAYO
Y PUENTE RUPAY; AL RESPECTO, LOS RESULTADOS DE LA REUNIÓN SE RE-
SUMEN EN LO SIGUIENTE :
LOS COMUNEROS SOLICITARON A LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE
OYON (MPO) LE DEFINA EL PORCENTAJE DE DINERO QUE SERÍA
TRANSFERIDO A LA CCSDN DE LAS RENTAS QUE OBTENDRÍA LA
MPO POR LA EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE LAS CANTERAS YANAMAYO
Y PUENTE RUPAY. DADO QUE LA MPO NO DEFINIÓ EL PORCENTAJE,
LOS COMUNEROS NO ACEPTARON A AUTORIZAR LA LIBRE DISPONIBILIDAD
DE LAS CANTERAS.
LOS COMUNEROS SOLICITARON EL COMPROMISO SOCIAL DEL CONTRATISTA
PARA EL USO DE LOS ACCESOS A LAS CANTERAS YANAMAYO Y PUENTE
RUPAY; EL CONTRATISTA OFRECÍO ENTREGAR EN EFECTIVO LA SUMA
DE S/ 60,000.00 EN DOS PARTES, MÁS EL EQUIVALENTE A S/ 20,000.00
EN RECURSOS COMO MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN, HORAS MÁQUINAS DE
EQUIPOS, ETC. SOBRE ESTE PUNTO QUEDARON EN DISCUSIÓN Y NOS INFORMARÁN
DE SUS DECISIONES.

Richard Ramos Toledo,
Ing. Residente de Obra
CONSORCIO SUPERIOR AMBA

CONSORCIO SUPERIOR OYON

FELIX UGARTE CHACON



AD EJECTORA

COMO SE PUEDE NOTAR, DADO QUE LOS DOS PUNTOS ANTERIORMENTE DESCRITOS NO ESTAN RESUELTOS, NO SE CUENTA CON LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LAS CANTERAS YA QUE LOS COMONEROS SE OPONEN AL USO DE LOS ACCESOS Y A LA EXPLOTACIÓN DE LAS CANTERAS.

RESPECTO A UTILIZAR LA CANTERA PATON MADRO RUCOSO PARA EL AGREGADO GRAFESO, MENCIONADA EN EL ASIENTO N° 059, LE RECORDAMOS QUE TAMBIÉN ESTA PENDIENTE LA AMPLIACIÓN DEL POLVORÍN EN EL KM 162 + 710, SIN ESTA DEFINICIÓN TAMPOCO SE PUEDE EXPLOTAR ESTA CANTERA.

POR LO EXPOSITO, REITERAMOS NUESTRA SOLICITUD DE CONSEGUIR LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LAS CANTERAS, CONDICIÓN QUE SE GARANTIZA DURANTE EL PROCESO DE LICITACIÓN, CASO CONTRARIO EL CONTRATISTA SE RESERVA EL DERECHO DE SOLICITAR LA AMPLIACIÓN DE PLAZO CORRESPONDIENTE POR CAUSAS QUE NO SON DE SU RESPONSABILIDAD. ASIMISMO, DEJAMOS CONSTANCIA QUE POR FALTA DE LIBRE DISPONIBILIDAD DE LAS CANTERAS EN EL PRESENTE MES LAS OBRAS QUE SE VAN A ATRASAR SON:

605.B MATERIAL FILTRANTE, Y

610.H CONCRETO CLASE H ($f'c = 100 \text{ kg/cm}^2$)

Richard Ramos Toledo
Richard Ramos Toledo

ASIENTO 83 DEL CONTRATISTA (PÁGINA 142 Y 143 DEL PDF ANEXOS
DEMANDA CVA 13 a 32)

ASIENTO N° 87 DEL SUPERVISOR-12-11-18
Con respecto al Asiento N° 83 del Centro
Test, mediante el cual indico la serie
de acciones realizadas conjuntamente
con la Supervisión, con la comuni-
dad que tiene autoridad sobre dichos
Centros, controlando la libre dispo-
nibilidad de dichos Centros y no
habiendo tenido hasta la fecha un
pronunciamiento final de la comunidad
para el uso de los Centros y puente
y Puente Ruy, la Supervisión con
fecha 12 de Noviembre ha remi-
tido a la Comunidad un Centro, dándole
un plazo para que emita un pre-
nunciamento indicando sus con-
diciones para permitir la utili-
zación de los indicadores Centros.

CONSORCIO SUPERIOR OYON
FELIX UGARTE CHACON
JEFE DE SUPERVISION

ASIENTO 87 DEL SUPERVISOR (PÁGINA 144 DEL PDF ANEXOS DEMANDA
CVA 13 A 32)



ASIENTO N° 067 DEL SUPERVISOR 31-10-2018	
ASUNTO: INTERFERENCIAS EN OBRA	
RESPECTO A LA SUPUESTA FOLTA DE DISPONIBILIDAD DE LAS	
ING. INSPECTOR	 Richard Ramos Toledo Ing. Residente de Obra CONSORCIO VIALAMBO Jorge Antonio Navarro Valle JEFE DE SUPERVISIÓN CONSORCIO SUPERVISOR OYON

CUADERNO DE OBRA	
MODALIDAD	N° 057
NOTARIA PUBLICA CLAUDIO FREDY GALVAN GUTIERREZ NOTARIO - ABOGADO Av. Gonzales Prada 101 - Telf 237-2710 OYON	
ASUNTO: _____	
TERMINA: _____	
MODALIDAD EJECUTORA _____	
CANTERAS YANAMAYO Y RUPAY, ESTAS SON DE LIBRE DISPONIBILIDAD DE ACUERDO A LOS DOCUMENTOS CONTRA- LES LO QUE VIENEN EXIGIENDO LOS DIRIGENTES DE LA COMUNI- DAD DE NAVA ES RESPECTO A LOS PAGOS POR EL USO DE LOS ACCESOS, COSTO QUE HA SIDO PREVISTO POR LA ENTIDAD Y EL CONTRATISTA EN EL EXPEDIENTE TECNICO, POR TANTO SE RECOMIENDA AL CONTRATISTA PROCEDER CON LA TRANSAC- CION CON LA COMUNIDAD DE NAVA.	

52. Se advierte que el Supervisor con el asiento 67 del 31/10/218, al referirse a las canteras de Yanamayo y Rupay indicó que los dirigentes de la comunidad de nava solicitaban pagos por el uso de los accesos, costo que ha sido previsto por la Entidad y el contratista y por tanto se recomienda al contratista proceder con la transacción con la comunidad de nava.
53. Sin embargo, se puede advertir que posterior a ello, el contratista y el supervisor continúan haciendo anotaciones sobre las reuniones e indicaciones sobre la reunión con los miembros de la comunidad de nava conforme se aprecia de los asientos **87, 112 y 221 del supervisor**:



ASIENTO N° 83 DEL SUPERVISOR - 12-11-18
con respecto al Asiento N° 83 del Centro
Tute, mediante el cual indico la serie
de acciones realizadas conjuntamente
con la Supervisión, con la Comuna-
dad que tiene autoridad sobre dichos
Centros, controlando la libre dispo-
nibilidad de dichos Centros y no
habiendo tenido hasta la fecha un
pronunciamiento final de la comunidad
para el uso de los Centros Yanamayo
y Puente Ruray, la Supervisión con
fecha 12 de Noviembre ha remitido
a la Comunidad una carta, dándole
un plazo para que emita un pro-
nunciamento indicando sus con-
diciones para permitir la utili-
zación de los indicados Centros.

FELIX UGARTE CHACON
JEFE DE SUPERVISIÓN

CONSORCIO SUPERIOR OYON

ASIENTO 87

ASIENTO N° 112 - DEL SUPERVISOR 29/11/2018

REFERENTE AL ASIENTO N° 105 DEL CONTRATISTA SE LE COMUNICA QUE CON
CARTA N° 132 - 2018 - CSO / JS DE FECHA 20 DE NOVIEMBRE, SE HA
REMITIDO A PROVIAS ATENDIENDO A SU SOLICITUD EL EXPEDIENTE
COMPLETO DE LOS TRAMITES EFECTUADOS RESPECTO AL ACUERDO DE LAS
CANTERAS YANAMAYO Y PUENTE RURAY.

CONSORCIO SUPERIOR OYON

Felix Ugarte Chacón
JEFE DE SUPERVISIÓN

ASIENTO 112

ASIENTO N° 221 — DEL SUPERVISOR	09/03/2019
CON RESPECTO AL ASIENTO N° 198 DEL CONTRATISTA, REFERENTE A LA AUTORIZACIÓN PARA EL ACCESO A LAS CANTERAS YANAMAYO Y RUPAY, ESTA SUPERVISIÓN CON FECHA 27/02/19 SOSTUVO UNA REUNIÓN CON LA ACTUAL DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD DE NAVA, A FIN DE LLEGAR A UN ACUERDO DEFINITIVO RESPECTO AL ACCESO DE AMBAS CANTERAS, FINALMENTE SE PACTO UN MONTO TOTAL DE 320 MIL NUEVOS SOLES, LOS MISMOS QUE DEBERÁN ABO- NARSE PREVIO AL USO DE AMBAS CANTERAS POR LA EMPRESA CONTRATISTA, ES PRECISO SEÑALAR QUE DEBIDO A QUE LA ACTUAL DIRECTIVA AUN NO CUENTA CON LAS CREDENCIALES CORRESPONDIENTES, CONSIDERARON NECESARIO FORMALIZAR LA PROPUESTA EN UNA ASAMBLEA GENERAL CON SU COMUNIDAD PARA EL DIA 10/03 DEL PRESENTE, INDICANDO QUE NO VARIARÁN LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO.	
JEFES DE SUPERVISIÓN	

ASIENTO 221

54. Conforme se aprecia de los asientos citados, desde octubre de 2018 el supervisor indicó al contratista proceder con la transacción con la comunidad de Nava, sin embargo, en asientos posteriores se advierte que el supervisor ha intervenido en coordinaciones con la comunidad de Nava enviando comunicación (Asiento 87) y haciendo coordinaciones adicionales que se pueden apreciar hasta incluso con el asiento 221 del 9 de marzo de 2019.
55. En ese sentido, contrario a lo alegado por la Entidad el problema suscitado en las canteras de Yanamayo y Rupay no se solucionaron con el requerimiento de pago de octubre de 2018 sino que el problema continuó e incluso requirió la intervención del supervisor.
56. El inconveniente de las canteras señaladas pudo solucionarse finalmente con la comunidad con la suscripción del contrato de servidumbre el 27 de abril de 2019 conforme se aprecia:



QUINTO - Como contraprestación económica por el libre acceso a las Canteras "Rupay" y "Yanamayo(Pico)", se le hace el pago de la suma de S/ 320.000.00 mediante Cheque de Gerencia, el mismo que es aceptada por la Comunidad sin reclamo alguno

SEXTO - Que el Acceso a la cantera "Yanamayo" por parte del Consorcio Vial Ambo, será por el túnel denominado "Pico", conforme lo estipula los planos del expediente técnico

Participándose las partes en sus extremos, lo suscriben en la Comunidad Campesina de Nava, a los veintisiete días de mes de abril del año dos mil diecinueve

Guillermo Estigarribia S.
DNI 10264626

Eladio Pizarro
DNI 15211912
Fiscal



Félix Zúñiga Chaca
JEFE DE SUPERVISIÓN

CLAUSULA QUINTA Y PARTE FINAL DEL CONTRATO DE SERVIDUMBRE
ANEXO OBRANTE EN FOLIO 239 y 240 DEL PDF ANEXOS DEMANDA CVA 13
a 32.

57. Entonces se tiene que en el lapso del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019 el contratista venía efectuando coordinaciones con la supervisión por aspectos de las canteras Yanamayo y Rupay que no son de su responsabilidad siendo que el inconveniente fue superado recién el 27 de abril de 2019. En consecuencia, se declara FUNDADA la pretensión

subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda del contratista y se declara lo siguiente:

El Tribunal Arbitral declara que el atraso generado en la Obra, por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el período del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

PRETENSIONES SOBRE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 3

58. Las pretensiones sobre la SAP N° 3 son las siguientes:

Séptima Cuestión Controvertida referida a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 1277-2019-MTC/20 del 2 de julio de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 26 días calendarios solicitados.

Octava Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 1'329,806.14 (Un millón trescientos veintinueve mil ochocientos seis con 14/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 1'538,377.20 (Un millón quinientos treinta y ocho mil trescientos sesenta y siete y 20/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago

Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Tercera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y

Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

59. La tercera pretensión principal de la demanda está referida a dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20 y se le otorgue la ampliación de plazo N° 03 por el plazo de 26 días calendario.
60. Al respecto, de las posiciones de las partes así como de la propia resolución N° 1277-2019-MTC/20 se advierte que el punto central sobre el que gira tanto el pedido como la denegatoria de la SAP 3 está referido a pronunciamientos de la Municipalidad Provincial de Oyón con los cuales se anularon las autorizaciones de explotación de las canteras Yanamayo y Rupay por una falta de pago.
61. El contratista ha manifestado que la Entidad (PROVIAS NACIONAL) le habría notificado de maneta tardía las solicitudes de pago y por su parte la Entidad ha indicado que la demora es responsabilidad del contratista por su propia inacción en el asunto particular.
62. En ese sentido, es pertinente remitirnos a la solicitud de ampliación de plazo N° 3 del contratista que obra como ANEXO 48 (página 53-54 del pdf titulado Anexos demanda CVA 38 al 49) del escrito de demanda del contratista en donde se refiere tanto al inicio como al final de la causal de ampliación de plazo de acuerdo con lo siguiente:

c.2) Fecha de inicio de la circunstancia que sustenta la causal para solicitar la ampliación de plazo

El inicio de la circunstancia que sustenta la causal para solicitar la ampliación de plazo fue registrado en el Cuaderno de Obra con fecha **03.MAY.2019**, tal como consta en el **Asiento N° 317** de esa misma fecha del Cuaderno de Obra, donde registramos que ese día hemos recibido el Oficio N° 15-2019-GM/MPO, mediante el cual la Municipalidad Provincial de Oyón alcanza la Resolución Gerencial N° 038-2019-GM/MPO, donde resuelve: *"Disponer dejar sin efecto las Autorizaciones de extracción de material de los Álveos de RIO en la Jurisdicción de la Municipalidad Provincial de OYON"*; impide la extracción de

mineral no metálico (agregado) de las canteras "Rupay" y "Yanamayo", las mismas que están en la jurisdicción de la provincia de Oyón, las cuales están contenidas en el Expediente Técnico (Estudio Definitivo) para la ejecución de la obra, afectando a la fecha, la no realización de las partidas que están en la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra (CAO) vigente: 303 A. Sub Base Granular (60% de la cantera Yanamayo y 40% de la cantera Rupay) y 303 B. Base de Concreto Hidráulico $f'c=85 \text{ Kg/cm}^2$ (30% de la cantera Yanamayo), entre otras partidas del CAO vigente.

Posteriormente, y debido a que las circunstancias antes descritas no concluían, nos vimos en la necesidad de continuar realizando las anotaciones en el Cuaderno de Obra, a fin de dejar expresa constancia del impacto sufrido como consecuencia de NO poder explotar los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay, por no contar con la autorización por parte del Municipalidad Provincial de Oyón, situación que impactó el normal desarrollo de la ejecución de una serie de partidas y actividades sucesoras, siendo las más afectadas las partidas 303.A Sub Base Granular y 303 B. Base de Concreto Hidráulico $f'c=85 \text{ Kg/cm}^2$, por encontrarse en ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente.

En ese sentido, se demuestra que la falta de liberación de las canteras Yanamayo y Rupay, por la interferencia expuesta en la presente solicitud, impidió que el Contratista ingrese a dichas canteras para realizar la explotación normal de material no metálico (agregados) requerido para la ejecución normal de partidas que dependían de dicho material y que están contenidas en el Calendario de Avance de Obra vigente, con lo cual es evidente que se ha alterado la ruta crítica del programa de ejecución de obra como **consecuencia directa** de un atraso por causas no atribuibles al Contratista, lo cual es causal de ampliación del plazo contractual conforme a lo establecido en el Art. 169° del RLCE.

c.3) Fecha de término de la circunstancia que sustenta la causal para solicitar la ampliación de plazo

En concordancia con el numeral 170.1 del Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hemos anotado en el Cuaderno de Obra el final de la circunstancia que han configurado la causal que sustenta la presente solicitud de ampliación de plazo, tal como se registró en el **Asiento N° 366 de 28.MAY.2019 del Cuaderno de Obra**, donde señala que, en la misma fecha, hemos recibido la Carta N° 529-2019-CSO/JS, mediante el cual la Supervisión de Obra alcanza la Resolución Gerencial N° 056-2019-GM/MPO, emitida por la Municipalidad Provincial de Oyón, donde resuelve: "Dejar sin efecto la Resolución Gerencial N° 038-2019-GM/MPO, autoriza a PROVIAS NACIONAL la extracción de material de los Álveos del río de las canteras Yanamayo y Rupay, por las cantidades de 66,120 m³ y 47,075 m³ respectivamente", por tal motivo, queda liberadas las canteras Yanamayo y Rupay para la explotación de agregados, las mismas que permiten ejecutar las partidas 303 A. Sub Base Granular y 303 B. Base de Concreto Hidráulico $f'c=85 \text{ Kg/cm}^2$, partidas que se encuentran en la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente.

63. Conforme lo indicó el propio contratista el inicio de la causal de la SAP N° 3 fue con el asiento N° 317 del cuaderno de obra que data del 3 de mayo de 2019, no se advierte cuestionamiento en aspecto de “forma” a la fecha de inicio de la causal en la Resolución directoral N° 277-2019-MTC/20.
64. Sin embargo, es preciso tener presente que obra en el expediente el oficio N° 283-2019-MTC/20.22.2 de fecha 29.04.29 con el cual la Entidad informó al contratista que, “El contratista conforme al presupuesto aprobado en el expediente técnico de obra tiene que realizar los pagos correspondientes por los derechos de las obtenciones gestionadas por la Entidad” Dicho oficio indicó lo siguiente:

204485 2019

Lima,

OFICIO N° 235-2019-MTC/20.22.2

MUY URGENTE

Señor:
MAURICIO RODRÍGUEZ MONTERO
Consorcio Vial Ambo
Jr. Bonnemaison N° 597
Magdalena del Mar.-

Asunto : Procedimiento de Ejecución Coactiva.

Referencia : Cédula de Notificación s/n (Expediente 05-2019-ECO).

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual la Municipalidad Provincial de Oyón notificó la Resolución de Ejecución Coactiva N° 1, resolviendo el inicio del Procedimiento de Ejecución Coactiva contra PROVIAS NACIONAL, a efectos de que proceda al pago de S/ 406,045.79 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y cinco con 79/100 soles) por concepto de derecho de extracción de material de 116,479.00 m³ del Río Oyón en la zona denominada Yanamayo, dentro del plazo de siete (7) días hábiles de la notificación, bajo apercibimiento de dictarse Medida Cautelar de Embargo.

Sobre el particular, señalar que de acuerdo al Calendario de Avance de la Obra denominada "Mejoramiento de la Carretera Oyón - Ambo. Tramo I: Oyón - Desvío Cerro de Pasco", vigente a la fecha, y al Presupuesto del Expediente Técnico, vuestra representada es la responsable de efectuar el pago por el concepto precitado, debiendo haber iniciado dicha labor desde el 10-OCT-2018; en ese sentido, por tratarse de un asunto que no es competencia de PROVIAS NACIONAL, se hace de vuestro conocimiento la notificación efectuada, a fin de que a la brevedad conforme a sus atribuciones exponga su posición, y de ser el caso efectúe el pago o tome las acciones correspondientes y necesarias ante la Municipalidad Provincial de Oyón (pida fraccionamiento de la deuda tributaria, etc.).

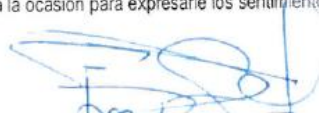
Sin perjuicio de la obligación que debe asumir, mediante Oficio N° 235-2019-MTC/20.22.2. se hizo de conocimiento de la Entidad Edil, los trámites de pago que su representada estuvo realizando en la Comunidad de Nava para los accesos a las canteras que se encuentran dentro de los terrenos comunales.

Cabe precisar, que en el supuesto negado de que a PROVIAS NACIONAL, el inicio del Procedimiento de Ejecución Coactiva le cause algún perjuicio, se iniciarán las acciones que correspondan, por los daños que se generen y que obedezcan a la falta de diligencia oportuna de vuestra parte, dado que la autorización de extracción acontece desde el año 2017, y hasta la fecha no se habría informado a la Municipalidad de las gestiones que viene realizando.

Finalmente, precisar que de acuerdo al artículo 123 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado por D.S. N° 350-2015-EF, la Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares, para la ejecución de la Obra; sin embargo, el Contratista conforme al Presupuesto aprobado en el Expediente Técnico de la Obra, tiene que realizar los pagos correspondientes por los derechos de las obtenciones gestionadas por la Entidad.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente,






ANEXO N° 39 DE LA DEMANDA

65. Por su parte el contratista no ha negado que dicha parte sea la encargada o responsable de efectuar el pago, en efecto en su demanda (página 64) ha manifestado lo siguiente:

Con este requerimiento, efectuamos las gestiones internas necesaria y, el 20 de mayo de 2019, cumplimos con transferir el importe de S/ 395,050.55 a las cuentas bancarias de la Municipalidad, por los derechos de extracción de las canteras Yanamayo y Rupay; de lo cual se dejó constancia en el Asiento N.º 343³² del Cuaderno de Obra, en el que solicitamos al Supervisor que realice las gestiones para que se deje sin efecto la Resolución Gerencial N.º 038-2019-GM/MPO y nos alcance el documento que autorice la extracción de las canteras.

66. En ese sentido queda claro que la parte que debía efectuar el pago era el contratista y dicha parte fue informada del pago que debía realizar el día 29 de abril de 2019 con el oficio N° 283-2019-MTC/20.22.2 esto es, con anterioridad a la fecha en la que el contratista anotó el asiento 317 (3 de mayo de 2019) del cuaderno de obra con el cual indicó el inicio de la causal.
67. En ese sentido, desde el 29 de abril de 2019 el contratista conocía que debía efectuar el pago, sin embargo, dicho pago se vio efectuado por el contratista recién el 20 de mayo de 2019, ello al margen de las responsabilidades de cuestionar las decisiones de la Municipalidad que el consorcio alega que le correspondía a PROVIAS NACIONAL.
68. Lo cierto es que, en los hechos, el contratista efectuó el pago el 20 de mayo de 2019 y dio el cierre de la causal el 28 de mayo de 2019 con el asiento 366 por lo que dicho plazo fue el que tomó que el contratista pudiera finalmente efectuar el pago y obtener la Resolución N°056-2019-GM/MPO con la cual la Municipalidad dejó sin efecto la Resolución Gerencial N° 038-2019-GM/MPO.
69. En consecuencia, dicho plazo de demora desde la causal del inicio con el asiento 317 del 03 de mayo de 2019 hasta el fin de la causal del asiento 366 del 28 de mayo de 2019 le es imputable al contratista por lo que no corresponde amparar la tercera pretensión de su demanda.
70. En ese sentido la Resolución N° 1277-2019-MTC/20 que denegó la ampliación de plazo N° 3 no debe ser dejada sin efecto, esto debido a que la demora fue por causa imputable al contratista.

71. Por ello corresponde declarar **INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda del Consorcio Vial Ambo** y en consecuencia no corresponde dejar sin efecto la Resolución N° 1277-2019-MTC/20 del 2 de julio de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 y, en consecuencia, no corresponde que se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 26 días calendarios solicitados.

72. La **OCTAVA CUESTION CONTROVERTIDA** es la siguiente:

Octava Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 1'329,806.14 (Un millón trescientos veintinueve mil ochocientos seis con 14/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 1'538,377.20 (Un millón quinientos treinta y ocho mil trescientos sesenta y siete y 20/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago

73. Teniendo en cuenta que se ha declarado INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda y que la pretensión en mención fue acumulada de manera accesoria, la misma sigue la suerte de la principal. Es decir que al haberse determinado que no corresponde la ampliación de plazo N° 3 no corresponde otorgar sus efectos, como lo son los mayores gastos generales ni costos directos. Por ello CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la referida pretensión.

74. La **NOVENA CUESTION CONTROVERTIDA** es la siguiente:

Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Tercera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019

75. Sobre esta pretensión el contratista ha sustentado su pedido de forma subordinada a la pretensión principal de acuerdo con lo siguiente (página 75 de la demanda):

Finalmente, en relación a la **SAP 3**, se ha probado que el atraso generado en la OBRA, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es responsabilidad del CVA.

Tal como ha quedado acreditado, la tardía actuación de PROVIAS generó este atraso pues esta Entidad recién nos informó sobre el requerimiento de pago de la Municipalidad, más de un mes después de haber sido notificado con el mismo, y luego de vencido el plazo ampliado que le otorgó la Municipalidad a tal efecto, inclusive. Por el contrario, luego que la Municipalidad nos requirió este pago, procedimos con ello de manera celera dentro del plazo otorgado. De esta manera, ha quedado probado que no hubo inacción alguna de nuestra parte.

76. De la lectura de la posición de la contratista se aprecia que ha solicitado que no se le aplique penalidad desde el 14 de noviembre de 2018 hasta el 27 de abril de 2019. Sin embargo, de la revisión de los hechos alegados se tiene que los más antiguos datan de fecha 3 de mayo de 2019, lo cual se aprecia incluso en su solicitud de ampliación de plazo N° 3:

c) ASPECTOS FORMALES DE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO

c.1) Anotaciones en el Cuaderno de Obra y Comunicaciones cursadas entre el Contratista, el Supervisor y la Entidad

De acuerdo al numeral 170.1 del Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para que proceda la solicitud de ampliación de plazo, el Contratista debe anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y, de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y modificatoria, señala que: "170.1 Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo (...//...)". En ese sentido, el Contratista ha cumplido con registrar anotaciones en el Cuaderno de Obra:

A efecto de solicitar la presente ampliación de plazo, hemos efectuado las anotaciones en el Cuaderno de Obra, las cuales se detallan a continuación:

Asiento N° 317 del Contratista

Fecha: 03/05/2019

Asunto: La Municipalidad Provincial de Oyón dispone dejar sin efecto las autorizaciones de extracción de material de río – Inicio de la causal y circunstancia de ampliación de plazo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 170 del RLCE.

Mediante el presente, se deja constancia que el día de hoy 03.MAY.2019 hemos recibido el Oficio N° 15-2019-GM/MPO, mediante el cual la Municipalidad Provincial de Oyón alcanza la Resolución Gerencial N° 038-2019-GM/MPO, donde resuelve: "Disponer dejar sin efecto las Autorizaciones de extracción de material de los Álveos de RIO en la Jurisdicción de la Municipalidad Provincial de OYON".

La situación descrita en el párrafo anterior, impide la extracción de mineral no metálico (agregado) de las canteras "Rupay" y "Yanamayo", las mismas que están en la

7

77. En su demanda (página 60-61) el contratista ha indicado lo siguiente:

6.5. **Fundamentos de hecho y de derecho de la Tercera Pretensión Subordinada y su Pretensión Accesorio, vinculadas a la Ampliación de Plazo N.º 3**

- Como hemos podido apreciar, la libre disponibilidad de las canteras es crucial para la ejecución de ciertas partidas críticas de la OBRA, y se vio afectada desde el inicio de ejecución de la obra en setiembre de 2018, hasta abril de 2019, debido a la negativa de la Comunidad de Santo Domingo de Nava de permitirnos el acceso a estas áreas auxiliares de la OBRA.

Lamentablemente, los problemas con las canteras no concluyeron con dicha situación, sino que se extendieron hasta mayo de 2019, esta vez, por la tardía reacción de PROVIAS ante un requerimiento de pago de la Municipalidad Provincial de Oyón por los derechos de extracción de las canteras que, como veremos a continuación, nos fue remitido de manera extemporáneamente, luego que la entidad edil adoptó acciones coactivas para el cumplimiento de dicho pago.

- El 25 de marzo de 2019, la Municipalidad Provincial de Oyón notificó a PROVIAS - no al CVA - con el Oficio N.º 002-2019-MPO-GM (**Anexo 37**), mediante el cual le remitió la Resolución Gerencial N.º 020-2019-GM/MPO, por la que dispuso ejecutar la Resolución Gerencial N.º 11-2017-GRDU/MPO.

Recordemos que la Resolución Gerencial N.º 11-2017-GRDU/MPO otorgó autorización a PROVIAS, como propietario de la OBRA, el derecho de extracción de material de la cantera Yanamayo y, en virtud a esta autorización, el CVA podría obtener dicho material para su ejecución.

78. Como se advierte la identificación de los hechos inicia desde el mes de marzo de 2019, sin embargo el contratista ha solicitado que no se le aplique penalidad desde el 14 de noviembre de 2018 haciendo alusión a que “la libre disponibilidad de canteras es crucial para la ejecución de ciertas partidas críticas de la obra y se vio afectada desde el inicio de ejecución de la obra en setiembre de 2018 hasta abril de 2019, debido a la negativa de la Comunidad de Santo Domingo de Nava de permitirnos el acceso a estas áreas auxiliares de la obra”.
79. Sin embargo, no se ha identificado específicamente la cadena de hechos que desde el 14 de noviembre de 2018 permita determinar por qué hasta el 27 de abril de 2019 no le es aplicable penalidad. Ello sin perjuicio de lo que ha resuelto este colegiado cuando analizó la pretensión subordinada referida a la ampliación de plazo N° 2.
80. El hito o hecho más cercano al 27 de abril de 2019 fue la notificación del oficio N° 283-2019-MTC/20.22.2 del 29 de abril de 2019 con el que la Entidad le indicó que debía efectuar el pago respectivo al contratista. Sin embargo, se ha determinado, al resolver las pretensiones anteriores, que la demora

desde su anotación en el asiento 317 del 03 de mayo de 2019 hasta el fin de la causal del asiento 366 del 28 de mayo de 2019 le es imputable al contratista.

81. Asimismo conforme se ha analizado al resolver la pretensión principal, era responsabilidad del contratista efectuar el pago por los derechos gestionados por la Entidad, quien debía actuar con la debida diligencia y responsabilidad.
82. En ese sentido, al no haberse podido identificar las razones del pedido de no aplicar la penalidad en periodo anterior al de la solicitud de ampliación de plazo el pedido del contratista deviene en INFUNDADO.
83. En consecuencia, la **pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda se declara INFUNDADA** y por ello no corresponde declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde declarar que Provias Nacional no aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

PRETENSIONES REFERIDAS A LAS PENALIDADES APLICADAS DISTINTAS A LAS DE MORA:

PRETENSIONES SOBRE EL ÍNTEGRO DE PROFESIONALES DE LA OFERTA:

84. Las pretensiones sobre el íntegro de profesionales de la oferta son las siguientes:

Décima Cuestión Controvertida referida a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de Obra, por causas no atribuibles al Consorcio Vial Ambo configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el Consorcio Vial Ambo no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución.

Undécima Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que no cabe penalizar al Consorcio Vial Ambo por el cambio de los profesionales de la Oferta y/o no contar con ellos una vez iniciada la ejecución cuando menos hasta la sustitución del referido profesional con la aprobación del reemplazo por Provias Nacional debido a la especialización requerida de los profesionales.

Duodécima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por los supuestos regulados en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4 de las Cláusulas Décima Novena del Contrato.

Décimo Tercera Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad

Décimo Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

Décimo Quinta Cuestión Controvertida referida a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de Oferta

Décimo Sexta Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en

caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad

Décimo Séptima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio de Ingeniero de Calidad de Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.

No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.

No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.

Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

Décimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición

Décima Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por

incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil

Vigésima Cuestión Controvertida referida a la Séptima Pretensión

Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provías Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.

Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Octava

Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo

85. En lo que respecta a este grupo de pretensiones se tiene de la posición del Consorcio que sus pedidos se centran en los siguientes aspectos:

- i. Considerar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de obra configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor
- ii. Como consecuencia de la postergación del plazo de inicio de ejecución de la obra el personal que formaba parte de la oferta renunció teniendo por ello que reemplazarlo
- iii. Las penalidades no deben ser aplicadas debido a que la renuncia del personal es un caso fortuito fuerza mayor.
- iv. Las penalidades deben ser reducidas conforme al artículo 1346 del Código Civil.
- v. La Entidad debió, conforme a las Bases, analizar en cada supuesto de aplicación de “otras penalidades” si el evento constituía un caso fortuito o fuerza mayor para determinar si se aplicaba o no la penalidad.

86. Ahora bien a fin de efectuar el análisis de las referidas pretensiones es necesario tener en cuenta que es aplicable al presente proceso la Ley N°

30225 y el reglamento del D.S. 350-2015-EF y sus modificaciones a julio de 2017, dentro de esas modificaciones es aplicable la del D.S. 056-2017-EF vigente del 03.04.2017 al 29.01.2019.

87. El contratista sostiene que la demora anterior a la suscripción del contrato debido a apelaciones y trámites administrativos y la postergación del inicio de la obra constituyen supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. De la lectura de la pretensión del contratista se advierte que dicha parte no ha determinado en cuál de los dos supuestos nos encontraríamos, es decir, caso fortuito o fuerza mayor sino que lo ha solicitado utilizando la conjunción disyuntiva “o”⁶ conforme se aprecia:

Décima Cuestión Controvertida referida a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de Obra, por causas no atribuibles al Consorcio Vial Ambo **configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el Consorcio Vial Ambo no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta** y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución. Resaltado y subrayado es nuestro.

88. En efecto, al momento de sustentar su pedido el contratista manifestó lo siguiente (página 86 de la demanda):

⁶ “o” conj. disyunt. Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Antonio o Francisco. Blanco o negro. Herrar o quitar el banco. Vencer o morir.
<https://dle.rae.es/o>

7.28. Es un función de ello que el CVA presenta su Oferta, con los profesionales y recursos correspondientes, y además PROVIAS adjudica la Buena Pro. Por lo que, si aquello ofertado y/o planificado por el Contratista no puede ser cumplido por razones ajenas a su voluntad y no previsibles, esto no puede calificarse como un incumplimiento injustificado y ser pasivo de una sanción. El solo hecho que el contrato recoja las penalidades aquí discutidas no faculta de manera discrecional a la Entidad a efectuar acciones en contra del CVA por supuestos incumplimientos, o sin tener en cuenta que estos no resultan injustificados., sino que exige determinar si por ejemplo lo acontecido en este caso, se determina un evento que impidió al CVA cumplir con dicha obligación.

Es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

89. Sin perjuicio de que el contratista no ha determinado en su pretensión en cuál de los supuestos se encuentra su pedido, lo cierto es que al haber sido incluidos ambos supuestos corresponde analizarlos y cotejarlos con los hechos alegados y probados en el proceso a fin de determinar si se encuentran incursos en alguno de esos 2 supuestos o cualquier otro supuesto que justifique que el Consorcio no haya contado con el íntegro de los profesionales de la oferta.

90. El análisis del caso debe empezar por los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia sobre el caso fortuito y fuerza mayor. El artículo 1315 del Código Civil regula lo siguiente:

Art. 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor.

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

91. En la casación N° 1693-2014 Lima se establece lo siguiente:

De ello, corresponde realizar un análisis a lo que se debe considerar como "caso fortuito", y a lo que debe ser considerado como "fuerza mayor", esto en virtud a que la normatividad para el caso, como es la "Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor", lo entiende como una situación diferente al caso fortuito.

Siendo ello así, y como lo entiende Mosset⁷, que “la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor va más allá de lo puramente teórico, caracterizan al primero por su “imprevisibilidad” y a la fuerza mayor por implicar la “irresistibilidad”. En tal sentido, se debe entender como “caso fortuito” cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, esto es se puede evitar mediante una diligencia normal, en cambio será “fuerza mayor” cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso en los casos de desastres naturales⁸.

92. Sobre la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad la doctrina ha considerado lo siguiente:

“Extraordinariedad:

Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales.

Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980-1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes.

Digna de seguir, en todo caso, es la doctrina que aconseja que “la evidencia y gravedad del caso fortuito no deben inducir, jamás, a descuidar el análisis relativo a la precisa determinación de la actividad a la que se encuentran obligadas las empresas, según la naturaleza del servicio” (BRECCIA, 1991: 479).

⁷ Cita de la propia casación: MOSSET ITURRASPE, Jorge, en Responsabilidad por daño”, Tomo I, Parte General, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, pág. 234

⁸ Cita de la propia casación: ALBALADEJO, Manuel, en “Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones”, Volumen Primero, Novena Edición, 1994 José María Bosch Editor SA – Barcelona, pág. 170.

“Ahora bien, como quiera que, por lo menos en ciertas hipótesis, caso fortuito y fuerza mayor son cosas distintas (y el deudor responde de aquél, pero no de ésta), se ha planteado el problema de distinguirlos. Así, la sentencia de 30 de setiembre de 1983. A tal efecto se han propuesto diversos criterios. Principalmente: 1º El de la evitabilidad mediante la previsión. Caso fortuito existe cuando el suceso que impide el cumplimiento de la obligación, no era previsible usando de una diligencia normal; pero, de haberse previsto, hubiera podido evitarse. Fuerza Mayor se da cuando ni aun habiéndolo previsto se hubiese podido impedir (por ejemplo, una inundación). 2º el de que la procedencia del hecho impeditivo del cumplimiento sea interna o externa respecto a lo que podríamos llamar círculo en el que la obligación se desenvuelve. Si es interna (por ejemplo, el deudor no puede cumplir porque, debido al desgaste del material, hay avería en la maquinaria de la fábrica que produce la mercancía vendida), se trata de caso fortuito; si es externa (por ejemplo, un bombardeo del enemigo destruye la cosa que tenía que entregar), hay fuerza mayor.”

Imprevisibilidad:

(...) una pauta para interpretar el requisito de la imprevisibilidad podría ser la ofrecida por la doctrina francesa, que aprecia en ella, ni más ni menos, "un indicio de la irresistibilidad" (CHABAS, 2002: 4), y considera que para juzgar un evento como imprevisible, hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten, lo cual equivale a reconocer, una vez más, la relatividad de este rasgo (CHABAS, 2002: 4). En una sentencia del Tribunal de París, de julio de 1991, en materia de responsabilidad civil del médico por transfusión de sangre infectada con SIDA, se sostuvo que esta enfermedad, en el contexto actual, no presenta el carácter de la imprevisibilidad necesario para la verificación de una causa eximente, porque a la fecha de la transfusión, los riesgos de contaminación se habían vuelto conocidos (CHABAS, 2002: 7).

Irresistibilidad:

La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por -ni un medio (CHABAS, 2002: 7), tal cual resultada graficado en la expresión latina is divina, o en la empleada en el derecho común anglosajón: "act of God and the ing'senemies" (CAEMMERER, 1933: 239, 252 ss.). En Italia se habla de inevitabilita (VISINTINI, 1979: 3)"⁹

93. En la casación N° 3477-2002 se indicó lo siguiente:

"El caso fortuito alude solo a los accidentes naturales (hecho de Dios); en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros como los atribuibles a la autoridad (hecho del príncipe). Ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor e independientes a su voluntad. En todo caso fortuito o fuerza mayor hay necesariamente ausencia de culpa. Estos eventos configuran causas no imputables. Es un acontecimiento extraordinario que sale de lo común, que no es usual. La previsión

⁹ Código Civil Comentado Tomo VI. Derecho de las obligaciones. Pág 839-840

debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, no debe apreciarse en abstracto, de tal manera que la noción de imprevisibilidad se aprecia tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación, la rareza, el carácter anormal del evento las remotas posibilidades de realización; concluye en que las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado”.

94. Conforme se advierte de la doctrina y casaciones citadas existen derroteros que el juez (o en este caso el tribunal arbitral) puede tomar en cuenta para analizar los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, pero mucho de ese análisis dependerá de las circunstancias especiales de cada caso.
95. El contratista ha manifestado que la demora en el inicio de la ejecución de la obra no sólo sucedió con la adenda N° 01 del contrato sino de manera previa conforme lo indicó en su demanda:

7.5. Pasamos a pues a indicar que es un hecho objetivo que, PROVIAS adjudicó al CVA por primera vez la Buena Pro según su Oferta en enero de 2018³⁸, no obstante, por hechos y circunstancias no atribuibles al proceder del CVA recién se inició la ejecución en setiembre del mismo año. La Buena Pro de abril de 2018 mencionada en los antecedentes del Contrato es la segunda adjudicación de la obra que obtiene el CVA³⁹.

7.6. Lo antes descrito pone en evidencia que el inicio de la ejecución de la obra, se postergó no solo por aquel período recogido en la Adenda 1 como pretende sostener PROVIAS, sino cuando menos 8 meses aproximadamente si se toma en consideración, como corresponde, la oportunidad en la que por primera vez

³⁸ Esto consta en la Resolución N° 1195-2018-TCE-S2 del 22 de junio de 2018.
³⁹ Las fechas son las siguientes:

1. 16.1.2018: Se adjudicó buena pro al CVA por primera vez.
2. 28.3.2018: Se emite la Res. 619-2018, que resuelve los recursos de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, declarando la nulidad del acta de otorgamiento de la buena pro, por defectos de motivación.
3. 30.4.2018: Se adjudicó buena pro al CVA por segunda vez.
4. 22.6.2018: Se emite la Res. 1195-2018, que resuelve el recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, declarándolo infundado. Se ratificó la buena pro del CVA.

96. Conforme lo indicado por el contratista se adjudicó por primera vez la buena pro a su representada en enero de 2018 habiendo existido apelaciones contra el otorgamiento de la buena pro, declarando nulo el primer otorgamiento a la buena pro y habiéndose cuestionado a través de apelación

el segundo otorgamiento de la buena pro, el cual fue resuelto el 22 de junio de 2018.

97. El contratista ha manifestado que estos tiempos, que habrían generado la renuncia de algunos profesionales ofertados, no son de su responsabilidad integrándolo dentro de su sustento por el caso fortuito o fuerza mayor u otro supuesto que lo exima de responsabilidad por no haber contado con los profesionales ofertados.
98. Surge la pregunta de si estos hechos como apelaciones al otorgamiento de la buena pro pueden ser considerados como caso fortuito o fuerza mayor o de ser el caso como extraordinarios, imprevisibles, e irresistibles.
99. Al respecto es preciso tener en consideración que existe regulado en el RLCE del D.S. 350-2015-EF la solución de controversias durante los procedimientos de selección:

TÍTULO V SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 95.- Competencia

En procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea igual o menor a sesenta y cinco Unidades Impositivas Tributarias (65 UIT), el recurso de apelación se presenta ante la Entidad convocante, y es conocido y resuelto por su Titular. Cuando el valor estimado o referencial del procedimiento de selección sea mayor a dicho monto o se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal.

En los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Con independencia del valor estimado o referencial del procedimiento de selección, según corresponda, la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento se impugnan ante el Tribunal.

Los participantes que no hayan sido precalificados y deseen impugnar, deben presentar su oferta en la etapa correspondiente, la cual queda en custodia del notario público o juez de paz hasta que se resuelva el recurso correspondiente.

100. En ese sentido, la norma aplicable al proceso, establece la posibilidad de que existan controversias durante el proceso de selección, lo cual a su vez abre posibilidad a procedimientos ante el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) para resolver los recursos de apelación

presentados. Estos procedimientos como es natural y lógico toman un tiempo y tiene plazos hasta su resolución.

101. Ese procedimiento es lo que ha manifestado el contratista que ha sucedido y no le es imputable.
102. Al respecto, teniendo en cuenta que lo extraordinario es aquello que sale de lo común, se debe tener presente que tanto el contrato como la normativa de contrataciones del Estado sirve para dar seguridad jurídica a las partes de las situaciones que pueden ocurrir. En los contratos se regulan la mayor cantidad de posibilidades de ocurrencia de esas situaciones, también en la Ley de Contrataciones del Estado se regulan la mayor cantidad de situaciones que pueden ocurrir en un procedimiento de selección y ejecución del contrato.
103. En ese sentido, **¿es extraordinario fuera de lo común que existan apelaciones en los procedimientos de selección?** Este Tribunal Arbitral considera que no, puesto que es posible (por estar determinado en la norma) y a la vez probable que suceda.
104. Una empresa o consorcio que se dedica a ejecutar obras viales, en el ejercicio de sus actividades ¿puede enfrentar la situación de apelación del otorgamiento de la buena pro? La respuesta es sí. En tal sentido la situación descrita por el Consorcio no es extraordinaria.
105. De la misma forma las apelaciones como procedimiento de solución de controversia en los procesos de selección al estar previstos en la norma se han vuelto conocidos y por ende previsibles, por lo que tampoco cumple con el requisito de la imprevisibilidad.
106. En lo que respecta a la irresistibilidad se tiene que debido a que se regula un procedimiento en el RLCE el contratista puede ejercer su defensa conforme al procedimiento, por lo que tiene un margen de posibilidad de participación y en este caso, la apelación al segundo otorgamiento de buena pro fue declarado infundado.
107. Además, debe tenerse en cuenta que la penalidad aplicada al contratista fue por aspectos **DURANTE la ejecución de la obra y no por razones previas a la suscripción del contrato.** En ese sentido, estos elementos previos a la suscripción del contrato no pueden ser tomados en

cuenta como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor ya que en aquel momento no estábamos en la etapa de ejecución contractual.

108. En consecuencia, los hechos alegados referidos a las apelaciones a la buena pro no cumplen con los supuestos de ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles ni pueden ser tomados en cuenta para aplicaciones de penalidades dentro de la ejecución contractual pues acaecieron previo a la suscripción del contrato y por ende a la ejecución de este. Por ello, este aspecto alegado por el contratista **no constituye un supuesto ni de caso fortuito ni de fuerza mayor ni tampoco se ha encontrado otro supuesto que permita justificar eximir de responsabilidad por la falta del personal ofertado.**

109. Por otro lado, el contratista también ha alegado que la postergación del inicio de la ejecución de la obra también entra dentro del supuesto alegado de caso fortuito fuerza mayor eximente de responsabilidad conforme lo indicado en su demanda (página 78):

7.7. Tal como se expuso en los antecedentes del presente escrito de demanda, en este caso, el inicio de la ejecución de la OBRA se vio postergado de manera sustancial, y como ha quedado registrado en los antecedentes de propio Contrato, la Adenda e incluso en al acta de entrega de terreno, entre otros, registros del CVA e incluso de PROVIAS, esta postergación no ha sido por cuestiones atribuibles al Contratista sino por el contrario producto de circunstancias no previsibles y por ende configuran circunstancias que excusan al CVA de ser sancionado por un supuesto incumplimiento injustificado de sus obligaciones.

7.8. Destacamos pues que PROVIAS adjudicó la Buena Pro según la Oferta del CVA, la que fue formulada según la información entregada por la referida Entidad durante la licitación y se mantuvo vigente desde enero de 2018. Sin embargo, el CVA recién pudo suscribir el Contrato con fecha 17 de julio de 2018, y como se indicó, no inició la ejecución de la obra sino hasta setiembre de 2018 adjudicado el CONTRATO según ésta.

110. Obra en el expediente como ANEXO 2-H del escrito de contestación de demanda la adenda N° 1 al contrato de ejecución de obra N° 073-2018-MTC/20 que regula lo siguiente:

1.8. El motivo principal para solicitar la postergación de la fecha de inicio de obra fue la falta de Planes de Monitoreo Arqueológico – PMA, PMA por Pre-Existencia de Infraestructura y PMA por Derecho de Vía, que debían ser obtenidos por la Entidad, a través de la Unidad Gerencial de Derecho de Vía – UGDV.

1.9. En tal sentido, el plazo de inicio de obra deberá postergarse hasta el 10.09.2018, aproximadamente, en virtud de lo señalado en el literal b) del numeral 152.2, el cual señala que si la Entidad se encuentra imposibilitada de cumplir con las condiciones a) y b) del numeral 152.1, el inicio será diferido hasta el cumplimiento de las mismas; esto con la finalidad que la Entidad asimismo no resulta aplicable el resarcimiento indicado en el último párrafo del numeral 152.1 del artículo 152° del Reglamento.

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO

Por la presente Adenda N° 01, **PROVIAS NACIONAL y EL CONTRATISTA** acuerdan según las reglas de la buena fe y común intención lo siguiente:

2.1. Postergar el inicio del plazo de ejecución de LA OBRA por un plazo de cuarenta (40) días calendario, con eficacia anticipada, desde el 01.08.2018 (fecha de inicio de ejecución de obra) hasta el 10.09.2018, en virtud a lo señalado en el Informe N° 085-2018-MTC/20.5-CAT de fecha 23.08.2018 de la Especialista en Administración de Contratos IV, el cual cuenta con la conformidad del Gerente de la Unidad Gerencial de Obras, y en mérito a lo dispuesto en el numeral 152.1 del artículo 152° del Reglamento.

2.2. Por el tiempo de la referida postergación a que se refiere el numeral 2.1. de la presente Adenda, las partes no podrán atribuirse responsabilidades administrativas o civiles de ningún tipo, tales como: penalidades, lucro cesante, gastos generales, intereses, gastos financieros u operativos, ampliaciones de plazo y cualquier otro concepto que no fuera previsible al momento de suscribir esta Adenda.

2.3. En consecuencia, **EL CONTRATISTA** declara y deja expresa constancia que durante la postergación a que se refiere el citado numeral 2.1., renuncia al derecho de resarcimiento de daños y perjuicios estipulado en el numeral 152.1 del artículo 152° del Reglamento.

En señal de conformidad con los términos del presente Adenda, las partes lo firman en dos (02) ejemplares de idéntico tenor.

En la ciudad de Lima, 07 SEP. 2018



[Firma manuscrita]

PROVIAS NACIONAL
CPC. JACQUELINE GARCÍA OLAVARRIA
JEFA DE LA OFICINA DE ADMINISTRACIÓN
PROVIAS NACIONAL

[Firma manuscrita]
COMERCIO VIAL
MAURICIO RODRÍGUEZ MONTERO
EL CONTRATISTA

111. Conforme se aprecia la adenda N° 1 con la que se dispuso postergar el inicio del plazo de la ejecución de la obra se encuentra firmada por ambas partes **de COMUN ACUERDO** y ese supuesto se encuentra regulado en el artículo 152.2 del D.S. 056-2017-EF:

para pronunciarse sobre la solicitud.

152.2. La Entidad puede acordar con el contratista diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra en los siguientes supuestos:

a) Cuando la estacionalidad climática no permite el inicio de la ejecución de la obra, hasta la culminación de dicho evento.

b) En caso la Entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales a) o b) del numeral 152.1 del presente artículo, hasta el cumplimiento de las mismas.

En ambos supuestos, no resulta aplicable el resarcimiento indicado en el último párrafo del numeral 152.1 del artículo 152, y se suspende el trámite de la solicitud y entrega del adelanto directo, debiendo reiniciarse quince (15) días antes de la nueva fecha de inicio del plazo de ejecución.

112. Conforme se aprecia de la regulación normativa se habilita o se permite a ambas partes acordar diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra, **supuesto que fue aceptado por el contratista.**

113. Sin perjuicio de que el contratista ha suscrito la adenda N° 1 que difirió el inicio del plazo de ejecución de la obra con todas las consecuencias que ello significaba para sus intereses (como la potencial renuncia de los profesionales ofertados), lo cierto es que ha manifestado que la causa de diferir el inicio de la ejecución de la obra fue por causa de la Entidad y por ende fue un hecho que califica como caso fortuito o fuerza mayor.

114. De la misma forma que en análisis previo, la posibilidad de diferir el plazo de ejecución de la obra por los eventos regulados en el supuesto 152.1 a y b del D.S. 056-2017-EF existe, convirtiéndolo en posible; y por ende, es probable que suceda. Ello significa que el evento no es extraordinario, tampoco es un supuesto que no sea conocido, sino por el contrario es conocido, lo que implica que no es imprevisible dentro de las actividades que ejecuta el contratista. Sobre la irresistibilidad, se advierte que la adenda fue suscrita por el consorcio expresando su conformidad y la misma no es materia de cuestionamiento en este arbitraje, además de que el contratista tenía posibilidades de acción conforme lo regulado en el artículo 152 del RLCE.

115. En consecuencia, la postergación del inicio de la ejecución de la obra no configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor ni tampoco se encuentra otro supuesto que permita determinar eximir al contratista por no contar con los profesionales ofertados.
116. Por las razones precedentes, corresponde **declarar INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda y no corresponde declarar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de Obra, por causas no atribuibles al Consorcio Vial Ambo configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el Consorcio Vial Ambo no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución.**
117. En lo que respecta a las pretensiones accesorias a la cuarta pretensión principal se siente que dichas pretensiones son:

Undécima Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que no cabe penalizar al Consorcio Vial Ambo por el cambio de los profesionales de la Oferta y/o no contar con ellos una vez iniciada la ejecución cuando menos hasta la sustitución del referido profesional con la aprobación del reemplazo por Provias Nacional debido a la especialización requerida de los profesionales.

Duodécima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por los supuestos regulados en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4 de las Cláusulas Décima Novena del Contrato.

118. Teniendo en cuenta que la cuarta pretensión principal fue declarada INFUNDADA y que las pretensiones accesorias acumuladas dependen de lo resuelto en la pretensión principal, este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar que CARECE de objeto pronunciarse sobre la primera y segunda pretensiones accesorias a la cuarta pretensión principal.

119. Las siguientes pretensiones del contratista están referidas a la forma de aplicación de las penalidades. Dichas pretensiones son:

Décimo Tercera Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad

Décimo Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

120. El contratista entre sus fundamentos ha manifestado lo siguiente:

7.100. Es un hecho que el Contratista está facultado, de manera excepcional y justificada a no ejecutar la obra con el personal ofertado, cuando por hechos o circunstancias que no le son atribuibles, resulte necesario su reemplazo. Uno de los hechos que precisamente podría justificar solicitar el cambio del profesional es la culminación de la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado, la que incluso puede calificar como un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

7.118. Uno de los supuestos acontecidos al inicio del plazo de ejecución y que ha sido injustificadamente sancionado por PROVIAS con la aplicación de más de una penalidad, fue la solicitud de cambio presentada por el CVA del Ingeniero de Control de calidad. Así, PROVIAS no solo penalizó al CVA por haber procedido a efectuar dicho cambio, sino que además sanciona la supuesta ausencia del referido profesional desde el inicio del plazo de ejecución y hasta que quedo reemplazado. Lo que en la práctica tomo un tiempo un mayor tiempo, si como veremos, PROVIAS decidió rechazar al primer profesional propuesto por el CVA.

7.119. Descrito lo anterior, PROVIAS aplicó de manera conjunta por este supuesto las penalidades indicadas en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4, lo que desnaturaliza el o los supuestos bajo los cuales aplica la penalidad, y contraviene las características que deben observar este tipo de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad, siendo en el caso que la aplicación concurrente de dichas penalidades además la hace onerosa.

7.129. Por lo antes descrito, el CVA considera que no cabe pues penalizar el cambio del referido profesional y la supuesta ausencia del profesional debido a que la solicitud de cambio se justificó en hechos y circunstancias que no le fueron atribuibles y que la propia PROVIAS calificó como fuerza mayor, siendo que ha está acreditado que el referido profesional, propuesto como reemplazo, si

cumplía la calificación de los 2 años de experiencia previstos en las bases.
Pasamos a resumir los hechos acontecidos:

7.140. Descrito lo anterior, el CVA sostiene que no existe justificación para que PROVIAS haya rechazado el primer profesional que se propuso como sustituto del Ingeniero de Control de Calidad y por ende que haya terminado aplicando no solo una doble sanción por haber autorizado el cambio del referido profesional sino también por supuesta ausencia durante el período que se tomó PROVIAS para aprobar al profesional de reemplazo.

7.142. Finalmente, pese a que en el referido periodo aprobación del profesional del profesional de reemplazo, el CVA si contó con un especialista de control de calidad en obra, PROVIAS penaliza los hechos antes descritos con las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 antes desarrolladas, siendo que inclusive considera dentro de dicho período no solo todo el tiempo que el CVA de manera coherente y en concordancia con sus propios actos acreditó que el primer profesional de reemplazo si cumplía con las experiencia y calificaciones del profesional propuesto sino además el período que se tomó PROVIAS para aprobar el segundo profesional sustituto propuesto, Ing. YAMUNIQUE. del 29 de enero y hasta el 6 de febrero de 2019.

7.144. No cabe pues penalizar la solicitud de autorización de cambio per sé, sino solo si se comprueba que el CVA no cumplió con acreditar que el profesional de reemplazo tenía la experiencia y calificaciones del profesional de reemplazo, por lo que el Tribunal deberá determinar por tipicidad que penalidad corresponde aplicar; siendo que durante el período que se tomó PROVIAS desde que se inició la solicitud de cambio del profesional y hasta su aprobación, no cabe considerarse los siguientes periodos para efectos del cálculo:

121. Conforme se advierte del sustento del contratista este, además de las razones citadas ha considerado que la Entidad no ha debido aplicar por un mismo hecho más de un supuesto de penalidad. Específicamente se ha referido a los supuestos de “otras penalidades” signados con los números 19.1, 19.2 y 19.4

122. Conforme con la pretensión subordinada del contratista este colegiado deberá pronunciarse si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad.

123. El contratista ha manifestado también lo siguiente:

7.66. También es un hecho que, si bien en las Bases PROVIAS reconoció que para efectos de la aplicación de otras penalidades distintas a la de mora, se evaluaría y/o determinaría en cada caso particular si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalidad o no al contratista, esto no fue observado por PROVIAS en el caso específico de las penalidades aplicadas al CVA y que se cuestiona en este arbitraje. A continuación, incluimos la nota que consta en las Bases:

Nota:

- Las penalidades distintas a la mora se aplicarán cada vez que se detecte la falta.
- En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista. Se procederá de conformidad a la normatividad e contrataciones del Estado, vigente.

7.67. Las bases tal como lo hemos mencionado en el marco legal de este escrito de demanda, son parte integrante del Contrato y en dicha media deben ser consideradas al momento de resolver las controversias, principalmente cuando indica expresamente que se evaluaría y/o determinaría en cada caso particular si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalidad o no al contratista.

124. El contratista ha manifestado que en las bases se habría indicado que para efectos de la aplicación de otras penalidades se evaluaría y/o determinaría en cada caso particular si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

125. En ese sentido, corresponde en primer lugar remitirnos al orden de prelación del contrato el cual es el siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

- 2.1 El presente Contrato se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias que en lo sucesivo se denominarán: **LA LEY y EL REGLAMENTO**, respectivamente.
- 2.2 Sólo en lo no previsto en este Contrato, en **LA LEY y EL REGLAMENTO**, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
- 2.3 Forman parte integrante del presente Contrato, el Expediente Técnico, las Bases Integradas de la Licitación Pública, así como las Oferta Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.
- 2.4 El orden de prelación de los documentos que conforman el presente Contrato de Ejecución de Obra, es el siguiente:
- 2.4.1 El Expediente Técnico - Requerimientos Técnicos Mínimos
- 2.4.2 Bases Integradas (Absolución de Consultas y/o Observaciones).
- 2.4.3 Ofertas Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**.
- 2.4.4 El presente Documento Contractual.

126. Conforme se aprecia de la cláusula segunda del contrato el orden de prelación tiene como primer elemento al expediente técnico, luego las bases integradas, luego la oferta técnica y económica del contratista y luego el propio contrato.

127. En lo que respecta a las penalidades que este colegiado debe evaluar corresponde remitirnos a las bases integradas que obran como anexo N° 2 de la demanda del contratista, las cuales en su página 38 (página 69 del pdf ANEXOS DEMANDA CVS 1-5) regulan lo siguiente:

	señalización diurna y nocturna que la obra requiera a fin de evitar accidentes y brindar la seguridad necesaria a los usuarios de la vía.	original por cada oportunidad que se evidencie la falta.	Administrador de Contrato y/o Unidad Gerencial de Supervisión y Calidad de PVN.
13.9	En caso EL CONTRATISTA incumpla con su obligación de mantener vigentes las pólizas de seguros	Equivalente a (5/10000) del monto del contrato original por cada oportunidad que se evidencie la falta.	Se acreditará con un documento del Supervisor y/o Administrador de Contrato.

Nota:

- Las penalidades distintas a la mora se aplicarán cada vez que se detecte la falta.
- En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista. Se procederá de conformidad a la normatividad e contrataciones del Estado, vigente.

XIV. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

La responsabilidad del contratista por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de la obra ejecutada, será de siete (07) años, contados a partir de la recepción de la obra, de conformidad con el Artículo 40° de la Ley N° 30225 de Contrataciones del Estado.

XV. SEGUROS

128. De la posición del contratista se advierte que ha cuestionado que PROVIAS NACIONAL no haya efectuado el análisis en cada evento penalizable si constituía o no un evento de caso fortuito o fuerza mayor previo a penalizar y que por ello no corresponde aplicar la referida penalidad.

129. En este caso corresponde efectuar un análisis de lo efectivamente indicado por la cláusula y lo indicado en las bases integradas pues conforme la interpretación que le da el contratista, pareciera existir una obligación de la Entidad de proceder de cierta forma. La redacción en particular es la siguiente:

*“En cada caso en particular, se determinará **si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista**. Se procederá de conformidad a la normatividad de contrataciones del Estado vigente”.*

130. Ahora bien, la redacción del párrafo precedente está redactado de forma condicional, esto significa que previamente deberá cumplirse una condición. En efecto, cuando se menciona la parte de: “si cierto evento constituye...” la palabra “si” se encuentra cumpliendo la función de conjunción que denota condición o suposición como lo indica el significado de la RAE: “conj. **Denota condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros**. Si llegas el lunes, llegarás a tiempo. Estudia, si quieres ser docto”¹⁰.

131. La parte precedente del párrafo hace alusión a que “Se determinará”, “si cierto evento” Luego de la evaluación de cada caso particular. De dicha lectura no se advierte una OBLIGACION por parte de la Entidad de analizar de esa forma TODOS los supuestos. Sino que, la redacción indica que en el supuesto que se DETERMINE (del análisis que pueda hacer la Entidad o no) que el evento constituya un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor se tendrá en cuenta ello a efectos de penalizar o no al contratista.

132. Es decir, que para que la condición funcione previamente la Entidad ha debido DETERMINAR si CIERTO evento (no todos y cada uno de los eventos), cumple con el supuesto de poder considerarse como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, la disposición citada no

¹⁰ <https://dle.rae.es/si?m=form>

impone una obligación a la ENTIDAD de efectuar esa verificación, más aún porque menciona si “CIERTO” EVENTO y no TODOS Y CADA UNO DE LOS EVENTOS.

133. En tal sentido, no se advierte que sea una obligación de la Entidad evaluar todos y cada uno de los casos y descartar que sean casos fortuitos o fuerza mayor, y ello dependerá de la evaluación que efectúe la Entidad en cada caso particular.
134. En ese sentido, este Tribunal Arbitral no advierte ambigüedad en la redacción de lo indicado en el contrato, ni las bases que haga necesario efectuar otro tipo de análisis jurídico ni interpretación de las bases o el contrato.
135. Ahora bien, sin perjuicio de haber abordado el argumento del contratista sobre la interpretación de las bases y el contrato, el contratista ha considerado que sólo debe aplicarse una de las penalidades y no penalizar un mismo hecho con más de una penalidad.
136. En ese sentido corresponde remitirnos a las “otras penalidades” reguladas en el contrato:

CLAUSULA DÉCIMO NOVENA: OTRAS PENALIDADES

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicarán las siguientes penalidades:

N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	PROCEDIMIENTO
19.1	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	Una (1) UIT vigente en la oportunidad que se produce la infracción por cada día de no contar con el profesional.	Según Informe especial o Mensual de obra del Supervisor correspondiente al periodo en que se produce la ausencia o del mes siguiente.
19.2	Por cada día de ausencia del personal en obra, se entiende que el personal presta sus servicios en el lugar de la obra	UNA (1) UIT vigente en la oportunidad que se produce la infracción por cada día y por cada personal ausente.	Según Informe especial o Mensual de obra del Supervisor correspondiente al periodo en que se produce la ausencia o del mes siguiente.

19.4	Por reemplazar al Residente de Obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del contrato, y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada a 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.	Se aplicará una penalidad del 0.15% del monto del contrato original	Se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentada al Supervisor y/o Entidad. Esta penalidad, no se aplicará solo en los casos de muerte o enfermedad incapacitante del profesional a ser reemplazado. En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto al cambio de los profesionales.
------	--	---	--

137. Ahora bien, el RLCE aprobado por D.S. N° 350-2015-EF regula en su artículo 134 las “otras penalidades” de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada

en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

138. Conforme se advierte del artículo 134 la normativa ha dispuesto que además de la penalidad por mora se pueden establecer penalidades distintas a aquella. En atención a ello, el OSCE en su opinión N° 052-2022/DTN ha manifestado lo siguiente:

Ahora bien, debe señalarse que el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento precisa que se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora –regulada en el artículo 162 del Reglamento–; es decir, contempla la posibilidad de establecer en los documentos del procedimiento de selección “otras penalidades”, siempre y cuando sean “objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los

supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar"

En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de "otras penalidades", distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se configura el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

Respecto de este último punto, cabe señalar que la Entidad deberá establecer en los documentos del procedimiento de selección (Bases), atendiendo a las particularidades de cada contratación, el procedimiento que se deberá seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de "otras penalidades"

139. Si bien dicha opinión citada fue emitida en base al "Reglamento" al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificatorias, lo cierto es que el criterio es el mismo para un artículo similar (otras penalidades) y sirve de ejemplo para determinar la diferencia que existe entre las penalidades, pues, por un lado se establece la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones y por otro la posibilidad de que la Entidad determine también "otras penalidades" en base a las particularidades de cada contratación debiendo cada una establecer su forma de cálculo y procedimiento para su verificación.
140. Como características principales de estas "otras penalidades" se tiene que conforme con el artículo 134 del RLCE aplicable las mismas deben ser OBJETIVAS, RAZONABLES, CONGRUENTES y PROPORCIONALES con el objeto de la contratación.
141. Ahora bien, conforme lo que está pactado por las partes en el contrato, las penalidades de los ítems 19.1, 19.2 y 19.4 regulan los siguientes supuestos:

SUPUESTO PENALIDAD	ASPECTO DE FONDO	¿COINCIDEN?
19.1: En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado	Penaliza el supuesto en que se culmine la relación contractual del personal ofertado y hasta que la Entidad no lo haya aprobado por no cumplir las experiencias y calificaciones.	El supuesto es independiente.
19.2: Por cada día de ausencia del personal en obra, se entiende que el personal presta sus servicios en el lugar de la obra.	Penaliza la ausencia del personal.	El supuesto es independiente.
19.4: Por reemplazar al residente de obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del contrato y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada a 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.	Penaliza el reemplazo del personal propuesto. Esta penalidad se basa en el trato igualitario y equidad.	El supuesto es independiente.

142. Conforme se aprecia los 3 supuestos de penalización son diferentes o tienen un enfoque diferente.

143. Sin embargo, puede suceder la convergencia de las 3 penalidades por un hecho particular. Por ejemplo, puede que el residente de obra renuncie (aplicándose el supuesto 19.1) y por consiguiente el contratista se vea en la obligación de reemplazarlo (supuesto 19.4) y que ese residente, debido a su renuncia no se encuentre en la obra (supuesto 19.2).

144. Cabe precisar que estas penalidades fueron de conocimiento de los postores y el contratista estuvo entre aquellos postores y suscribió el contrato con pleno conocimiento de estas condiciones.

145. Es por ello por lo que, contrario a lo alegado por el contratista, de conformidad con el contrato sí es posible que un mismo supuesto pueda generar la aplicación concurrente de las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 ya que cada una de ellas regula supuestos diferentes que pueden converger.

146. Por las razones precedentes este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda** y en consecuencia NO CORRESPONDE declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad.

147. La segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda es la siguiente:

Décimo Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

148. Sobre este punto el contratista ha manifestado (escrito de demanda página 94) lo siguiente:

7.55. CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI enfatizan en la posibilidad de reducir el monto de la penalidad, señalando que "(...) *no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil peruano (1984) **permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Si bien esta situación no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada***"⁴⁵.

7.56. Por ello se afirma que "*Lo que sí pueden hacer los jueces y árbitros, en virtud al artículo 1346 del Código Civil peruano, es reducir las penalidades que consideren excesivamente onerosas (...)*" por lo que estas "*en el peor de los casos, se ejecutarán reducidas a petición de parte*"⁴⁶.

7.57. El artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que "*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*", por lo que la regla establecida en el artículo 1346 del Código Civil resulta aplicable a las penalidades aplicadas por PROVIAS tanto es compatible con el CONTRATO. En ese sentido, en el supuesto negado

en que se hubiera configurado algún tipo de incumplimiento, PROVIAS debió, evaluando los criterios establecidos en las Bases de la Licitación e incluso aquellos recogidos en el citado Artículo del RLCE aplicar una penalidad menor dependiendo a la penalidad aplicada.

149. A fin de evaluar el pedido de esta pretensión subordinada del contratista, se debe determinar primero si este colegiado puede aplicar de manera supletoria el artículo 1346 del Código Civil y con ello, como consecuencia, poder analizar la viabilidad de reducir las penalidades impuestas conforme con lo solicitado por el contratista.

150. Al respecto, se tiene que la primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225 modificada por el D.L. 1341 publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 7 de enero de 2017 establece lo siguiente:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

151. Conforme se advierte de dicha disposición complementaria final, la Ley N° 30225 y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

152. Además, por su parte el artículo N° IX del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente:

“Art. IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

153. El artículo 1346 del Código Civil peruano regula lo siguiente:

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

154. Sobre la aplicación supletoria del Código Civil a aspectos contractuales en materia de contratación pública tenemos la OPINION N° 111-2022/DTN la cual indica lo siguiente:

*“Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde indicar que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”; por consiguiente, **debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.***

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones¹¹, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a

¹¹ Por ejemplo, las Opiniones N° 107-2012/DTN, N° 130-2018/DTN, N° 065-2019/DTN, N° 001-2020/DTN y N°099-2022/DTN

las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual”. Resaltado y subrayado es nuestro.

155. Teniendo en cuenta que el OSCE ha considerado que es posible aplicar supletoriamente el Código Civil a relaciones jurídicas entre Entidades y contratistas, y de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil este colegiado es de la misma postura en el sentido en que se encuentra habilitado a aplicar supletoriamente el Código Civil, sin embargo, para ello debe determinarse en primer lugar si las normas que se piden aplicar son compatibles o no con la naturaleza de la contratación pública para este caso específico.

156. Conforme se ha indicado en párrafo anteriores, las “otras penalidades” se encuentran reguladas en el artículo 134 de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada

en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

157. En dicho artículo se indica que en el caso de las “otras penalidades” los documentos del procedimiento de selección deben incluir los supuestos de aplicación y la FORMA DE CÁLCULO. Asimismo, el artículo 114 del D.S. N° 056-2017-EF establece lo siguiente:

"Artículo 114.- Obligación de contratar"

114.1. Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar.

114.2. La Entidad no puede negarse a contratar, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda. Esta situación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal sea la falta de presupuesto.

114.3. En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal.

158. De acuerdo con lo regulado en el artículo 114.1 una vez que la buena pro ha quedado CONSENTIDA o ADMINISTRATIVAMENTE FIRME tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a contratar.
159. En el presente caso sucedió eso, es decir la buena pro quedó administrativamente firme y también las bases quedaron firmes y por ende todas las estipulaciones contenidas en ellas incluyendo las referidas a las "otras penalidades" quedaron firmes y son de obligatorio cumplimiento. Además, su forma de cálculo se encuentra debidamente establecida en los documentos contractuales.
160. En ese sentido, el pedido del contratista de aplicar supletoriamente el artículo 1346 para reducir la penalidad que contaba con una forma de cálculo específica no se condice con la naturaleza de la contratación pública, pues esta última regula las "otras penalidades" no siendo necesario recurrir a llenar vacío alguno pues todas esas "otras penalidades" se encuentran reguladas en el contrato y las bases que han quedado firmes y los documentos contractuales debidamente suscritos por el contratista.
161. De hecho, con la suscripción del contrato de obra el contratista ha aceptado cumplir con los términos de este, incluidos los referidos a las penalidades lo cual forma parte del *pacta sunt servanda*.

162. Por las consideraciones precedentes, este Tribunal Arbitral concluye que para este caso en particular no es posible aplicar supletoriamente el artículo 1346 del Código Civil para reducir la penalidad toda vez que dicha disposición es incompatible con la naturaleza de la contratación pública, el contrato, las bases integradas y el artículo 134 del RLCE.
163. Asimismo, teniendo en cuenta lo resuelto en la pretensión anterior, las “otras penalidades” reguladas en el contrato y bases sancionan supuestos diferentes que pueden converger por lo que este Tribunal Arbitral no ha podido determinar razón alguna para reducir las penalidades pactadas en el contrato.
164. Por consiguiente, corresponde declarar INFUNDADA la **Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** y en consecuencia, no corresponde reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.
165. Continuando con el análisis de las pretensiones del contratista se tiene las siguientes:

Décimo Quinta Cuestión Controvertida referida a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de Oferta

Décimo Sexta Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad

Décimo Séptima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio de Ingeniero de Calidad de Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.

No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.

No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.

Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

Décimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Sexta Pretensión

Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición

Décima Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión

Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil

Vigésima Cuestión Controvertida referida a la Séptima Pretensión

Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.

Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Octava Pretensión Principal de la Demanda:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según

corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo

166. La quinta pretensión principal de la demanda está referida a dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de su Oferta.

167. Sobre este particular el Consorcio Vial Ambo ha manifestado lo siguiente:

7.120. A continuación pasamos a describir los hechos acontecidos respecto del Ingeniero de Control de Calidad⁴⁷.

7.121. En este caso, el CVA debido a la renuncia del profesional de la Oferta el CVA solicitó el cambio del Ing. de Control de Calidad de la oferta; Ing. CAJELLI, por el Ing. SILVEIRA. Esta solicitud de cambio fue observada y/o rechazada por PROVIAS, alegando que el Ing. SILVEIRA no cumplía con requisito de las

⁴⁷ El CVA solicitó el cambio del Ing. CAJELLI de la oferta; por el Ing. SILVEIRA (12-10-2018), debido a que renunció, justificando ello en la demora el inicio de la ejecución del Contrato. Esta solicitud fue RECHAZADA por PROVIAS, debido a que el Ing. SILVEIRA no habría cumplido con el requisito de las bases. El CVA presenta como nuevo profesional sustituto al Ing. YAMUNIQUE. (29-01-2019) y PROVIAS APRUEBA este pedido (06-02-2019)

bases⁴⁸. Ante las referidas circunstancias y pese a que el CVA formuló reconsideración contra la referida decisión de PROVIAS hasta en dos oportunidades, PROVIAS de manera injustificada decidió no aceptar el Cambio.

7.122. Ante la negativa de PROVIAS de aceptar el referido cambio, el CVA presentó como nuevo profesional sustituto del Ing. CAJELLI al Ing. YAMUNAQUE, siendo que éste cambio si fue aprobado. No obstante lo antes descrito, PROVIAS decide penalizar no solo el cambio de profesional como se ha mencionado sino también la supuesta ausencia durante el período que tomo la tramitación y aprobación del cambio.

7.123. Ahora bien es el caso que PROVIAS, como se advierte de la revisión de las valorizaciones de la 2 a la 6 (**Anexo 52**), que va de octubre de 2018 a febrero de 2019, por los hechos descritos decide aplicar las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, e inclusive descontar gastos generales de la Oferta, sancionando con ello de manera injustificada el cambio efectuado, así como el hecho de no haber contado con el referido profesional durante el referido periodo. El cálculo considera días de ausencia de profesional desde el 10 setiembre de 2018 que el CVA formula el pedido de cambio al 6 de febrero 2019 que PROVIAS aprobó su sustitución por Ing. YAMUNAQUE.

7.124. Esto resulta pues injustificado debido a los motivos que pasamos a destacar a continuación:

7.125. El CVA solicita el cambio debido a la renuncia del referido profesional. Lo que no es atribuible al proceder del CVA sino que configura un evento de caso fortuito o fuerza mayor, si como se ha descrito en los párrafos precedentes la

⁴⁸ En las bases se indica que tiene que tener dos años mínimo de experiencia en el cargo, y en la ejecución y/o supervisión de obras de construcción o rehabilitación o mejoramiento o la combinación de los términos anteriores de carreteras (autovía o autopista) con pavimento rígido. Las bases detallan como se acreditan las calificaciones.
De los documentos enviados por CVA se verifica que existen elementos que permitirán al CVA alegar dentro del arbitraje que el primer profesional propuesto como sustituto de CAJELLI si cumplía con las calificaciones de las Bases, tal es así que el CVA reconsideró en más de una oportunidad la decisión de PROVIAS de rechazar el cambio.

postergación en el inicio del plazo de ejecución fue lo que motivo precisamente la referida renuncia y la de los demás profesionales de la propuesta del CVA.

7.126. Pese a que en el respectivo informe PROVIAS reconoce que la postergación del inicio del plazo de ejecución fue un hecho no atribuible al CVA, PROVIAS penaliza como se ha descrito el cambio del Ing. de Calidad de la Oferta del CVA así como el supuesto incumplimiento de no contar con el profesional desde el 10 de setiembre de 2018 (inicio del plazo de ejecución) hasta el 6 feb 2019 que aprueba el profesional sustituto.

7.127. Es un hecho que lo que justificó la solicitud de cambio del CVA fue la renuncia del referido profesional, debido a la demora en el inicio de la ejecución del Contrato. Sin embargo, PROVIAS omite dicho hecho y procede a la aplicación de la referida penalidad pretendiendo con ello sancionar el cambio del profesional (penalidades 19.1 y 19.4) así como el hecho de no haber contado con dicho profesional en la obra debido a su no aprobación en octubre de 2018 sino hasta febrero de 2019.

7.128. Por ello es que el CVA rechaza la aplicación de la referida penalidad, pues debido a los cuestionamientos injustificados de PROVIAS no pudo sustituir al ingeniero de control de calidad, en octubre de 2018 sino hasta febrero de 2019. El CVA no solo acreditó que el profesional sustituto cumplía con los requisitos de las Bases sino que además, pese a la posición injustificada de PROVIAS de rechazar al profesional sustituto, acreditó la experiencia cuestionada y mediante sus pedidos de reconsideración y/o aprobación del profesional propuesto presentó información complementaria para superar aquello cuestionado por PROVIAS.

7.129. Por lo antes descrito, el CVA considera que no cabe pues penalizar el cambio del referido profesional y la supuesta ausencia del profesional debido a que la solicitud de cambio se justificó en hechos y circunstancias que no le fueron atribuibles y que la propia PROVIAS calificó como fuerza mayor, siendo que ha está acreditado que el referido profesional, propuesto como reemplazo, si

cumplía la calificación de los 2 años de experiencia previstos en las bases. Pasamos a resumir los hechos acontecidos:

7.130. Con fecha 24 de setiembre de 2018 el Ingeniero de Control de Calidad, Ing. CAJELLI renuncia⁴⁹, circunstancias ajenas al proceder del CVA. Una vez identificado al profesional sustituto, el 12 de octubre de 2018 el CVA por Carta N 15-2018-CVA (**Anexo 51**) solicita el cambio del referido profesional proponiendo como reemplazo al Ingeniero SILVEIRA. A dicha carta el CVA adjunta la renuncia del Ing. Cajelli y también acompaña los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos de las Bases por el profesional sustituto, Ing. Silveira Lovato.

7.131. Destacamos que estas eran las calificaciones del Ingeniero de Control de Calidad según las Bases. A continuación, la parte pertinente:

7	Ingeniero de Control de Calidad ⁴⁸	Con DOS (02) años mínimo de experiencia en el cargo, y en la ejecución y/o supervisión de obras de Construcción y/o mejoramiento y/o rehabilitación o la combinación de los términos anteriores de CARRETERAS (autovía o autopista) con pavimento rígido.	01
---	---	---	----

7.132. No obstante el CVA cumplió con acreditar dichas calificaciones, PROVIAS rechaza al profesional propuesto como sustituto, Ing. Silveira. Mediante Oficio N 1597-2018-MTC/20.5 del 23 de octubre de 2018 (**Anexo 85**), PROVIAS comunica a la Supervisión que no aprueba la solicitud de CVA alegando que el referido profesional no cumple con los requisitos para desempeñar el cargo, debido a que no considera la experiencia acreditada con su participación en el proyecto Vías Nuevas de Lima. Esto consta en las Carta N 062-2018-CSO/JS y EL Informe N.º 123-2018-MTC/20.5-CAT.

⁴⁹ El Ing. Cajelli explica que su renuncia se debe a que han transcurrido más de 8 meses desde la suscripción de la carta de compromiso (Nov 2017) hasta la convocatoria de su participación (Julio 2018) sin que se haya dado inicio a la ejecución de la obra. Lo que alega lo afectó económicamente por lo que ha decidido asumir compromisos laborales en su país de origen.

- 7.133. Ante dicha negativa, CVA objeta el rechazo y reitera a PROVIAS que el profesional propuesto si cumple con los requisitos y calificaciones de las bases por lo que reitera su aprobación.
- 7.134. Por Carta N.° 078-2018-CSO/JS del 02 de noviembre de 2018 (**Anexo 87**), la Supervisión comunica al CVA que PROVIAS no acoge aquello acreditado por el CVA para la aprobación del especialista de calidad-. Adjunto está El Oficio N 1665-2018-MTC/20.5 y el Informe N 131-2018 (en el análisis se encuentra la justificación de la Entidad (**Anexo 86**)).
- 7.135. Por Carta N.° 019-2018-CVA del 26 de noviembre de 2018 (**Anexo 86**), CVA reconsidera la decisión de PROVIAS y reitera su pedido de aprobación del especialista de control de calidad, justificando que se cumple con el requisito de la experiencia así como el de la habilitación y colegiatura del profesional.
- 7.136. CVA reitera a PROVIAS que el profesional propuesto si cumple con los requisitos y calificaciones de las bases. Es un hecho que el CVA cuando menos presentó las siguientes comunicaciones para rebatir los cuestionamientos de PROVIAS: Carta N.° 135-2018-CVA-RO del 1 de diciembre de 2018 (**Anexo 88**), mediante la cual sustenta que el Ing. Silveira tiene una experiencia de 51 meses (4 años y 3 meses) superior a las calificaciones del profesional de la oferta. Esto de acuerdo con la Carta N.° 1970-VNL-V (30-11-2018) (**Anexo 88**). y Carta N.° 021-2018-CVA del 03 de diciembre de 2018 (**Anexo 89**), mediante la cual sustenta la experiencia en la participación del profesional dentro del Proyecto Vías Nuevas de Lima (como especialista de calidad). y Carta N 154-2018-CVA-RO del 06 de diciembre de 2018 (**Anexo 91**).
- 7.137. El caso es que el 4 de diciembre de 2020, por Carta N.° 162-2018-CSO/JS CSO comunica al CVA (**Anexo 90**), la negativa de PROVIAS de aceptar como profesional de reemplazo de ingeniero de control de calidad al Ing. Silveira. (2 da denegatoria) CVA presenta pruebas documentarias que ayudan a la solicitud ante la Supervisión de Obra para la aprobación del especialista de control de calidad del contratista.

- 7.138. Finalmente, pese a las reiteradas solicitudes presentadas por el CVA sustentando que el referido profesional propuesto como reemplazo cumplía con las condiciones requeridas en la Oferta, CSO por Carta N.° 064-2019-CSO/JS del 22 de enero de 2019 (**Anexo 93**), comunica a CVA que, mediante Oficio N.° 044-2019-MTC/20.22.2, PROVIAS informa que el profesional no cumple a su parecer con los requisitos que se piden. De igual modo, PROVIAS se dirige al CVA para informarle que el Oficio N.° 1597-2018-MTC/20.5 y Oficio N.° 1665-2018-MTC/20.5(**Anexo 94**), se mantienen vigente, debido a que en su opinión la experiencia del Ing. Silverio Lovato como especialista de control de calidad en la construcción del Túnel Benavides (Proyecto Nuevas Vías de Lima)no puede ser considerada para efectos de acreditar o verificar su experiencia. Esto consta en el Oficio N.° 043-2019-MTC/20.22.2 del 6 de febrero de 2019 (**Anexo 94**)..
- 7.139. Debido a la persistente negativa injustificada de PROVIAS, CVA propone un segundo profesional sustituto. Así, por Carta del 20 de enero de 2019, el CVA propone como profesional sustituto del Ingeniero de control de calidad al Ing. Yamunaque, siendo el caso que PROVIAS con fecha 6 de febrero de 2019, a través del Oficio N.° 094-2019-MTC/20.22.2 comunica la aceptación y/o aprobación del Ing. Yamunaque y expone la razón de ella en el Informe N.° 014-2019-MTC/20.22.2-CAT, específicamente en el numeral III del análisis que se adjunta.
- 7.140. Descrito lo anterior, el CVA sostiene que no existe justificación para que PROVIAS haya rechazado el primer profesional que se propuso como sustituto del Ingeniero de Control de Calidad y por ende que haya terminado aplicando no solo una doble sanción por haber autorizado el cambio del referido profesional sino también por supuesta ausencia durante el período que se tomó PROVIAS para aprobar al profesional de reemplazo.
- 7.141. Para el CVA de acuerdo con el sustento presentado en su oportunidad, en octubre de 2018, para solicitar el reemplazo del Ing. CAJELLI de la oferta; por el Ing. SILVEIRA, acreditó las calificaciones de la Bases; sin embargo, PROVIAS de manera injustificada rechaza al referido profesional. De los hechos descritos no existe duda respecto a que la controversia se origina respecto a que, mientras

el CVA considera que la experiencia del Ing. Silverio Lovato como especialista de control de calidad en la construcción del Túnel Benavides (Proyecto Nuevas Vías de Lima) puede ser considerada para efectos de acreditar o verificar su experiencia; PROVIAS determina considera que no. Esto como se ha expuesto en los párrafos precedentes fue objetado por el CVA hasta en dos oportunidades por las que formuló reconsideración contra las comunicaciones de PROVIAS por las que decide no acoger el cambio.

- 7.142. Finalmente, pese a que en el referido periodo aprobación del profesional del profesional de reemplazo, el CVA si contó con un especialista de control de calidad en obra, PROVIAS penaliza los hechos antes descritos con las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 antes desarrolladas, siendo que inclusive considera dentro de dicho período no solo todo el tiempo que el CVA de manera coherente y en concordancia con sus propios actos acreditó que el primer profesional de reemplazo si cumplía con las experiencia y calificaciones del profesional propuesto sino además el período que se tomó PROVIAS para aprobar el segundo profesional sustituto propuesto, Ing. YAMUNIQUE. del 29 de enero y hasta el 6 de febrero de 2019.
- 7.143. Por lo antes expuesto, en caso el Tribunal decida que, si procede aplicar una penalidad por que el CVA finalmente solicitó se autorice el cambio del referido profesional de la oferta, se solicita la reducción del monto descontado bajo las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 indicando lo siguiente:
- 7.144. No cabe pues penalizar la solicitud de autorización de cambio per sé, sino solo si se comprueba que el CVA no cumplió con acreditar que el profesional de reemplazo tenía la experiencia y calificaciones del profesional de reemplazo, por lo que el Tribunal deberá determinar por tipicidad que penalidad corresponde aplicar; siendo que durante el período que se tomó PROVIAS desde que se inició la solicitud de cambio del profesional y hasta su aprobación, no cabe considerarse los siguientes periodos para efectos del cálculo:
- 7.145. Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo; ni los periodos en los que la supervisión y PROVIAS

analizaron y evaluaron el cumplimiento de los requisitos del Ing. SILVEIRA, hasta su primer rechazo.

7.146. Tampoco los plazos que se tomó para analizar las reconsideraciones presentadas por el CVA acreditando el cumplimiento de los requisitos de las bases, ni el periodo que se tomó para evaluar al Ing. YAMUNAQUE hasta su aprobación. Y por ende que se reintegre los montos descontados por dicho concepto de la valorizaciones 2 a la 6 (**Anexo 52**).

7.147. Sobre las penalidades 19.4 destacamos que en este caso, PROVIAS aplica al CVA penalidades por los cambios de los Esp. Producción⁵⁰ y Esp. Puentes y Obras de Arte y Drenaje⁵¹ (Val. 1 y 2), Esp. de Control de Calidad, como se ha mencionado, y Esp. de Adm. de Contratos⁵² (Val. 6) y Esp. de Suelos y Pavimentos⁵³(Val. 8) (**Anexo 52**).

7.148. Como se indicó si bien PROVIAS con un Informe adjunto a la valorización N° 1 reconoce que la demora en el inicio del plazo de ejecución de la obra configura un supuesto de caso fortuito y fuerza mayor, aplicó de manera injustificada las citadas penalidades.

⁵⁰ Profesional de producción: El CVA solicita el cambio del Ing. VILLALOBOS de la oferta; por el Ing. MONTANO como profesional sustituto. (10-10-2018). Motivo de pedida del cambio: Renuncia el Ing VILLALOBOS debido a que el retraso en la ejecución de la obra le generó perjuicios económicos y. debió asumir compromisos laborales con la empresa Málaga HNOS. Esta solicitud fue APROBADA por PROVIAS, debido a que el Ing. MONTANO cumple con los requisitos referidos a las bases. (24-10-2018)

⁵¹ Especialista en Puentes, obras de arte y drenaje: El CVA solicita el cambio del Ing. TAIPE de la oferta; por el Ing. MILLA como profesional sustituto. (22-10-2018). Esta solicitud fue APROBADA por PROVIAS, debido a que el Ing. Milla ha cumplido con el requisito de las bases de la licitación. (26-10-2018)

⁵² Administrador de Contrato de Obra: El CVA solicita el cambio del Ing. ROJAS de la oferta; por el Ing. VALLENAS como profesional sustituto. (21-01-2019). Motivo de pedida del cambio: Motivo de salud. Esta solicitud fue APROBADA por PROVIAS, debido a que el Ing. VALLENAS ha cumplido con el requisito de las bases de la licitación. (30-01-2019)

⁵³ Especialista de Suelos y Pavimentos: Motivo de pedida del cambio: Renuncia de Fóntans debido a que el retraso en la ejecución de la obra le generó perjuicios económicos y. debió asumir compromisos laborales en su país de origen.

-Cambio 1(Provisional): El CVA solicita el cambio del Ing. FÓNTANS de la oferta; por la Ing. MACEDO como profesional sustituta. (16-11-2018). *Falta la aprobación por parte de PROVIAS a la Ing. MACEDO.

-Cambio 2: El CVA solicita el cambio del Ing. FÓNTANS de la oferta; por el Ing. HENRÍQUEZ como profesional sustituta. (29-03-2019).Esta solicitud fue APROBADA por PROVIAS, debido a que el Ing. Milla ha cumplido con el requisito de las bases de la licitación. (08-04-2019)

7.149. Por ello, nos remitimos a lo expuesto en los párrafos precedentes respecto a que los supuestos que justificaron el cambio de los profesionales de la propuesta del CVA configuran supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, no atribuibles a su proceder respecto de los cuales no cabe la aplicación de la referida penalidad.

7.150. Adicionalmente a ello, cabe indicar que por la naturaleza de los trabajos a ejecutar en el proyecto, el CVA para efectos de solicitar su reemplazo y obtener la aprobación de PROVIAS tuvo que realizar esfuerzos importantes, lo que en algunos casos determino que el CVA tomará más tiempo para conseguir la participación de profesionales con experiencia. Ello en la medida que resultaban escasos y/o de poca oferta en el mercado laboral, por lo que bajo dicha premisa además se presentaron dificultades para reemplazarlos, reforzándose de este modo la configuración de caso fortuito o fuerza mayor.

168. Conforme se aprecia de la cita textual de la posición del Consorcio Vial Ambo, ha narrado una serie de hechos vinculados a su solicitud de cambio de profesionales entre ellos el Ing. De control de calidad, ingeniero Cajelli por el ingeniero Silveira. En el párrafo 7.127 de su demanda el Consorcio vial Ambo manifestó que la renuncia del referido profesional se debió a la demora en el inicio de la ejecución del contrato conforme se aprecia:

7.127. Es un hecho que lo que justificó la solicitud de cambio del CVA fue la renuncia del referido profesional, debido a la demora en el inicio de la ejecución del Contrato. Sin embargo, PROVIAS omite dicho hecho y procede a la aplicación de la referida penalidad pretendiendo con ello sancionar el cambio del profesional (penalidades 19.1 y 19.4) así como el hecho de no haber contado con dicho profesional en la obra debido a su no aprobación en octubre de 2018 sino hasta febrero de 2019.

169. Al contestar la demanda la Entidad manifestó una posición distinta sobre este hecho conforme con lo siguiente:

67. En el caso de autos, las renunciaciones del personal de contratista no se dieron de forma intempestiva ni por muerte, accidente o enfermedad. En la carta de renuncia del Ingeniero en Control de Calidad (**anexo 2-J**) se indica que *"...se sustentan en aspectos que escapan totalmente a mi control y es que luego de mi presencia en el proyecto en agosto último me sentí mal de salud producto de la altitud de la zona [...] estoy en tratamiento médico regular, situación que pienso no sería impedimento para asumir el cargo...mi adaptación a las condiciones del sitio no fueron las que esperaba..."*. Como podemos observar claramente el especialista en calidad indica que no se adaptaba a la zona y que se sentía mal de salud, aspectos que eran conocidos por el Consorcio y los profesionales propuestos, esto da claramente razón a la Entidad, no pudiéndose catalogar este sustento como intempestivo ni caso fortuito o fuerza mayor:

170. De la revisión del **anexo 2-J de la contestación de la demanda** de la Entidad se tiene lo siguiente:

Montevideo, 27 de agosto de 2018

Señores
CONSORCIO VIAL AMBO
Jr. Bonnemaison N° 597 – Magdalena del Mar
Lima, Perú
Presente. –

Atención : Señor Mauricio Rodríguez Montero
Representante Legal

Asunto : **Notifico mi renuncia al cargo de Especialista de Calidad**

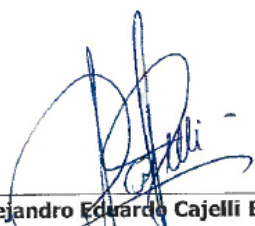
De mi consideración,

Por medio de la presente carta le extiendo mi cordial saludo y le informo que he tomado la decisión de renunciar al cargo de Especialista de Calidad, al cual me comprometí como parte del proyecto "Mejoramiento de la Carretera Oyón – Ambo" a realizarse en la zona de Cerro de Pasco, Perú.

La razón de mi renuncia se sustenta en aspectos que escapan totalmente a mi control y es que luego de mi presencia en el proyecto en agosto último me sentí mal de salud producto de la altitud de la zona.

Estoy en tratamiento médico regular, situación que pensé no sería impedimento para asumir el cargo al cual me comprometí, pero lamentablemente, mi adaptación a las condiciones del sitio no fueron las que esperaba lo que me obliga a tomar la decisión de renunciar a fin de no poner en riesgo mi integridad física.

Atentamente,


Alejandro Eduardo Cajelli Bagnulo

171. En ese sentido si bien el Consorcio Vial Ambo manifestó que la renuncia del ing. De control de Calidad, ing. Cajelli se debió a la demora en el inicio de la ejecución del contrato, lo cierto es que la Entidad presentó en el anexo 2-J de su contestación de demanda la carta de renuncia del referido ingeniero.
172. Cabe precisar que dicho documento no ha sido materia de tacha por parte del Consorcio, por lo que este Tribunal Arbitral le dará el mérito que corresponde.
173. En la carta presentada por la Entidad se aprecia claramente que la razón de la renuncia del ing. Cajelli fue porque se sintió mal de salud por la altura y que no pudo adaptarse a las condiciones del sitio. Con dicho documento la Entidad ha desvirtuado la alegación del contratista generando convicción en este colegiado que el ingeniero de calidad renunció por un motivo distinto al alegado por el contratista.
174. Asimismo, se advierte que los hechos narrados por el contratista en su fundamentación corresponden al trámite de la solicitud de cambio del profesional ing. Especialista de calidad. El contratista cuestionó la decisión de la Entidad de no aceptar el cambio. Por su parte, la Entidad ha manifestado que el profesional propuesto para el cambio, el ing. Rodrigo Silveira Lovato no cumplía con los requisitos conforme con lo siguiente:

86. Finalmente, en este caso en particular debe tenerse en cuenta que el rechazo a la propuesta del Ingeniero de Control de Calidad (Ing. Rodrigo Silveira Lovato), por la renuncia del profesional de la oferta del Consorcio (Ing. Cajelli), mediante Oficio N° 1597-2018-MTC/20.5 e Informe N°123-2018-MTC/20.5-CAT de fecha 24 de octubre de 2018 (anexo 2-I), se sustentó en que el profesional propuesto no cumplía con los requisitos de experiencia necesaria de dos (2) años de experiencia en la ejecución y/o supervisión de obras de construcción y/o mejoramiento y/o supervisión de obras de construcción y/o mejoramiento o la combinación de los términos anteriores de carreteras (autovía o autopista) con pavimento rígido) de acuerdo a la página 46 de las Bases integradas de la Licitación Pública N°002-2017-MTC/20:

3. El puntaje obtenido por el Ing. Rodrigo Silveira Lovato en experiencia laboral, es menor a la obtenido por el Ing. Alejandro Eduardo Cajelli Bagnulo.

Profesional Saliente		NOMBRE Y APELLIDOS DEL PROFESIONAL PROPUESTO	
CARGOS REQUERIDOS	RTM	OBSERVACION	
Especialista de Calidad	RTM = 2 años / 24 meses	ALEJANDRO EDUARDO CAJELLI BAGNULO	El profesional acredita : 42.13 meses

Profesional Propuesto		NOMBRE Y APELLIDOS DEL PROFESIONAL PROPUESTO	
CARGOS REQUERIDOS	RTM	OBSERVACION	
Especialista de Calidad	RTM = 1 año 10 meses	RODRIGO SILVEIRA LOVATO	El profesional acredita : 22.50 meses

PAGINA 28 DE LA CONTESTACION DE DEMANDA

175. Para la Entidad el Ing. Silveira no cumplía con los requisitos debido a que la experiencia de la construcción del túnel Benavides no es una carretera con pavimento rígido y no está fuera del ámbito urbano de acuerdo con lo siguiente:

87. Esto se sustenta en el hecho que, la experiencia del Ingeniero en Control de Calidad que el Consorcio pretendía imponer para reemplazar al especialista renunciante, es por la **construcción del túnel Benavides**, que forma parte del proyecto Vías Nuevas de Lima y que **no es una carretera con pavimento rígido y que no está fuera del ámbito urbano** (ciudad o centro poblado), lo cual deja en evidencia que **el citado profesional no cumplía con lo indicado en las Bases Integradas de la Licitación Pública N°002-2017-MTC/20**. Acreditamos esta afirmación con la copia del Contrato de Concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima (**anexo 2-K**):



176. En ese contexto, se debe tener presente que la pretensión del contratista está orientada a dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de su Oferta y no así a cuestionar la decisión de la Entidad de aceptar o no un determinado profesional para su cambio.
177. En tal sentido, teniendo en cuenta que el tiempo que tomó reemplazar exitosamente al profesional especialista en calidad fue por el pedido del contratista y las solicitudes posteriores de cuando la Entidad denegaba sus pedidos, dicho plazo entonces no puede ser imputable a la Entidad.
178. Por otro lado, el contratista tenía conocimiento de los supuestos que se penalizaban en las “otras penalidades” y pese a ello consideró pertinente continuar efectuando el trámite, reconsiderando y presentando información complementaria lo cual es una actuación de su propia parte.
179. Teniendo en cuenta lo precedente, corresponde declarar **INFUNDADA la quinta pretensión principal de la demanda** y declarar que

no corresponde dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de Oferta.

180. En lo que corresponde a la primera pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda se tiene que dicha pretensión es la siguiente:

Décimo Sexta Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad

181. Al respecto, corresponde precisar que, conforme ya se ha determinado previamente al analizar la **Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda** es posible de acuerdo con los regulado en las bases integradas y el contrato que se apliquen las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 por un mismo hecho ya que cada supuesto regula algo distinto y puede ser convergente o concurrente.

182. En consecuencia, el Tribunal Arbitral se remite al sustento y análisis efectuado al analizar la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

183. En ese sentido, corresponde declarar **INFUNDADA** la **Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:** no corresponde declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad.

184. Continuando con el análisis de las pretensiones del contratista se tienen las siguientes:

Décimo Séptima Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio de Ingeniero de Calidad de Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde

o no reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.

No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.

No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.

Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

185. Sobre esta pretensión se tiene que el pedido es de reducir los montos descontados y lo sustenta en lo siguiente:

- No cabe aplicar penalidad alguna durante el período que PROVIAS evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio y hasta su aprobación.
- No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad, sino que debe aplicarse solo aquella que corresponda por tipicidad.
- No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.
- Considerando la especificidad de las calificaciones de los profesionales de obra, y que el CVA no tiene control sobre la oportunidad de la terminación del vínculo contractual del profesional con el CVA cuando se trata de renuncia, no cabe considerar tampoco como días sujetos a penalidad los días que toma el CVA en contar con un profesional para proponerlo como reemplazo de aquel que estuvo en su oferta.

Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo contractual entre el profesional y el CVA debe considerarse dentro del cálculo de las penalidades.

7.52. PROVIAS en ningún caso se detiene a analizar si el presunto incumplimiento atribuido al CVA amerita la aplicación de una penalidad. Tampoco analiza si existían elementos externos al CVA que le impedían cumplir con sus obligaciones, entre otros.

7.53. Al respecto, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con el Artículo 1346 del Código Civil, *"El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida"*.

186. Conforme se aprecia el pedido del contratista se efectúa en el supuesto de que las penalidades puedan ser reducidas por el colegiado en base a la aplicación supletoria del artículo 1346.

187. Sin embargo, como ya se ha determinado no es posible aplicar supletoriamente el artículo 1346 del Código Civil para reducir la penalidad toda vez que dicha disposición es incompatible con la naturaleza de la

contratación pública, el contrato, las bases integradas y el artículo 134 del RLCE.

188. Así mismo se ha analizado también la lectura de la nota de las bases sobre la aplicación de las “otras penalidades” determinando que la Entidad no se encontraba obligada a efectuar un descarte (o análisis de caso fortuito o fuerza mayor) de cada evento pasible de penalidad.

189. En lo referido a que no se penalicen los días que, acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases, debe tenerse en cuenta que el Consorcio Vial Ambo presentó en su demanda un cuadro con una de las preguntas de las bases sobre este punto específico de acuerdo con lo siguiente:

256	SE	Cap. III. Num. 3.1. Lit. f). XIII. 13.2	35	GYM S.A.	Confirmar que los días de descanso y salida u otros temas originados por Caso Fortuito y Fuerza Mayor no serán considerados para la aplicación de la presente penalidad.	Es preciso indicar que en cada caso en particular, deberá determinarse si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto a la ausencia de los profesionales. Respecto a los días de descanso y salidas, estos deberían estar debidamente programado, a efectos de no aplicar las respectivas penalidades.
-----	----	--	----	-------------	--	---

PÁGINA 100 DE LA DEMANDA

190. Ante esa consulta, la respuesta de la Entidad fue: “Respecto a los días de descanso y salidas, estos deberían estar debidamente programado, a efectos de no aplicar las respectivas penalidades”. Asimismo, la Entidad también indicó que “(...) en cada caso en particular, deberá determinarse si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto a la ausencia de los profesionales”.

191. En ese sentido, queda claro de la respuesta de la Entidad que para que no se aplique la penalidad por los días de descanso y salida estos deberán estar debidamente programados para efectos de no aplicar las penalidades y ese es el criterio para su aplicación, luego de la respectiva evaluación de la Entidad.
192. Cabe precisar además que las bases han quedado firmes y forman parte del contrato por lo que las “otras penalidades” tienen su regulación de supuestos, forma de cálculo y procedimiento el cual debe ser observado por ambas partes, no pudiendo dichas penalidades ser cambiadas, modificadas o reducidas por este colegiado.
193. En lo que se refiere al pedido de que no se aplique penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación, se tiene que el contrato, en su cláusula décimo novena regula la aplicación de penalidades la cual se puede advertir en la primera de ellas:

N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	PROCEDIMIENTO
19.1	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	Una (1) UIT vigente en la oportunidad que se produce la infracción por cada día de no contar con el profesional.	Según Informe especial o Mensual de obra del Supervisor correspondiente al periodo en que se produce la ausencia o del mes siguiente.

194. Conforme se advierte de la lectura de dicha cláusula en el punto 19.1 existe la posibilidad de que cuando se termine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado Y LA ENTIDAD NO HAYA APROBADO LA SUSTITUCION (por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado) del personal se aplique penalidad. Eso significa leído de manera integral con las demás penalidades, que el contrato permite a la Entidad penalizar por el plazo en que se tramita el cambio del personal porque, por ejemplo, hasta que se apruebe el cambio, el personal no se encuentra en obra.
195. En lo que se refiere a que no cabría penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad, se tiene que este colegiado ya ha analizado previamente que el contrato en su sección “otras penalidades” regula situaciones que en los hechos puede ser una sola pero que para efectos de la penalización puede ser concurrente con hasta 3 penalidades ya que las mismas no regulan el

mismo supuesto sino que están orientadas diferentes supuestos penalizables. Por ello, según el contrato suscrito por ambas partes sí es posible aplicar más de una penalidad a un mismo hecho.

196. En lo que se refiere a que no se penalice ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo, se precisa que ese supuesto deberá ser evaluado por la propia Entidad en atención a las reglas aplicables en cláusula décimo novena y para cada caso particular, pues conforme la penalidad 19.2 regula lo siguiente:

19.2	Por cada día de ausencia del personal en obra, se entiende que el personal presta sus servicios en el lugar de la obra	UNA (1) UIT vigente en la oportunidad que se produce la infracción por cada día y por cada personal ausente.	Según Informe especial o Mensual de obra del Supervisor correspondiente al periodo en que se produce la ausencia o del mes siguiente.
------	--	--	---

197. Es decir que, se penaliza según el contrato, por cada día de ausencia del personal, por lo que en el momento en que el personal está ausente y durante el tiempo del pedido de cambio y trámite el contrato permitiría aplicar penalidad, sin embargo, el análisis corresponde efectuarlo a la Entidad conforme las reglas pactadas. En ese sentido este Tribunal Arbitral no puede modificar las penalidades que se encuentran reguladas en el contrato.

198. Por los fundamentos precedentes este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la segunda pretensión subordinada a la quinta pretensión principal de la demanda** y en consecuencia no corresponde reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.

No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.

No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.

Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

199. Continuando con el análisis de las pretensiones del consorcio Vial Ambo se tiene lo siguiente:

Décimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Sexta Pretensión

Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición.

Décima Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión

Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

200. Sobre esta pretensión el contratista ha manifestado lo siguiente:

7.151. Sobre la penalidad 19.7 referida a los equipos de la Oferta.

	remuneraciones oportunas, etc.).		
19.7	En caso EL CONTRATISTA no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra.	Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.	Se acredita con un informe especial del Supervisor y/o Administrador de Contrato y/o Unidad Gerencial de Supervisión y Calidad de PVN. La penalidad se aplicará en el caso que el contratista no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra, de acuerdo al calendario de movilización de equipo.

7.152. Sobre esta penalidad, debemos destacar que lo que se penaliza es que el Contratista no cuente con el equipo de su Oferta en la obra, siendo que para efectos del cálculo lo que hizo PROVIAS es aplicar el 10% de la Valorización.

7.153. Este cálculo no distingue si el supuesto comprende el hecho de no contar con uno o varios equipos, ni tampoco toma en cuenta que para efectos de la utilización de los equipos el CVA como se ha dicho presentó un calendario de utilización de equipos y/o un documento denominado diferente pero cuyo propósito precisamente era establecer la oportunidad en la que el referido

Contratista debía contar con dichos equipos en obra para su ejecución según su avance o estado real de ejecución.

7.154. **Hacemos notar pues que la funcionalidad o propósito de un calendario de movilización de equipo o del documento que haga sus veces (Anexo 50 y 96 es precisamente identificar la oportunidad en la que el Contratista debe contar con los equipos en el lugar de la obra para su uso en la ejecución de las partidas o actividades, según su ejecución real. Esto con la única intención de darle continuidad a la ejecución de la obra.**

7.155. Note el Tribunal que en este caso el procedimiento para determinar si corresponde o no la aplicación de la penalidad al Contratista establece que para ello se verificara si se tenía que contar con el equipo o no según calendario de movilización de equipo.

7.156. Es por ello, que en este caso, no solo el referido instrumento que forma parte de la planificación de una obra toma relevancia, sino el hecho de que como hemos explicado, este fue establecido en función a la información entregada por PROVIAS al momento de la LP 2-2017, lo que como se ha descrito no se condijo con la realidad por lo que el referido calendario de movilización no puede ser considerado como absoluto para efectos de determinar si corresponde o no un penalidad bajo este concepto.

7.157. En este caso específico debemos destacar nuevamente que el CVA estuvo sujeto a hechos circunstancias que no se condijeron con la realidad. Lo que en la práctica ocasiona que aquello previsto o planificado no se condiga con la realidad.

7.158. Tal como consta en la Adenda al Contrato, la postergación el inicio del plazo de ejecución fue solicitada por PROVIAS como consecuencia de que el Supervisor, luego de la revisión del Expediente Técnico entregado por la referida Entidad al CVA para la ejecución de la obra, concluyera que éste expediente tenía algunas incompatibilidades entre lo expresado en el informe de Ingeniería, los planos y lo encontrado en el terreno, y recomendara entre otros, la postergación del inicio del

plazo de ejecución, para superar o dar solución a las referidas incompatibilidades y demás circunstancias presentadas en obra.

- 7.159. Asimismo, tal como consta también en el Acta de Entrega de Terreno con área no disponibles, tales circunstancias persistieron y persisten a la fecha, motivo por el cual el CVA en dicha acta dejó constancia de la existencia de interferencias, las que correspondían a partes de alumbrado, redes de baja y media tensión (como, por ejemplo, en el sector EL RAMAL). Para el caso de las canteras, como la cantera Río Yanamayo se evidenció la explotación, acopio y procesamiento de materiales pétreos de su cauce por terceras personas, entre otros.
- 7.160. Hacemos notar que las circunstancias antes descritas que motivaron la postergación del plazo y que fueron también advertidas al momento de la entrega del terreno, las cuales no le son atribuibles al CVA sino a las deficiencias del Expediente técnico entregado por PROVIAS entre otros, y que incluso persisten en la zona de obra hasta el momento, han impedido que el CVA pueda avanzar en la ejecución de acuerdo a lo planificado y en dicha medida, en algunos casos, producto de ello no se justifica que cuente o que movilice al lugar de la obra equipos de su Oferta.
- 7.161. De acuerdo con el Contrato y las Bases de la Licitación, el CVA en el marco de este Contrato, ejecuta una obra que planifica según la información entregada por la Entidad Contratante en el Expediente Técnico y durante la Licitación. Por lo que si esta información entregada por PROVIAS para dicho efecto, luego no se condice con la realidad, el CVA se ve limitado de ejecutar de acuerdo a lo planificado y/o programado, como quedará demostrado en el arbitraje.
- 7.162. Para el caso del equipo, pues como demostraremos la Planificación recogida según la información entregada por PROVIAS, se estableció un calendario de utilización de equipos, entre otros, sin embargo, tal como hemos venido explicando desde el inicio del presente escrito, el CVA no pudo acceder al terreno de acuerdo a lo programado, ni mucho menos avanzar según lo establecido en su cronograma sino muy por debajo.

- 7.163. Es por ello que consideramos que, para este supuesto, también cabía determinar previamente a la aplicación de la penalidad, si el Contratista se encontraba bajo un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Si bien en el procedimiento incluido en la tabla contenida en la cláusula décimo novena antes citada, no recogió expresamente, que para dichos casos no procede la aplicación de estas penalidades en la medida que constituyen, entre otros, caso fortuito o fuerza mayor, esto no justifica que PROVIAS no haya adoptado dicho criterio antes de decidir la aplicación de estas penalidades al CVA.
- 7.164. Ello debido a que en las Bases PROVIAS reconoció que para efectos de la aplicación se evaluaría y/o determinaría en cada caso particular si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalidad o no al contratista.
- 7.165. Por ello, considerando que las bases tal como lo hemos mencionado en el marco legal de este escrito de demanda, son parte integrante del Contrato y en dicha media deben ser consideradas al momento de resolver las controversias, no cabe pues que este criterio no haya sido observado por PROVIAS en el caso específico de las penalidades aplicadas al CVA. Por ello, solicitamos al tribunal considerar ello al momento de resolver.
- 7.166. Cabe agregar además en cuanto a la forma o procedimiento para su aplicación que en este caso tampoco PROVIAS cumple con lo previsto en la cláusula décimo novena, en el sentido que no hay un informe especial del supervisor, y/o del administrador de contrato y/o de la unidad gerencial de supervisión y calidad de PROVIAS justificando el incumplimiento alegado.
- 7.167. Lo que hace PROVIAS para pretender justificar su aplicación de esta penalidad 19.7 es incluir en las valorizaciones un análisis del calendario de movilización de equipos, efectuado por el Especialista de metrados, costos y valorizaciones, que como se ha dicho no toma en consideración para este caso particular, como corresponde según las Bases, que este cronograma de movilización de equipo se ve impactado por el hecho de que la obra no está siendo ejecutada de acuerdo a lo programado. Por lo que rechazamos que se haya cumplido la evaluación y

análisis requerido a PROVIAS de acuerdo con las Bases para que proceda la aplicación de la penalidad.

7.168. Por lo expuesto, el CVA solicita que se deje sin efecto la aplicación de la referida penalidad y su descuento efectuado a través de las valorizaciones que se acompañan a la presente demana. (Anexo 52)..

7.169. Asimismo, en el supuesto negado que se acredite el incumplimiento por parte del Contratista, el CVA considera que las penalidades aplicadas en el caso específico, por lo ya descrito no cumplen con los requisitos señalados en el artículo 134 del RLCE. Esto principalmente debido a que no cumplen con ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. Por lo que corresponde su reducción.

259	SE	Cap. III. Num. 3.1. Lit. f). XIII. 13.7	36	GYM S.A.	Confirmar que para la aplicación de la presente penalidad, el Equipo Oferta se refiere al Equipo Minimo	La penalidad se aplicará en el caso que el contratista no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra, de acuerdo al calendario de movilización de equipo.
-----	----	--	----	-------------	---	--

201. De la posición del contratista se tiene que sustentó su posición en que lo previsto para ejecutar la obra no se ajustó a la realidad, debido a que el supervisor, luego de revisar el expediente técnico indicó que éste tenía ciertas incompatibilidades entre el informe de ingeniería, los planos y lo encontrado en el terreno. Como causa de ello se postergó el inicio del plazo de ejecución del contrato y lo planificado no se condijo con la realidad impidiendo que el CVA no pueda ejecutar conforme lo planeado y no justificando que se cuente o movilice al lugar de la obra equipos de su oferta.

202. Asimismo, indicó como parte de su sustento que el procedimiento de aplicación no cumple con lo previsto en la cláusula décimo novena dado que no hay un informe especial del supervisor y/o del administrador del contrato y/o de la unidad gerencial de supervisión y calidad de PROVIAS NACIONAL justificando el incumplimiento alegado.

203. Este Tribunal Arbitral considera pertinente comenzar el análisis por el requisito procedimental, esto es por el cuestionamiento a que no existe el informe especial del supervisor, que conforme lo regulado en la cláusula décimo novena sustente la penalidad. En efecto, la penalidad 19.7 del contrato establece lo siguiente:

19.7	En caso EL CONTRATISTA no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra.	Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.	Se acredita con un informe especial del Supervisor y/o Administrador de Contrato y/o Unidad Gerencial de Supervisión y Calidad de PVN. La penalidad se aplicará en el caso que el contratista no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra, de acuerdo al calendario de movilización de equipo.
------	---	---	---

204. Sobre este punto la Entidad en su contestación de demanda ha manifestado lo siguiente:

93. Respecto a la **sexta pretensión principal y su pretensión subordinada y la séptima pretensión principal**, debe tener presente que para el presente caso se solicita “dejar sin efecto” las penalidades aplicadas por el supuesto regulado en el inciso 19.7 de la cláusula décimo novena del Contrato. Lamentablemente, en la demanda el contratista no ha indicado ni sustentado de manera fáctica y legal, la causal de nulidad que permita dejar sin efecto las citadas penalidades. En consecuencia, los hechos alegados por el contratista **NO CONFIGURAN** un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, lo que, permite determinar que las penalidades impuestas son plenamente válidas y se encuentran conforme a derecho.

94. En el presente caso, tenemos que el inciso 19.7 de la cláusula décimo novena del Contrato establece el supuesto de “otras penalidades”, **indicando los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, precisando la forma de cálculo**

DANGIKI F

de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, con el siguiente detalle:

197	En caso EL CONTRATISTA no contare con el equipo ofertado para la ejecución de la obra.	Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.	Se acredita con un informe especial del Supervisor y/o Administrador de Contrato y/o Unidad Gerencial de Supervisión y Calidad de P.V.N. La penalidad se aplicará en el caso que el contratista no cuente con el equipo ofertado para la ejecución de la obra, de acuerdo al calendario de movilización de equipo.
-----	---	---	---

95. Es importante recordar que, la naturaleza jurídica de la cláusula penal o penalidad es de castigo frente al incumplimiento, cumpliendo un rol distinto a la tutela resarcitoria o, en todo caso, a una obligación legal de indemnizar. Fernández señala que “[...] la cláusula penal, como pacto de seguridad, está pensada como una pena privada al solo hecho del incumplimiento o, lo que es lo mismo, como pacto de seguridad al cumplimiento, por lo que perfectamente se devenga en su monto pactado con absoluta prescindencia de la configuración de daño alguno³⁹”. En el caso que nos ocupa, la aplicación de penalidades es automática (conforme a lo establecido en el contrato) y se produce cuando se configura el supuesto de hecho regulado en la norma, situación que ha acontecido en el caso del CONSORCIO VIAL AMBO.
96. Para la determinación del incumplimiento por falta de equipo ofertado en el lugar de ejecución de la obra, se han elaborado cuadros comparativos entre el equipo movilizado y el puesto en obra para cada mes, según el cronograma de utilización de equipos del contrato. Como ejemplo, mostramos la verificación de equipos en obra del mes de enero del 2020 del Informe de Penalidades de la Supervisión, determinándose que no se cumplió con los equipos programados para ese mes como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 01

Nº	Descripción	Unidad	Cantidad Metrada	Región Contratante Ene-02	En Obra
1	FALSA TRANSPORTADORA DE 10" X 10" M. X 3 HP 100 TONN	Und.	3	3	3
2	CAMION BARANDA 3 TONN 144 HP	Und.	1	1	1
3	CAMION CISTERNA 2,500 GLNS 200 HP	Und.	3	3	3
4	CAMION CONCRETERO 330 HP 12 M3	Und.	3	3	3
5	CAMION SEMI TRAILER 5 X 4 35 TONN 400 HP	Und.	1	1	1
6	MOLOTE DE 10 M3 430 HP	Und.	70	70	70
7	CAMIONETA PICK UP 4X2 600 CC	Und.	1	1	1
8	CARGADOR SUBE LLANTAS DE 200-250 HP 4-4.5 YDS	Und.	30	30	30
9	CHANGADORA FRAMURA 75 HP 60.75 TONN	Und.	1	1	1
10	CHANGADORA TERCERA ROL 3 FALSO 350 HP 35-210 TONN	Und.	1	1	1
11	ZARANDA VIBRATORIA 4' X 6' X 14" M.E. 15 HP	Und.	3	3	3
12	COMPACTADOR VIBRATORIO TIPO PLANCHA 9 HP	Und.	40	40	40
13	COMPRESORA NEUMÁTICA 350-350 PDM 37 HP	Und.	1	1	1
14	COMPRESORA NEUMÁTICA 500-500 PDM 100 HP	Und.	30	30	30
15	CORTADORA DE PAVIMENTO 400 DISCO	Und.	3	3	3
16	GRUPO PARA LAVADO DE AGRIETADORES	Und.	1	1	1
17	SEFADOR FORTAL CON 1100 PPMMS	Und.	4	4	4
18	EXCAVADORA SOBRE ORUGAS 170-200 HP 1.1-2.76 YDS	Und.	1	1	1
19	EXCAVADORA ORUGAS 204 HP 2.00 YDS	Und.	3	3	3
20	GRUPO HIAL SCAMON 12 TONN	Und.	1	1	1
21	GRUPO ELECTROGENO DE 110 HP 75 KW	Und.	1	1	1
22	GRUPO ELECTROGENO DE 140 KVA	Und.	4	4	4
23	MARTILLO NEUMÁTICO DE 25-29 KGS	Und.	41	41	41
24	MARTILLO NEUMÁTICO (adhesión auto-estacionado)	Und.	3	3	3
25	MECANIZADOR 10 HP	Und.	3	3	3

servicio: Mejoramiento de la Carretera
Km. 1 - Arequipa, Tramo 1: 0/0m - 0/0m Centro de Pucallpa

Aplicación de Penalizaciones Ene. 2020

Consortio Supervisor Oyón

070

Nº	Descripción	Unidad	Cantidad Metrada	Región Contratante Ene-02	En Obra
32	MOTOBOMBA DE 4" (12 HP)	Und.	3	3	4
33	MOTONIVELADORA DE 215 HP	Und.	1	1	5
34	MOTOSIERRA DE 30" - 6.5 HP	Und.	1	1	1
35	MOTOSOLDADORA GASOLINERA 225 A - 21 HP	Und.	3	3	3
36	NIVEL TOPOGRAFICO	Und.	1	0	4
37	PAVIMENTADORA ORUGAS 175 HP	Und.	1	1	1
38	PERNE METALICO TEXTURIZADOR	Und.	1	1	2
39	PLANTA DE CONCRETO 120 MSH	Und.	1	1	1
40	PLANTA DE CONCRETO 30 MSH	Und.	1	1	1
41	RETROEXCAVADORA ORUGAS 10-110 HP (0.50 -1.3 YDS)	Und.	1	1	4
42	RETROEXCAVADORA ORUGAS 115-165 HP (0.75 -1.6 YDS)	Und.	1	1	3
43	RODILLO VIBRATORIO AUTOMATIZADO 101-125 HP	Und.	2	1	3
44	RODILLO VIBRATORIO MANUAL 0.3 TONN 10.8 HP	Und.	3	2	2
45	RODILLO TANDEN 6-10 TONN 80 HP	Und.	2	2	2
46	TRACTOR DE ORUGAS 150-200 HP	Und.	1	1	7
47	VIBRADOR DE CONCRETO 4 HP, 24"	Und.	11	7	12
48	ZARANDA ESTÁTICA	Und.	2	1	2

Elaborado: ESP metrados, costos y valorizaciones.

Del cuadro comparativo según cuadro N° 08 el mismo que proviene del control diario y mensual efectuado por el ESP de Seguridad de la Supervisión, donde determina que faltan equipos para la ejecución de los trabajos programados para el Mes de Enero del 2020, cuyos equipos más relevantes son los siguientes:

- CAMIÓN CISTERNA (2,500 GLNS) 200 HP
- CAMIÓN CONCRETERO 330 HP 12 M3
- COMPACTADOR VIBRATORIO TIPO PLANCHA 9 HP
- Y OTROS equipos MENORES.

97. Se adjunta el detalle de las penalidades del numeral 19.7 aplicadas en los diferentes meses y el sustento respectivo como el puesto como ejemplo del mes de enero del 2020 (**anexo 2-M**).

98. De igual forma, se muestra a continuación un cuadro con el control de descuentos y penalidades, sustentados en los Informes emitidos por el supervisor (Carta N° 378-2021-CSO/JS-JLT, **anexo 2-L**), que se acompañan al presente escrito (**anexos 2-M**):

PAGINA 5

CUADRO DE CONTROL DE DESCUENTOS Y/O PENALIDADES			
OBRA	: MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYON – AMBO TRAMO I: OYON – DESVIO CERRO DE PASCO		
CONTRATISTA	: CONSORCIO VIAL AMBO		
CONTRATO DE EJECUC. OBRA	: N° 073-2018-MTC/20		
MONTO DE CONTRATO	S/. 361,417,247.61 C/IGV		
VALORIZACIONES	MONTO DE DESCUENTO	MONTO DE PENALIDAD	DETALLE DE PENALIDAD
VALORIZACIONES			
1ra Valorización - Set. 2018	49,817.00	576,850.00	19.2 Clausula decimo cuarta del Contrato
2da Valorización - Oct. 2018	30,201.00	1,745,890.94	19.1, 19.2 y 19.4 Clausula decimo cuarta del Contrato
3ra Valorización - Nov. 2018	20,361.50	465,569.53	19.1, 19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
4ta Valorización - Dic. 2018	20,162.85	509,438.56	19.1, 19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
5ta Valorización - Ene. 2019	34,464.10	533,889.39	19.1, 19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
6ta Valorización - Feb. 2019	20,535.20	1,548,420.35	19.1, 19.2, 19.4 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
7ma Valorización - Mar. 2019	10,948.90	447,755.62	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
8va Valorización - Abr. 2019	14,473.00	997,183.12	19.2, 19.4 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
9na Valorización - May. 2019	11,567.01	375,257.99	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
10ma Valorización - Jun. 2019	15,826.01	690,147.56	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
11va Valorización - Jul. 2019	19,373.49	740,776.10	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
12va Valorización - Ago. 2019	15,972.29	575,540.95	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
13va Valorización - Set. 2019	15,828.50	806,517.87	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
14va Valorización - Oct. 2019	5,498.94	983,602.56	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
15va Valorización - Nov. 2019	2,659.00	838,706.73	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
16va Valorización - Dic. 2019	10,867.91	744,074.09	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
17va Valorización - Ene. 2020	20,461.26	532,564.60	19.2 y 19.7 Clausula decimo cuarta del Contrato
18va Valorización - Feb. 2020	24,177.80	636,400.00	19.1 y 19.2 Clausula decimo cuarta del Contrato
19va Valorización - Mar. 2020	3,870.34	129,000.00	19.1 y 19.2 Clausula decimo cuarta del Contrato
20va Valorización - Ago. 2020	1,112.63	17,200.00	19.2 Clausula decimo cuarta del Contrato
23va Valorización - Nov. 2020	1,521.02	30,100.00	19.2 Clausula decimo cuarta del Contrato
SUB TOTAL	349,699.76	13,924,885.94	
PORCENTAJES	0.10%	3.85%	
TOTAL		14,274,585.70	

205. Al respecto, de la revisión de los ANEXOS 2-L y 2-M se tiene que la Entidad presentó los siguientes informes:



 **PERÚ** Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Viceministerio de Transportes

Proviás Nacional

OBRA: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYÓN – AMBO
TRAMO I: OYÓN - DESVÍO CERRO DE PASCO”
Vía Principal Km. 134+977.92 al Km. 181+000 y
Ramal Km.136+780 – Km. 139+698.19

L.P. N° 0002-2017-MTC/20

INFORME ESPECIAL
PENALIDAD
MES DE NOVIEMBRE DEL 2018



083

 **PERÚ** Ministerio de Transportes y Comunicaciones

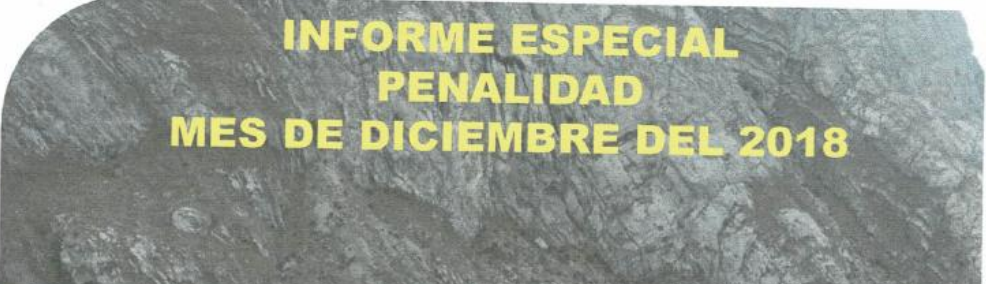
Viceministerio de Transportes

Proviás Nacional

OBRA: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYÓN – AMBO
TRAMO I: OYÓN - DESVÍO CERRO DE PASCO”
Vía Principal Km. 134+977.92 al Km. 181+000 y
Ramal Km.136+780 – Km. 139+698.19

L.P. N° 0002-2017-MTC/20

INFORME ESPECIAL
PENALIDAD
MES DE DICIEMBRE DEL 2018



 **PERÚ** Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Viceministerio de Transportes

Provías Nacional **087**

OBRA: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYÓN – AMBO
TRAMO I: OYÓN - DESVÍO CERRO DE PASCO”
Vía Principal Km. 134+977.92 al Km. 181+000 y
Ramal Km.136+780 – Km. 139+698.19

L.P. N° 0002-2017-MTC/20

INFORME ESPECIAL
PENALIDAD
MES DE ENERO DEL 2019



 **PERÚ** Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Viceministerio de Transportes

Provías Nacional **0092**

OBRA: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA OYÓN – AMBO
TRAMO I: OYÓN - DESVÍO CERRO DE PASCO”
Vía Principal Km. 134+977.92 al Km. 181+000 y
Ramal Km.136+780 – Km. 139+698.19

L.P. N° 0002-2017-MTC/20

INFORME ESPECIAL
PENALIDAD
MES DE FEBRERO DEL 2019



206. Dichos informes especiales fueron emitidos por el Consorcio Supervisor Oyón con los cuales detallan las penalidades aplicadas incluyendo las referidas a la aplicación de las “otras penalidades” reguladas en el punto 19.7 por la falta de equipos.
207. Dichos documentos han causado convicción en este colegiado de que la Entidad ha cumplido con el requisito de contar con los informes especiales del supervisor para cumplir con el procedimiento de la acreditación de la penalidad.
208. Asimismo, el procedimiento regulado en el punto 19.7 es claro al indicar que la penalidad se aplicará en caso el contratista no contara con el equipo ofertado para la ejecución de la obra de acuerdo con el calendario de movilización de equipo.
209. Al respecto, se advierte que el contratista no ha acreditado que no se encuentre en ese supuesto. Por el contrario indicó en su demanda que **dado que hubo incompatibilidades entre el informe, los planos y el terreno y que se difirió el inicio del plazo de ejecución de la obra ello no justificaría que se cuente o movilice al lugar de la obra equipos de su oferta.**
210. Sin embargo, se debe tener presente que la penalidad es clara en su redacción y dado que el contratista no ha acreditado haber cumplido con contar con los equipos conforme lo requerido en el contrato, no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada por el supuesto 19.7 referido a la falta de equipos en la obra.
211. Por las razones precedentes este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **INFUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda** y en consecuencia no corresponde dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición.
212. En lo que se refiere a la pretensión subordinada a la sexta pretensión principal de la demanda se tiene que es la siguiente:

Décima Novena Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

213. Conforme ya se ha analizado en el presente caso en pretensiones anteriores, este colegiado ha llegado a la conclusión de que no es posible aplicar el artículo 1346 del Código Civil de manera supletoria al presente proceso ya que el mismo es incompatible con la naturaleza de la normativa de la contratación pública, y contraria al contrato y las bases. En ese sentido, no es necesario llenar vacío alguno debido a que las “otras penalidades” están debidamente reguladas en los documentos que forman parte del contrato y la normativa aplicable.
214. En ese sentido, el Tribunal Arbitral se remite al análisis y sustento efectuado al momento de pronunciarse sobre la aplicabilidad del artículo 1346 del Código Civil.
215. Además, es necesario precisar que este Tribunal Arbitral no ha encontrado razones distintas para poder reducir las penalidades solicitadas, más aún cuando al resolver la anterior pretensión se ha indicado que el contratista no ha acreditado haber cumplido con contar con el equipo ofertado y por el contrario ha manifestado que según su posición, debido a que se difirió el plazo de ejecución de la obra no se justificaría movilizar los equipos de su oferta conforme con lo siguiente:

7.160. Hacemos notar que las circunstancias antes descritas que motivaron la postergación del plazo y que fueron también advertidas al momento de la entrega del terreno, las cuales no le son atribuibles al CVA sino a las deficiencias del Expediente técnico entregado por PROVIAS entre otros, y que incluso persisten en la zona de obra hasta el momento, han impedido que el CVA pueda avanzar en la ejecución de acuerdo a lo planificado y en dicha medida, en algunos casos, producto de ello no se justifica que cuente o que movilice al lugar de la obra equipos de su Oferta.

216. Teniendo en consideración lo precedente corresponde declarar **INFUNDADA la pretensión subordinada a la sexta pretensión principal de la demanda** y en consecuencia no corresponde reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

217. Continuando con el análisis de las pretensiones del contratista se tiene la siguiente:

Vigésima Cuestión Controvertida referida a la Séptima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7

218. Conforme se ha analizado precedentemente el Tribunal Arbitral no ha determinado que se reduzcan o ni que se dejen sin efecto las penalidades por los conceptos 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.

219. Por ello, no corresponde ordenar devolución alguna por esos conceptos y por ello corresponde declarar **INFUNDADA la séptima pretensión principal de la demanda** y determinar que no corresponde ordenar a Provias Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.

220. La octava pretensión principal de la demanda es la siguiente:

Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Octava Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo

221. Sobre este particular el contratista ha manifestado lo siguiente:

- 7.173. Lo que el CVA reclama a través de las respectivas pretensiones es que PROVIAS le haya aplicado y descontado a través de las Val. de la 1 a la 15 (**Anexo 52**), la penalidad descrita en el numeral 19.2 de la Cláusula Décimo Novena del CONTRATO, alegando supuestos de ausencia de personal, y al mismo tiempo, haya efectuado descuentos de gastos generales, justificado en el referido supuesto de ausencia.
- 7.174. Para ilustración del Tribunal indicamos que PROVIAS, tal como consta en la parte pertinente de las valorizaciones del contrato que se acompañan a la presente demanda (**Anexo 52**) para el descuento de los gastos generales atribuye ausencia de profesionales, según "tarea del personal profesional esp. Del gasto general del contratista de obra". Así a través de los Cuadros N° 4 y N° 5 que incluye en las valorizaciones, a discreción, establece por mes: el N° días asistidos, N° días de falta. Y según ello aplica un factor de descuento al sueldo de cada profesional registrado, en función de lo que determina el monto a descontar por concepto de gastos generales.
- 7.175. A continuación ilustramos lo pertinente de las valorizaciones:

Valorización 1- setiembre de 2018.

GASTOS GENERALES VARIABLES

1.0 ADMINISTRACION Y GENERALES DE OBRA

1.1 PERSONAL NECESARIO EN OBRA

A) - PERSONAL PROFESIONAL

CANT.	PERSONAL	MESES DESCUENTO	SUELDO	COSTO	TOTAL DESCUENTO
1	INGENIERO RESIDENTE	0.20	14,500.00	2,900.00	
1	INGENIERO DE PRODUCCIÓN	0.43	12,000.00	5,160.00	
1	INGENIERO DE TRAZO, EXPLANACIONES Y TOPOGRAFÍA	0.43	10,300.00	4,429.00	
1	INGENIERO DE SUELOS Y PAVIMENTOS	0.70	10,300.00	7,210.00	
1	INGENIERO OBRAS DE ARTE / HIDRÁULICO	0.70	10,300.00	7,210.00	
1	INGENIERO DE METRADOS Y VALORIZACIONES	0.40	8,000.00	3,600.00	
1	ESPECIALISTA AMBIENTAL	0.43	9,000.00	3,870.00	
1	INGENIERO SEGURIDAD DE OBRA	0.43	6,000.00	2,580.00	
1	INGENIERO CONTROL DE CALIDAD	0.70	6,000.00	4,200.00	
1	ADMINISTRADOR DE CONTRATO DE OBRA	0.666	13,000.00	8,658.00	
TOTAL					49,817.00

Nota:

Mes descuento ESP 11 al 23.09.18 0.43

Mes descuento ESP 10 al 30.09.18 0.70

Mes descuento Ing. Residente y ESP 06 días y 12 días, 0.20 y 0.40 respectivamente

AUSENCIA DEL PERSONAL PROFESIONAL DEL CONTRATISTA EN OBRA																																
CAPÍTULO 4. NUMERAL 10. OBLIGACIÓN DE ENTREGA DEL PERSONAL DEL CONTRATISTA EN OBRA, AL 107 MAR/19																																
ITEM	NOMBRE DE ESPECIALISTA	CARGO ESPECIALISTA	MES SETIEMBRE DEL 2019																												Días Aus.	Folios
			01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28		
1	Richard Pedro-Ramón Toledo	Ing. Residente de Obra	x																											4	0.30	
2	Juan Carlos Pizarro López	Ing. en Mantenimiento y Rehabilitación	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	13	0.40	
3	Rafael Juan Villalobos Saez	Ing. de Producción	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	13	0.40	
4	Jaime David Fortino Suárez	Ing. de Suelos y Pavimentos	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	21	0.70	
5	Jaime Felipe Cortés	Especialista en Puentes, Obras de Arte y Drenaje	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	21	0.70	
6	Piero Cardenas Villalobos	Especialista Ambiental	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	13	0.40	
7	Alfonso Eduardo Capill Bagnulo	Ing. de Control de Calidad Control Vial	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	21	0.70	
8	Juan Pedro Flores Mingo	Ing. de Tránsito, Esplanadas y Topografía	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	13	0.40	
9	Teodoro Manuel Huamancos Quipe	Responsable en Seguridad en Obra y Salud Ocupacional	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	13	0.40	
10	José Antonio Rojas Ochoa	Administrador de Control de Obra	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	28	0.967	

7.176. Cabe precisar que tal es la discreción de PROVIAS para determinar la ausencia o no de los profesionales del CVA para efectos de proceder con el descuento del referido concepto de gastos generales, que en un primer momento en las valorizaciones, para efectos de determinar la ausencia del profesional, PROVIAS no tomaba en cuenta los periodos de descanso, etc. indicados en las bases; no obstante en siguiente momento, a discreción, determina que no pueden ser mayores a 7 días, y en dicha medida incorporar nuevos criterios para determinar la ausencia o no del personal.

7.184. Como se ha expuesto en los párrafos precedentes, los gastos generales variables son aquellos que se encuentran relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, por lo que dada su naturaleza siguen existiendo o generándose a lo largo de la ejecución de la obra. Cualquier ampliación o reducción del plazo de ejecución de la obra que se apruebe tiene un impacto en los mismos.

7.185. De lo señalado tendremos que, como **el monto calculado en una obra como Gasto General Variable está en función al tiempo previsto para su ejecución**, si el tiempo para ejecutar la obra se extiende, el gasto general variable se incrementa y si, por el contrario, el tiempo para ejecutar la obra se reduce el gasto general variable podría reducirse, de acuerdo con las reglas previstas para dicho efecto en el RLCE.

- 7.193. A continuación, pasamos a destacar la parte pertinente el Artículo 166 del Reglamento.

Artículo 166.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

- 7.194. De todo lo antes descrito, se tiene que lo que corresponde a través de los pagos a cuenta es pues el pago de los metrados ejecutado, **agregando los montos de los gastos generales y utilidad ofertados por el Contratista.** Nuevamente las disposiciones aplicables al Contrato, reconocen que el Contratista tiene derecho al referido concepto, y a que estos sean pagados según la oferta y agregándolos al monto que se pague por los metrados ejecutados. De ninguna manera las disposiciones antes citadas facultan a PROVIAS, como lo ha hecho, a reducir o disminuir al CVA el gasto general en los pagos a cuenta recibidos.
- 7.195. **Reiteramos pues que los conceptos incluidos dentro de la Oferta como Gastos Generales Variables son recursos que el Contratista asume para la ejecución de las obras durante el plazo de 720 días.**

- 7.198. Por ello, y aun cuando que resulta injustificado el proceder de PROVIAS, destacamos que en la medida que las valorizaciones **tienen el carácter de pago a cuenta** el CVA solicita que se ordene a la referida Entidad pagar mediante una siguiente valorización o al momento de la Liquidación, el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al CVA mediante las valorizaciones (**Anexo 50**) que se acompañan a la demanda y los que descuenta, justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra; y que incluso como se ha explicado en los puntos precedentes de esta demanda estuvo sujeto a penalidad también a la aplicación y descuento de una penalidad.

222. De la posición del contratista se advierte que dicha parte considera que se le ha descontado en las valorizaciones por la ausencia del personal descrita en el punto 19.2 de las penalidades y haya efectuado descuentos en los gastos generales. Indicó el contratista que los gastos generales le corresponden por el plazo de ejecución de la obra.

223. A fin de determinar lo alegado por el contratista este Tribunal Arbitral considera pertinente remitirnos al orden de prelación de los documentos contractuales los cuales son los siguientes:

CLÁUSULA SEGUNDA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

2.1 El presente Contrato se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias que en lo sucesivo se denominarán: **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, respectivamente.

2.2 Sólo en lo no previsto en este Contrato, en **LA LEY** y **EL REGLAMENTO**, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

2.3 Forman parte integrante del presente Contrato, el Expediente Técnico, las Bases Integradas de la Licitación Pública, así como las Oferta Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

2.4 El orden de prelación de los documentos que conforman el presente Contrato de Ejecución de Obra, es el siguiente:

2.4.1 El Expediente Técnico - Requerimientos Técnicos Mínimos
2.4.2 Bases Integradas (Absolución de Consultas y/o Observaciones).
2.4.3 Ofertas Técnica y Económica de **EL CONTRATISTA**.
2.4.4 El presente Documento Contractual.

224. Dentro del orden de prelación se tiene que las Bases integradas tienen el segundo orden de prelación. En dichas bases se regula lo siguiente:

XII. OBLIGACIÓN DE PERMANENCIA DEL PERSONAL DEL CONTRATISTA EN OBRA.

Es obligatoria la permanencia en obra de todo el personal del Contratista, de acuerdo a su oferta técnica. En los casos de ausencia del personal en obra por motivos de bajada o descanso por trabajos en zonas alejadas del hogar con una duración máxima de 07 días, de atención médica u otra causal, el Contratista está obligado a informar oportunamente al Supervisor y este a la Entidad de manera detallada, por medio escrito o vía correo electrónico en casos de emergencia, debiendo en este último caso regularizar tal comunicación.

Toda ausencia del personal no comunicada y no autorizada por la Entidad, será materia de descuento por los días que dure esta, no se admitirán ausencias de personal mayores a 07 días, las que en caso de presentarse serán consideradas como un incumplimiento contractual.

XIII. OTRAS PENALIDADES.

En aplicación del Artículo 134°.- Otras penalidades del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establecen las siguientes

PÁGINA 35 DE LAS BASES INTEGRADAS (PÁGINA 66 PDF “ANEXOS
DEMANDA CVS 1 A 5”)

225. Como se aprecia las bases integradas regulan la posibilidad de aplicar un DESCUENTO por TODA ausencia del personal. Asimismo, regula en acápite aparte las “otras penalidades” sin embargo los términos

utilizados en las bases no son los mismos. Esto quiere decir que por un lado uno es un DESCUENTO y el otro una PENALIDAD. No siendo iguales.

226. Si nos remitimos a la definición de la palabra “DESCUENTO”, que proviene de DESCONTAR se tiene lo siguiente: “tr. Rebajar algo del mérito o virtudes que se atribuyen a alguien”¹².
227. Por otro lado tenemos que la finalidad de las penalidades es: “es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo”¹³.
228. Por ello, es claro que son dos supuestos diferentes por un lado la penalidad y por el otro el descuento. Ambos supuestos están establecidos en las bases integradas que han quedado firmes y las cuales forman parte del Contrato.
229. En lo que se refiere a la aseveración del contratista en el párrafo 7.176 de su demanda en la cual indicó que PROVIAS no tomaba en cuenta los periodos de descanso, etc indicados en las bases; no obstante en siguiente momento, a discreción determina que no pueden ser mayores a 7 días y en dicha medida incorpora nuevos criterios para determinar la ausencia o no del personal, se tiene que en las bases integradas se ha regulado específicamente que la ausencia del personal no puede superar los 7 días lo que incluye a los supuestos de descanso:

XII. OBLIGACIÓN DE PERMANENCIA DEL PERSONAL DEL CONTRATISTA EN OBRA.

Es obligatoria la permanencia en obra de todo el personal del Contratista, de acuerdo a su oferta técnica. En los casos de ausencia del personal en obra por motivos de bajada o descanso por trabajos en zonas alejadas del hogar con una duración máxima de 07 días, de atención médica u otra causal, el Contratista está obligado a informar oportunamente al Supervisor y este a la Entidad de manera detallada, por medio escrito o vía correo electrónico en casos de emergencia, debiendo en este último caso regularizar tal comunicación.

Toda ausencia del personal no comunicada y no autorizada por la Entidad, será materia de descuento por los días que dure esta, no se admitirán ausencias de personal mayores a 07 días, las que en caso de presentarse serán consideradas como un incumplimiento contractual.

XIII. OTRAS PENALIDADES.

En aplicación del Artículo 134°.- Otras penalidades del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establecen las siguientes

¹² <https://dle.rae.es/descontar?m=form>

¹³ Opinión N° 052-2022/DTN.

En ese sentido, se advierte que la Entidad ha procedido a efectuar el descuento conforme la habilita el contrato, en consecuencia la octava pretensión principal de la demanda deviene en INFUNDADA. Como consecuencia no corresponde declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo.

La novena pretensión de la demanda del contratista es la siguiente:

Vigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Novena Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar mediante una valorización el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al Consorcio Vial Ambo mediante las valorizaciones que se acompañaron a la demanda y que descuenta justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra que está sujeto a penalidad 19.2.

Sobre el particular el contratista ha manifestado lo siguiente:

De acuerdo con lo resuelto en la pretensión anterior, no se ha dejado sin efecto las “otras penalidades” ni los descuentos a los que la Entidad se encontraba autorizada a efectuar conforme lo regulado en las bases integradas que forman parte del contrato.

Teniendo en cuenta lo precedente este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar INFUNDADA la novena pretensión principal de la demanda y en consecuencia no corresponde ordenar a Provias Nacional pagar mediante una valorización el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al Consorcio Vial Ambo mediante las valorizaciones que se acompañaron a la demanda y que descuenta justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra que está sujeto a penalidad 19.2

Continuando con el análisis de las pretensiones del contratista se tiene las siguientes:

Vigésima Segunda Cuestión Controvertida referida a la Décima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo al Contrato y la normativa aplicable, es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante Provias Nacional y que esta tiene la obligación de pronunciarse sobre las mismas dentro de ocho (8) días de presentadas

230. Sobre este particular el contratista ha manifestado lo siguiente:

- 8.4. Estas solicitudes de cambio, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, se presentaron directamente ante PROVIAS, y en su oportunidad, contaron con un pronunciamiento de ésta, aprobándolos; siendo que en ningún momento se presentaron cuestionamientos u observaciones al cumplimiento del procedimiento seguido por el CVA para solicitar el reemplazo de los profesionales. Sin embargo, en un segundo momento, enero de 2020, sin mayor justificación, PROVIAS pretendió alterar dicho procedimiento, alegando que este debía iniciarse ante la Supervisión y no directamente ante PROVIAS.
- 8.5. Esto ocasionó que por un período importante de tiempo el CVA, pese a contar con los profesionales sustitutos o de reemplazo, no pudiera avanzar los trabajos según lo programado debido a que PROVIAS y la Supervisión cuestionaban su participación, alegando que los reemplazos no habían quedado aprobados por PROVIAS. Esto porque la propia ENTIDAD, en este segundo momento, omitió pronunciarse expresamente sobre la aprobación de dichos cambios solicitados por el CVA.
- 8.6. Sobre el particular, como premisa, debemos señalar que el Contrato no contempla un procedimiento para la sustitución o reemplazo de profesionales. Dicho, nos remitimos al artículo 162 del Reglamento que establece que establece que, "(...) el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado", regulando un procedimiento para tal efecto.
- 8.7. A continuación pasamos a incluir lo recogido en el Artículo 162 del RLCE que recoge el procedimiento a seguir por el CVA en el marco de la ejecución de este CONTRATO para el reemplazo de los profesionales:

- 8.8. De las disposiciones antes incluidas se tiene que la sustitución del personal propuesto debe solicitarse a la Entidad quince (15) días antes de que se culmine la relación contractual entre el Contratista y el personal a ser sustituido; y, si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud, la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.
- 8.9. **La disposición es clara respecto al pronunciamiento que debe emitir PROVIAS cuando está ante una solicitud de cambio de profesionales por el CVA. En principio, PROVIAS como lo hizo en un primer momento, puede emitir un pronunciamiento al respecto, aprobándolo y/o observando al profesional propuesto debido a que no cumple con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado; no obstante, si decide u opta por no emitir pronunciamiento, entonces procede la consecuencia establecida en el citado artículo 162 del RLCE, que es la de considerarse aprobada la sustitución.**
- 8.10. **Esto ocurre así, por la que la finalidad de la norma precisamente es dar continuidad a la ejecución de la obra. La omisión de la Entidad o el hecho**

de que ésta no emita pronunciamiento, no puede pues generar un efecto negativo en el avance del proyecto, y por ello no existe discusión respecto a que ante la falta de pronunciamiento de PROVIAS, lo que corresponde es considerar aceptado el cambio de profesional, en la medida que no existe observación al profesional propuesto debido a que no cumple con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado. Ciertamente es que si hubiera tal observación, la Entidad debe emitir pronunciamiento en el plazo de ocho (8) días.

- 8.11. Destacamos pues que en el presente caso, que es materia de controversia, lo que ocurrió es que, cuando en enero de 2020, luego de más de un año de ejecución de la obra y aprobadas varias solicitudes de cambio de profesionales con anterioridad, el CVA presentó solicitudes de reemplazo de profesionales a PROVIAS, esta, sin base contractual ni legal, adoptó la posición de desconocer la aprobación de los cambios propuestos en aplicación del artículo 162 del RLCE, dado que no fueron materia de pronunciamiento expreso dentro del plazo legal de ocho (8) días, aduciendo que tales solicitudes debían ser presentadas únicamente a través de la Supervisión.
- 8.12. Destacamos pues que de acuerdo con el artículo 162 del Reglamento antes citado, lo que se establece es que *el contratista **puede solicitar a la Entidad** le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado*. Asimismo, dicho artículo dispone que *“si dentro de los ocho (8) días siguientes **de presentada la solicitud a la Entidad** no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución”*.

- 8.13. Ni el CONTRATO ni el citado artículo Reglamento establecen como parte del procedimiento de cambio supuestos bajo los cuales la Supervisión deba evaluar el cambio de los profesionales solicitados por el Contratista. Tampoco que tenga que contarse con opinión alguna de la referida supervisión respecto de la experiencia y calificaciones del profesional de reemplazo.
- 8.14. Destacamos pues que la única justificación para que no quede aprobado un reemplazo es que el profesional propuesto no cumpla con la experiencia y calificaciones del profesional a ser reemplazado, siendo la única facultada para emitir este pronunciamiento de manera justificada la propia Entidad contratante y no la supervisión.
- 8.15. Pasamos a describir los hechos materia de controversias. Así, el 22 de enero de 2020, el CVA cumplió con presentar a PROVIAS las siguientes solicitudes de reemplazo de tres (3) profesionales en la Obra:
- Carta N.º 042-2020-CVA-RO (**Anexo 53**), para el cambio del Responsable en Seguridad en Obra y Salud Ocupacional.
 - Carta N.º 043-2020-CVA-RO (**Anexo 54**), para el cambio del Ingeniero de Suelos y Pavimentos.
 - Carta N.º 044-2020-CVA-RO (**Anexo 55**), para el cambio del Ingeniero de Control de Calidad.
- 8.16. Sin embargo, contrario a sus propios actos y a lo previsto en el citado Artículo 162 del RLCE, el 28 de enero de 2020, mediante Oficio N.º 053-2020-MTC/20.22.2 (**Anexo 56**), PROVIAS indicó al CVA que, de acuerdo a lo indicado en el acápite XIII del Requerimiento de las Bases Integradas, ***“toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la supervisión de obra, debido a que, en su calidad de asesores técnicos de la Entidad, deben evaluar la razonabilidad del cambio y evaluar si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor”***.

- 8.17. Por ello, el 31 de enero de 2020, mediante Carta N.º 082-2020-CVA-RO (**Anexo 57**), el CVA respondió a PROVIAS manifestando su desacuerdo frente a lo expuesto en el Oficio N.º 053-2020-MTC/20.22.2, destacando que lo que corresponde es presentar las solicitudes en cuestión directamente a la Entidad, tal como se había hecho desde el inicio del plazo de ejecución del Contrato para las solicitudes de cambio de profesionales presentadas previamente, sin que haya ameritado algún cuestionamiento por parte de la Entidad.
- 8.18. En dicha oportunidad, por Carta N.º 082-2020-CVA-RO (**Anexo 58**), el CVA dejó constancia que en los documentos contractuales no se establecía, como condición para aprobar las solicitudes de reemplazo de profesionales, una evaluación de “razonabilidad” o de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor por parte de la Supervisión; y que por el contrario, si está establecida la obligación de PROVIAS de pronunciarse sobre tales las solicitudes en un plazo legal de ocho (8) días, que vencía el 3 de febrero de 2020.
- 8.19. Es el caso que PROVIAS no emitió pronunciamiento dentro del plazo de ocho (8) días establecido en el artículo 162 del Reglamento.
- 8.20. De ahí que, en atención a que PROVIAS, pese a lo manifestado por el CVA por Carta N.º 082-2020-CVA-RO (**Anexo 59**), no comunicó pronunciamiento al respecto, ni comunicó al CVA observación alguna sobre la experiencia y calificaciones de los profesionales propuestos, el 5 de febrero de 2020, el CVA comunicó a PROVIAS mediante Carta N.º 103-2020-CVA-RO (**Anexo x 60**), que el plazo para pronunciarse sobre las solicitudes de cambio presentadas el 22 de enero de 2020, venció el 3 de febrero de 2020, por lo que en la medida que no recibió pronunciamiento de la Entidad, los profesionales propuestos se entienden aprobados a partir del 4 de febrero de 2020, iniciando en esta fecha sus actividades.
- 8.21. Esto también fue puesto en conocimiento e informado por el CVA a la Supervisión mediante Carta N.º 107-2020-CVA-RO (**Anexo 61**), notificada el 6 de febrero de 2020, en la medida que representa a PROVIAS en la obra y para efectos precisamente que los profesionales sustitutos o de reemplazo concretaran el inicio de sus actividades de acuerdo a lo previsto e informado a PROVIAS.

8.22. Pese a lo antes descrito y a que la propia Entidad fue la que dejó de emitir pronunciamiento sobre los pedidos de cambio iniciados por el CVA el 22 de enero de 2020, PROVIAS, el 6 de febrero de 2020, vencido el plazo para su pronunciamiento, mediante Oficio N° 082-2020-MTC/20.22 (**Anexo 62**), insistió en su posición de que las solicitudes de cambio de profesionales primero debían

ser presentados a la Supervisión, y señaló que no había dado conformidad ni aprobado las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el CVA; pretendiendo con ello omitir lo establecido expresamente en el Artículo 162 del RLCE.

8.23. Este Oficio fue remitido por PROVIAS a la Supervisión mediante correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2020 (**Anexo 63**), indicándoles que no habían autorizado ningún cambio de profesionales en el 2020. Lo que motivó como se mencionó en los párrafos, interrupciones, en el avance de los trabajos y el desarrollo de las actividades por los profesionales del Contratista.

8.24. Como se ha dicho por un periodo importante de tiempo el CVA, pese a contar con los profesionales sustitutos o de reemplazo aprobados según lo expresamente dispuesto en el Artículo 162 del RLCE, no pudiera avanzar los trabajos según lo programado debido a que PROVIAS y la Supervisión cuestionaban su participación, alegando que los reemplazos no habían quedado aprobados por PROVIAS como se ha mencionado.

8.25. No solo la propia ENTIDAD omitió pronunciarse expresamente sobre la aprobación de dichos cambios solicitados por el CVA, sino que además pretendió modificar un procedimiento expresamente establecido en el RLCE; ocasionando una vez más interrupciones y complicaciones en la gestión de la ejecución de la obra a cargo del CVA, acentuando el atraso, entre otros.

8.26. Lo antes descrito queda en evidencia, con la Carta N.° 134-2020-CSO/JS (**Anexo 64**) de la Supervisión del 10 de febrero de 2020, mediante la cual en línea con la posición de PVN, comunicó al CVA que continuaría coordinando los trabajos con los tres (3) profesionales de la Oferta del CVA, es decir, desconociendo que la sustitución de los profesionales había quedado aprobada por PROVIAS el 4 de febrero de 2020 y por ende que los profesionales reemplazantes eran los facultados para cualquier coordinación relativa a la obra a partir de fecha.

- 8.27. Con fecha 13 de febrero 2020, mediante Carta N.º 114-2020-CVA-RO (**Anexo 65**), el CVA rebatió lo expuesto en el Oficio N.º 082-2020-MTC/20.22 de PROVIAS, comunicando que sometería esta controversia a arbitraje, en la medida que limitada la ejecución de los trabajos con los profesionales en obra. Ello pese a que los cambios efectuados habían quedado aprobados de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 162 del RLCE.
- 8.28. Descrito lo anterior, queda demostrado, contrario a lo que pretendió sostener PROVIAS, ni el Contrato ni el citado artículo 162 del RLCE establecen como parte del procedimiento de cambio supuestos bajo los cuales la Supervisión deba evaluar el cambio de los profesionales solicitados por el Contratista. Tampoco que tenga que contarse con opinión alguna de la referida supervisión respecto de la experiencia y calificaciones del profesional de reemplazo.
- 8.29. Por ello, las solicitudes de cambio presentadas por el CVA con fecha enero de 2020, directamente ante PROVIAS, y en su oportunidad, quedaron aprobadas de conformidad con lo dispuesto en el referido Artículo 162 del RLCE, luego del 3 de febrero de 2020 que venció el plazo para que la referida Entidad se pronunciara al respecto.
- 8.30. Reiteramos pues que a enero de 2020 cuando surge esta controversia sobre la interpretación de las reglas aplicables al Contrato para el reemplazo de profesionales, PROVIAS ha habido efectuado pronunciamientos sobre solicitudes presentadas por el CVA, siendo que en ningún momento antes de dicha fecha presentó cuestionamientos u observaciones al cumplimiento del procedimiento seguido por el CVA para solicitar el reemplazo de los profesionales. Por ello, rechazamos que a enero de 2020, sin mayor justificación, PROVIAS haya pretendido alterar dicho procedimiento, alegando que este debía iniciarse ante la Supervisión y no directamente ante PROVIAS.
- 8.31. Este proceder de PROVIAS contrario a sus propios actos y lo establecido en el RLCE solo ocasionó demoras en la ejecución de los trabajos, pues pese a contar con los profesionales sustitutos o de reemplazo aprobados, la Supervisión por instrucción de PROVIAS cuestionó su participación, entorpeciendo el ejercicio

de las funciones del referido profesional. Por lo que dejamos constancia que el proceder de PROVIAS en la ejecución del contrato ha entorpecido y afectado la planificación del CVA, lo que deberá ser valorado por el Tribunal al momento de resolver.

231. De la posición del contratista se advierte que dicha parte cuestiona la decisión de la Entidad emitida en el oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 del 28 de enero de 2020 y manifestó que la Entidad le había aprobado antes del 2020 cambio de profesionales, por lo que cuestiona el acto propio de la Entidad.
232. Asimismo, dado que presentó su solicitud de cambio de profesionales a PROVIAS NACIONAL el 22 de enero de 2020, y dicha parte considera que la Entidad no se habría pronunciado dentro del plazo de 8 días, de conformidad con la interpretación del contratista respecto al artículo 162 del RLCE, el pedido de cambio de profesionales habría quedado aprobado.
233. Además, alegó que ni el RLCE ni el contrato establecen supuestos en que el Supervisor deba evaluar el cambio de los profesionales solicitado por el contratista.
234. Conforme se ha determinado en este caso es de aplicación la Ley N° 30225 y el reglamento del D.S. 350-2015-EF y sus modificaciones a julio de 2017, dentro de esas modificaciones es aplicable la del D.S. 056-2017-EF vigente del 03.04.2017 al 29.01.2019.
235. En tal sentido tenemos el artículo 162 del RLCE contenido en el D.S. 350-2015-EF que regula lo siguiente:

/

Artículo 162.- Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado

Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta debe ser descalificada.

Excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado.

La sustitución del personal propuesto debe solicitarse a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.

En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado, la Entidad le aplica al contratista una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra.

236. En efecto, conforme lo indicó el contratista el artículo 162 hace referencia a que la sustitución del personal debe solicitarse a la Entidad.
237. Ahora bien, en lo que respecta al supervisor y sus funciones las mismas se encuentran reguladas en el artículo 160 del RLCE (D.S: N° 056-2017-EF):

Artículo 160.- Funciones del Inspector o Supervisor

160.1. La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

160.2. El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. No obstante lo señalado, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

160.3. El contratista debe brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con esta."

238. Por normativa de contrataciones del Estado, las Entidades deben contar con un inspector o supervisor que controle los trabajos efectuados por el contratista y es responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, es lógico que dicho supervisor cumpla una serie de funciones dentro de la ejecución contractual.
239. En el presente caso, no se advierte de la lectura del artículo 162 del RLCE que se prohíba que el supervisor pueda recibir la solicitud para el reemplazo del personal. Si bien el referido artículo hace referencia a la Entidad, tampoco existe una prohibición a que pueda presentarse ante el supervisor.
240. Máxime si por ejemplo, las solicitudes de ampliación de plazo son presentadas conforme el artículo 170 del RLCE al supervisor para su evaluación. En ese sentido, queda claro para este colegiado que la norma no prohíbe que el supervisor reciba y/o evalúe distintos pedidos de los contratistas ejecutores más aun teniendo en cuenta que entre sus funciones se encuentra el velar por la correcta ejecución del contrato.

241. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde remitirnos a las condiciones establecidas en los documentos contractuales. Las bases integradas y el contrato mencionan lo siguiente:

13.4	Por reemplazar al Residente de Obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del contrato, y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada a 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.	Se aplicará una penalidad del 0.15% del monto del contrato original	Se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentada al Supervisor y/o Entidad. Esta penalidad, no se aplicará solo en los casos de muerte o enfermedad incapacitante del profesional a ser reemplazado. En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto al cambio de los profesionales.
------	--	---	---

PÁGINA 36 DE LAS BASES INTEGRADAS

19.4	Por reemplazar al Residente de Obra o cualquiera de los especialistas propuestos en su oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del contrato, y hasta el primer 50% del plazo de ejecución contractual, por considerarse que la contratación llevada a 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.	Se aplicará una penalidad del 0.15% del monto del contrato original	Se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentada al Supervisor y/o Entidad. Esta penalidad, no se aplicará solo en los casos de muerte o enfermedad incapacitante del profesional a ser reemplazado. En cada caso en particular, se determinará si cierto evento constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de penalizar o no al contratista en cuanto al cambio de los profesionales.
------	--	---	---

CLAUSULA DÉCIMO NOVENA DEL CONTRATO N° 073-2018-MTC/20

242. Conforme se advierte de la lectura de las bases integradas y el contrato, cuando se reemplaza un personal la solicitud de cambio puede ser presentada al Supervisor y/o Entidad.

243. En ese sentido, la Entidad a través del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 informó al contratista que sus pedidos de cambio de profesional deben ser tramitados a través del supervisor conforme se aprecia:

Lima, 28 ENE. 2020

OFICIO N° 053 -2020-MTC/20.22.2

Señor(es)
CONSORCIO VIAL AMBO
Av. Javier Prado N° 175, Ofc. 801
San Isidro - Lima

Atención : SR. MAURICIO RODRIGUEZ MONTERO
Representante Legal

Asunto : Devolución de solicitudes de reemplazo de profesionales
Obra: "Mejoramiento de la Carretera Oyón - Ambo, tramo I: Oyón - Desvío Cerro
do Pasco"
Contratista: CONSORCIO VIAL AMBO (Constructora Santa Fe LTDA Sucursal
del Perú, Grinor S.A. Sucursal del Perú y J.E. Construcciones Generales S.A.)
Contrato de Ejecución de Obra: N° 073-2018-MTC/20

Referencia : a) Carta N° 042-2020-CVA-RO; Exp. N° E-010476-2020/SEDCEN
b) Carta N° 044-2020-CVA-RO; Exp. N° E-010479-2020/SEDCEN
c) Carta N° 043-2020-CVA-RO; Exp. N° E-010483-2020/SEDCEN

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted respecto a los documentos de la referencia, a través de los cuales solicita el reemplazo del profesional Responsable en Seguridad en Obra y Salud Ocupacional, del Ingeniero de Control de Calidad y del Ingeniero en Suelos y Pavimentos, respectivamente.

Al respecto, de acuerdo a lo indicado en el numeral 13.4 del ítem XIII. OTRAS PENALIDADES de las Bases Integradas de Licitación de la obra, el reemplazo de los especialistas propuestos se acredita con la solicitud de cambio del contratista, presentarla al Supervisor y/o Entidad; en ese entendido, le informamos que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la supervisión de obra, debido a que en su calidad de asesores técnicos de la Entidad, deben evaluar la razonabilidad del cambio y evaluar si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, se devuelve los expedientes de cambio de especialistas para su trámite correspondiente ante la supervisión de obra.

Sin otro particular, me suscribo de Ud.

Atentamente,


ING. LUIS R. CHAVEZ OCAMPO
Subdirector
Subdirección de Obras de Carreteras
PROVIAS NACIONAL - MTC

ANEXO 65 DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO VIAL AMBO.

244. Conforme se ha analizado la norma aplicable (RLCE) no prohíbe la participación del supervisor específicamente en el trámite de cambio de profesionales, asimismo las bases y el contrato regulan que pueda presentarse al supervisor y/o Entidad.
245. Ahora bien, la norma regula en el artículo 162 que en caso de que la Entidad no emita pronunciamiento en el plazo de 8 días se considera aprobado el cambio, sin embargo, en este caso sí hubo pronunciamiento (rechazando su admisión a trámite) por parte de la Entidad a través del oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 del 28 de enero de 2020 con el cual le indica al contratista que debe presentar su solicitud ante el supervisor y devuelve los expedientes.
246. En ese sentido, de las bases y el contrato se dejó abierta la posibilidad de tramitar las solicitudes de cambio tanto ante la propia Entidad como ante el supervisor, y dado que la Entidad en una decisión de gestión consideró que el contratista debía presentar su solicitud ante el supervisor, ello no se encuentra en contra del contrato ni las bases ni el RLCE y debía ser cumplido por el contratista. Por el contrario, la solicitud del contratista no fue admitida a trámite por la Entidad sino que fue observada (y devuelta) por contener un defecto, esto es, que debe ser presentada al supervisor habilitado por contrato y bases integradas a recibir la solicitud, no siendo por ende posible entender como aprobado el cambio de profesionales por falta de pronunciamiento de la Entidad.
247. Ahora bien, es menester aclarar que la pretensión del contratista bajo análisis es declarativa siendo que tanto el contrato como las bases integradas abren la posibilidad de presentar solicitudes tanto ante la supervisión como ante la Entidad. Es decir, que cuando el contratista solicita que se declare que de acuerdo con el contrato y normativa aplicable es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante Provias Nacional (Entidad) ello se condice con la realidad de lo estipulado en el contrato y bases, así como también es posible presentarlas ante el supervisor, al haberse redactado como “Supervisor y/o Entidad”
248. Es decir, el contratista solicita que se declare un aspecto del contrato que se condice con la realidad de lo estipulado en el contrato y bases, siendo esa la declaración de este colegiado y ello no significa que la solicitud de cambio o reemplazo de profesionales no pueda ser presentada ante el supervisor ni que la norma aplicable excluya la participación del supervisor.

249. En consecuencia, dado que el pedido efectuado en la pretensión del contratista se encuentra ajustado a lo que ha sucedido en el presente caso así como a lo regulado en el contrato y las bases integradas corresponde declarar **FUNDADA la décima pretensión principal de la demanda** y este Tribunal Arbitral declara que, de acuerdo al Contrato y la normativa aplicable, es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante Provias Nacional y que esta tiene la obligación de pronunciarse sobre las mismas dentro de ocho (8) días de presentadas.

250. La undécima pretensión principal de la demanda es como sigue:

Vigésima Tercera Cuestión Controvertida referida a la Undécima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el Consorcio Vial Ambo mediante Cartas N° 042-2020-CVA-RO, N° 043-2020-CVA-RO y N° 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a Provias Nacional quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

251. Teniendo en cuenta lo resuelto en la pretensión anterior, este Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que en las bases y el contrato se dejó abierta la posibilidad de tramitar las solicitudes de cambio tanto ante la propia Entidad como ante el supervisor, y dado que la Entidad en una decisión de gestión consideró que el contratista debía presentar su solicitud ante el supervisor, ello no se encuentra en contra del contrato ni las bases ni el RLCE y debía ser cumplido por el contratista. Por el contrario, la solicitud del contratista no fue admitida a trámite por la Entidad sino que fue observada (y devuelta) por contener un defecto, esto es, que debe ser presentada al supervisor habilitado por contrato y bases integradas a recibir la solicitud, no siendo por ende posible entender como aprobado el cambio de profesionales por falta de pronunciamiento de la Entidad.

252. En ese sentido, conforme a lo ya analizado no corresponde declarar que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el Consorcio Vial Ambo mediante Cartas N° 042-2020-CVA-RO, N° 043-2020-CVA-RO y N° 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a Provias Nacional quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de

pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

253. En consecuencia corresponde declarar **INFUNDADA la undécima pretensión principal de la demanda** y no corresponde declarar que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el Consorcio Vial Ambo mediante Cartas N° 042-2020-CVA-RO, N° 043-2020-CVA-RO y N° 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a Provias Nacional quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

254. La duodécima pretensión principal de la demanda es la siguiente:

Vigésima Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Duodécima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que cualquier atraso o impacto en el plazo producto de este cambio del proceder de Provias Nacional o cuestionamiento a la participación de los profesionales es atribuible a Provias Nacional y por ende no justifica la aplicación de penalidad alguna al respecto o de cualquier sanción que pudiera pretender aplicar Provias Nacional al Consorcio Vial Ambo

255. De acuerdo con lo que se ha analizado precedentemente tanto el RLCE como las bases integradas como el contrato dan la posibilidad de que las solicitudes de cambio de personal puedan ser presentadas al supervisor y/o Entidad. En ese sentido, la Entidad tenía la facultad o decisión de gestión de poder solicitar al contratista que se canalice el pedido a través de la supervisión, lo cual efectuó a través del oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 del 28 de enero de 2020.

256. Por ende, dado que los documentos contractuales otorgan la posibilidad a que las solicitudes de cambio de personal sean efectuadas a través del supervisor no se puede penalizar lo considerado por la Entidad en su oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 del 28 de enero de 2020 y siendo que el contratista continuó formulando solicitudes ante la propia Entidad, la cual se pronunció conforme con lo siguiente:

OFICIO N° 082 -2020-MTC/20.22.2

Señor (es)
CONSORCIO VIAL AMBO
Av. Javier Prado N° 175, Ofic. 801
San Isidro - Lima



Atención : Sr. MAURICIO RODRÍGUEZ MONTERO
Representante Legal

Asunto : Obligación contractual para solicitar cambio de profesional ante la supervisión de obra
Obra: "Mejoramiento de la Carretera Oyón - Ambo, tramo I: Oyón - Desvío Cerro de Pasco"
Contratista: CONSORCIO VIAL AMBO (Constructora Santa Fe LTDA Sucursal del Perú, Grinor S.A. Sucursal del Perú y J.E. Construcciones Generales S.A.)
Contrato de Ejecución de Obra: N° 073-2018-MTC/20

Referencia : a) CARTA N° 103-2020-CVA-RO; Exp. N° 017332-2020/SEDCEN
b) OFICIO N° 076-2020-MTC/20.22.2

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted respecto al documento de la referencia a), a través del cual el Apoderado Alterno de su representada manifiesta que no han recibido pronunciamiento de la Entidad, aprobando o rechazando los reemplazos de tres profesionales propuestos.

Al respecto, se precisa que con fecha 04.feb.2020 se ofició el documento de la referencia b), con el cual se explica el procedimiento establecido en la entidad para la solicitud de cambio de profesionales; en consecuencia, no es correcto que no hayan recibido pronunciamiento de la entidad aprobando o rechazando los reemplazos propuestos; asimismo, se debe tener en cuenta que en la gestión contractual de un contrato de obra de nuestro país, las obligaciones contractuales no solo se rigen en la normativa de contrataciones, sino también en los documentos contractuales, como son: Contrato de ejecución de obra, Bases Integradas de licitación pública y el Expediente Técnico de la obra, etc. En ese entendido, tal como se manifestó en el Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 y el Oficio N° 076-2020-MTC/20.22.2, en las Bases Integradas se establece que los cambios de los profesionales primero se solicitan a la supervisión de obra y este informa a la Entidad sobre la solicitud, por tanto, son obligaciones contractuales que la empresa contratista debe cumplir debido a que los documentos contractuales lo exigen.

Respecto al segundo párrafo del documento, donde señalan:

Al respecto, como anunciamos en nuestra Carta de la referencia b), el día 3 de febrero de 2020, vencía el plazo de 8 días para que Provías Nacional se pronuncie sobre nuestras solicitudes. No obstante, hasta dicha fecha, no hemos recibido pronunciamiento de su representada aprobando o rechazando los reemplazos propuestos.

Sobre el particular, debemos precisar que de manera unilateral e ilegal no nos pueden plantear plazos perentorios, más aún, cuando sus solicitudes de reemplazo fueron devueltas; es decir, no fueron admitidas por no cumplir con los procedimientos de aprobación establecidas en los documentos contractuales y que desde el inicio de la obra fueron aceptadas por su representada al solicitar cambios de profesionales ante la supervisión de obra, como se aprecia en los documentos adjuntos (OFICIO N° 1634-2018-MTC/20.5).

257. Teniendo en cuenta lo precedente corresponde declarar **INFUNDADA la duodécima pretensión principal de la demanda** y en consecuencia no corresponde declarar que cualquier atraso o impacto en el plazo producto de este cambio del proceder de Provías Nacional o cuestionamiento a la participación de los profesionales es atribuible a Provías Nacional y por ende no justifica la aplicación de penalidad alguna al respecto o de cualquier sanción que pudiera pretender aplicar Provías Nacional al Consorcio Vial Ambo.

258. La pretensión accesoria a las pretensiones principales, accesorias y/o subordinadas es la siguiente:

Vigésima Quinta Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a las Pretensiones Principales, Accesorias y/o Subordinadas de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que se reconozca y pague los intereses legales sobre los montos que se ordene a pagar a favor del Consorcio Vial Ambo

259. Sobre esta pretensión el contratista ha manifestado lo siguiente:

IX. SOBRE LOS INTERESES A LOS QUE TIENE DERECHO EL CVA POR LOS MONTOS ORDENADOS PAGAR A PROVIAS EN ESTE ARBITRAJE:

- 9.1. En adelante, se desarrollará el sustento del derecho del CVA a que el Tribunal ordene a PROVIAS el reconocimiento de intereses respecto de los montos que ordene pagar a favor del CVA en este arbitraje, ya sea en cumplimiento del Laudo o al momento de la Liquidación del CONTRATO, según corresponda.
- 9.2. Así, considerando que algunas de las pretensiones solicitadas al Tribunal Arbitral consisten en que ordene a PROVIAS el reconocimiento de conceptos que han sido determinados en una suma de dinero; corresponde también al CVA el pago de los intereses correspondientes hasta el pago real de dicha suma.

Cierto es que, si se determina que corresponde a PROVIAS pagar al CVA los montos solicitados en este demanda; al momento del pago, la demandada se limitará a las cantidades de principal o capital demandada.

Pero como los pagos efectivos de tales compensaciones y resarcimientos ocurrirán sólo cuando termine el presente arbitraje, se dicte el laudo y éste sea ejecutado, qué duda cabe de que el CVA estaría recibiendo sumas que a la fecha de pago no compensan equitativamente lo demandado, pues debiendo haberlas recibido hace meses, sólo las cobrará tiempo después.

Lo expuesto deja en evidencia que, para que haya justicia y el CVA reciba valores que compensen su patrimonio, debe recibir también los correspondientes intereses de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 del RLCE y el Código Civil.

Los intereses deben ser el interés legal, de conformidad con los Artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil.

260. Teniendo en cuenta que en el presente caso no se le ha reconocido conceptos o montos dinerarios específicos en favor del contratista no corresponde analizar su pretensión accesorio, más aún teniendo en cuenta su naturaleza de acumulación accesorio.

261. Por ello, este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar que **CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la pretensión de que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que se reconozca y pague los intereses legales sobre los montos que se ordene a pagar a favor del Consorcio Vial Ambo del contratista.**

262. La décimo tercera pretensión principal de la demanda referida a los costos del arbitraje deberá ser analizada al final del laudo de manera conjunta con la pretensión accesorio de la reconvención de la Entidad, referida también a los costos.

263. Ahora, corresponde analizar las pretensiones de la reconvención de la Entidad, cuya primera pretensión reconvencional es:

Vigésima Séptima Cuestión Controvertida referida a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.

264. Al respecto la Entidad ha manifestado lo siguiente:

a) Primera pretensión principal: Sobre los argumentos para se declare la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.

1. En primer lugar, tenemos que la Resolución Directoral N°294-2019-MTC/20 de fecha 6 de marzo de 2019 evidencia el claro incumplimiento, por parte del contratista, de los requisitos de forma para que su solicitud de ampliación de plazo N° 1 sea concedida, tales como: (i) la anotación del inicio de la causal alegada no fue anotada por el residente de obra y (ii) el inicio de la causal alegada se configuró el 2 de noviembre de 2018, fecha en la cual se habría terminado la holgura de la actividad de habilitación del área del polvorín y no el 31 de octubre de 2018 (asiento N° 70 del cuaderno de obra), como de manera errada fue anotado.
2. Bajo este escenario, lo resuelto a través de la Resolución N° 294-2019-MTC/29 del 6 de marzo de 2019 se encuentra conforme a derecho; máxime aún si, cumple con los requisitos establecidos del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, al haber sido emitido por autoridad competente, contar con un objeto y contenido claro, preciso y física y jurídicamente posible, tener una finalidad pública, encontrarse debidamente motivado y estar premunido por el procedimiento regular.
3. En segundo lugar, tenemos que la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 de fecha 31 de marzo de 2019 evidencia el claro incumplimiento, por parte del contratista, de los requisitos de forma para que su solicitud de ampliación de plazo N° 1 sea concedida, tales como: (i) la anotación del inicio de la causal alegada no fue anotada por el residente de obra; (ii) la solicitud de ampliación de plazo fue presentada por el señor Pablo Daniel Eizmendi Cassese, quien firmó como representante legal alterno, sin hacer de conocimiento las facultades respectivas para dicho fin, más aún si, conformidad con lo establecido en el artículo 164° del Código Civil y el artículo 64° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, la actuación como representante legal debe encontrarse premunida de los respectivos poderes; (iii) no contaba con los recursos necesarios para ejecutar las partidas predecesoras a la partida 303.A – Sub Base Granular, lo que le impidió tener frente de trabajo y a su vez generó que el atraso generado le sea atribuible y (iv) tuvo conocimiento del requerimiento de pago por parte del supervisor a favor de la comunidad de Santo Domingo de Nava, desde octubre de 2018, generando un problema social inducido por la falta de pago para la disponibilidad del uso de los accesos a las canteras Yanamayo y Rupay.
4. En ese sentido, lo resuelto a través de Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 del 31 de marzo de 2019, se encuentra conforme a derecho, al haber sido emitido por autoridad competente, contar con un objeto y contenido claro, preciso y física y jurídicamente posible, tener una finalidad pública, encontrarse debidamente motivado y estar premunido por el procedimiento regular.

5. En tercer lugar, tenemos que la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20 de fecha 2 de julio de 2019, evidencia el claro incumplimiento, por parte del contratista, de los requisitos de forma para que su solicitud de ampliación de plazo N° 1 sea concedida, tales como: (i) no tuvo frentes de trabajo para la ejecución de las partidas 303.A Sub Base Granular y 303.B Base de Concreto Hidráulico $f_c=85 \text{ kg/cm}^2$, debido a que no contó los recursos necesarios, personal y equipo, para ejecutar sus partidas predecesoras; (ii) no culminó la instalación de las plantas de concreto y chancadora, habiendo transcurrido cuatro meses desde su liberación, lo cual impidió que pueda producir el concreto hidráulico; (iii) la falta de disponibilidad de las áreas auxiliares liberadas (accesos a las canteras Yanamayo y Rupay) que impidió realizar las actividades previas a estas partidas fue debido a que no realizó el pago oportuno por estas áreas, pese a que consideró en los gastos generales de su oferta montos más que suficientes para cubrir pago por las áreas auxiliares y (iv) no ha realizado las acciones necesarias a favor del cumplimiento del calendario de avance de obra, dado que, de no contar con los medios para realizar el pago por derecho de extracción de canteras de río pudo haber solicitado un adelanto de materiales a la Entidad, conforme las Bases Integradas. Sin embargo, no lo realizó oportunamente.
 6. En adición a ello, de la lectura del Oficio N° 283-2019-MTC/20.22.2 del 25 de abril de 2019, se desprende que los hechos suscitados en torno al procedimiento de ejecución coactiva fueron de responsabilidad del Consorcio, razón por la cual debió actuar de manera diligente, máxime si el contratista, conforme al presupuesto aprobado en el expediente técnico, está obligado a realizar los pagos correspondientes por los derechos de las obtenciones gestionadas por la Entidad.
 7. En consecuencia, lo resuelto a través de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20 del 02 de julio de 2019, se encuentra conforme a derecho, al haber sido emitido por autoridad competente, contar con un objeto y contenido claro, preciso y física y jurídicamente posible, tener una finalidad pública, encontrarse debidamente motivado y estar premunido por el procedimiento regular.
265. La Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20, fueron aquellas que denegaron las ampliaciones de plazo N° 1, 2 y 3, y fueron cuestionadas por el contratista mediante la primera, segunda y tercera pretensión principal de su demanda con las cuales solicitaron dejar sin efecto dichas resoluciones.
266. En ese sentido, las pretensiones del contratista con las que solicitaron dejarlas sin efecto fueron desestimadas, y por ende no se dejaron sin efecto las referidas resoluciones. Por ello, es claro que dichas resoluciones directorales no adolecen de aspectos que afecten su validez.

267. Teniendo en cuenta lo precedente corresponde declarar **FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención de la Entidad** y en consecuencia se declara la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.

268. La segunda pretensión principal de la reconvención es la siguiente:

Vigésimo Octava Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de las penalidades aplicadas en atención a los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20

269. En el presente pronunciamiento se ha analizado los cuestionamientos del contratista a las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 del contrato, los cuales se han declarado infundados en ese sentido, no se advierten elementos para cuestionar la validez de las referidas penalidades.

270. Teniendo en cuenta lo precedente, corresponde declarar la validez de las penalidades aplicadas. En consecuencia este Tribunal Arbitral declara **FUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención de la Entidad** y se declara la validez de las penalidades aplicadas en atención a los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20

271. La tercera pretensión principal de la reconvención de la Entidad es la siguiente:

Vigésimo Novena Cuestión Controvertida referida a la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.

272. Teniendo en cuenta lo resuelto en el presente pronunciamiento, habiéndose desestimado los cuestionamientos del contratista a las penalidades de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 y no existiendo fundamentos para dejar sin efecto los términos del contrato suscrito entre las partes, corresponde declarar la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 del contrato.

273. Por ello este Tribunal Arbitral declara **FUNDADA la tercera pretensión principal de la reconvención de la Entidad** y se declara la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.

274. La cuarta pretensión principal de la reconvención es la siguiente:

Trigésima Cuestión Controvertida referida a la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2. mediante el cual se comunicó al Consorcio Vial Ambo que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la Supervisión de Obra, debido a que en su calidad de asesor técnico de la Entidad debe evaluar la razonabilidad del cambio, si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor

275. En el presente caso se ha determinado que la solicitud del contratista no fue admitida a trámite por la Entidad sino que fue observada (y devuelta) por contener un defecto, esto es, que debe ser presentada al supervisor habilitado por contrato y bases integradas a recibir la solicitud, no siendo por ende posible entender como aprobado el cambio de profesionales por falta de pronunciamiento de la Entidad.

276. El oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2 fue emitido por la Entidad dentro de sus facultades contenidas en el contrato, bases integradas y RLCE. Asimismo no se ha cuestionado el referido oficio en el presente arbitraje por lo cual, no existen causales que afecten su validez ni pedido de declararlo inválido.

277. Por esas consideraciones este Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **FUNDADA la cuarta pretensión principal de la reconvención de la Entidad** y en consecuencia, se declara la validez del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2. mediante el cual se comunicó al Consorcio Vial Ambo que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la Supervisión de Obra, debido a que en su calidad de asesor técnico de la Entidad debe evaluar la razonabilidad del cambio, si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

PRETENSIONES SOBRE LOS COSTOS ARBITRALES:

278. Las pretensiones de las partes sobre los costos arbitrales son los siguientes:

Vigésima Sexta Cuestión Controvertida referida a la Décimo Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no condenar a Provias Nacional al pago de Costos y Costas del Arbitraje.

Trigésima Primera Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral ordene al Consorcio Vial Ambo que asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral

279. Al respecto, de la revisión del convenio arbitral contenido en la cláusula trigésimo octava del contrato de ejecución de obra N° 073-2018-MTC/20 no se advierte pacto de las partes sobre la asunción, condena o distribución de los costos arbitrales.

280. En ese sentido, corresponde remitirnos al artículo 73 del D.L. 1071:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. 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.

281. Debido a que no hay acuerdo de partes sobre la distribución de costos, los mismos serían a cargo de la parte vencida sin embargo, en el presente caso han existido 32 puntos controvertidos (que incluyen las pretensiones de cada parte sobre los costos arbitrales). De esos 32 puntos controvertidos 4 corresponden a pretensiones reconvencionales de la Entidad.

282. En ese sentido, se ha declarado fundadas las 4 pretensiones reconventionales de la Entidad y 2 pretensiones en favor del contratista. Teniendo ello en cuenta este colegiado estima pertinente que en este caso es razonable un prorrateo debido a que no se puede determinar una parte vencida, y al hecho de que ambas partes han tenido suficientes motivos para litigar y al hecho que ha existido liquidaciones separadas.

283. Por ello, este Tribunal Arbitral considera pertinente determinar que cada parte asuma la liquidación de honorarios arbitrales del tribunal y la secretaría arbitrales que le correspondía en atención a las liquidaciones separadas.

284. Teniendo en cuenta que en este caso se emitió una liquidación con fecha 16.10.20 con honorarios de cada árbitro en S/ 71,131.67 neto y tasa S/ 82,294.15 más IGV. Cada parte debía pagar el 50%. El Consorcio pagó todos esos montos en su totalidad incluyendo los montos en subrogación de la entidad.

285. Luego, la entidad pidió liquidación separada en función de que cada parte había planteado pretensiones. Así, se emitió el pronunciamiento de ajuste con liquidación separada el 24.1.22 con Honorarios del Tribunal para el Consorcio: S/ 160,638.36 neto para cada árbitro, Tasa del Consorcio S/ 197,374.18 más IGV. Honorario del Tribunal para la entidad: S/ 93,092.26 neto para cada árbitro, Tasa de la entidad: S/ 111,339.20 más IGV.

El Consorcio solo debía pagar los saldos resultantes de la resta del monto ajustado por cada concepto por lo ya pagado (cabe anotar que el Consorcio pidió fraccionamiento, el cual se otorgó por pronunciamiento del 18.5.22), mientras la entidad debía cancelar los montos completos reliquidados.

286. Al respecto, se advierte que cada parte pagó lo suyo respecto a este ajuste y liquidación separada. En consecuencia, no corresponde ordenar devolución alguna ya que ambas partes han cumplido con cancelar los honorarios de sus respectivas pretensiones.

287. Por otro lado, este Tribunal Arbitral dispone que cada parte asuma el gasto de sus respectivas defensas.

288. En ese sentido, ambas pretensiones de las partes referidas a la condena de gastos arbitrales son declaradas infundadas.

Por todas estas consideraciones el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS / FUNDADA / CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE sobre las siguientes pretensiones:

INFUNDADA:

Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20 del 6 de febrero de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 y, en consecuencia, se aprueben los 64 días calendarios solicitados.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 3,273,369.01 (Tres millones doscientos setenta y tres mil trescientos sesenta y nueve con 001/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 2,609,273.38 (Dos millones seiscientos nueve mil doscientos setenta y tres y 38/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

INFUNDADA:

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de utilizar área definida para el polvorín en Expediente Técnico, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora, por el periodo del 25 de setiembre de 2018 hasta el 1 de febrero de 2019.

INFUNDADA:

Cuarta Cuestión Controvertida referida a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 977-2019-MTC/20 del 31 de mayo de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 15 días calendarios solicitados.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 767,195.85 (Setecientos sesenta y siete mil ciento noventa y cinco con 85/100 soles) por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 995,140.18 (Novecientos noventa y cinco mil ciento cuarenta y 18/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

FUNDADA

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la falta de liberación de accesos de Canteras Yanamayo y Rupay, no es atribuible al Consorcio Vial Ambo y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el período del 10 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

INFUNDADA

Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución N° 1277-2019-MTC/20 del 2 de julio de 2019, al haberse cumplido las condiciones contractuales y legales para la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 y, en consecuencia, se otorgue al Consorcio Vial Ambo los 26 días calendarios solicitados.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Octava Cuestión Controvertida referida a la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar al Consorcio Vial Ambo la suma de S/. 1'329,806.14 (Un millón trescientos veintinueve mil ochocientos seis con 14/100 soles), por concepto de Mayores Gastos Generales, y la suma de S/. 1'538,377.20 (Un millón quinientos treinta y ocho mil trescientos sesenta y siete y 20/100 soles), por concepto de Costos Directos, derivados de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, más IGV, reajustes e intereses moratorios con la tasa de interés legal, contados a partir de la fecha en la que el demandado fue notificado con la petición de arbitraje hasta la fecha efectiva del pago.

INFUNDADA:

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que, en el supuesto en que se declare infundada la Tercera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que el atraso generado en la Obra, por la imposibilidad de extraer los agregados de las canteras Yanamayo y Rupay para su uso en la Obra, no es atribuible al CVA y, por ende, no corresponde que Provias Nacional aplique penalidad por mora por el periodo del 14 de noviembre de 2018 al 27 de abril de 2019.

INFUNDADA:

Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que la postergación del inicio del plazo de ejecución de Obra, por causas no atribuibles al Consorcio Vial Ambo configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y/o un supuesto que justifica que el Consorcio Vial Ambo no haya contado con el íntegro de los profesionales de la Oferta y por ende que haya solicitado su cambio una vez iniciada la ejecución.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que no cabe penalizar al Consorcio Vial Ambo por el cambio de los profesionales de la Oferta y/o no contar con ellos una vez iniciada la ejecución cuando menos hasta la sustitución del referido profesional con la aprobación del reemplazo por Provias Nacional debido a la especialización requerida de los profesionales.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Segunda Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, como consecuencia de que se declare fundada la Cuarta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial Ambo por los supuestos regulados en los numerales 19.1, 19.2 y 19.4 de las Cláusulas Décima Novena del Contrato.

INFUNDADA:

Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa de contrataciones con el Estado aplicable, no cabe aplicar por un mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 sino solo la que corresponda por tipicidad.

INFUNDADA:

Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir equitativamente las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

INFUNDADA:

Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4 aplicadas al Consorcio Vial Ambo por el cambio del Ingeniero de Calidad de Oferta.

INFUNDADA:

Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio del Ingeniero de Calidad de la Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, no cabe aplicar por el mismo supuesto de manera concurrente las penalidades 19.1, 19.2 y 19.4, sino la que corresponda por tipicidad.

INFUNDADA:

Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo penalidad por el cambio de Ingeniero de Calidad de Oferta, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir los montos descontados bajo concepto de penalidad, de acuerdo a lo siguiente:

- ☐ No cabe aplicar penalidad alguna durante el periodo que Provias Nacional evalúa a los profesionales sustitutos, desde la presentación de la solicitud de cambio hasta su aprobación.
- ☐ No cabe penalizar el mismo supuesto con más de una penalidad sino que debe aplicarse solo la que corresponda por tipicidad.
- ☐ No cabe tampoco considerar dentro del cálculo aquellos días que, de acuerdo con el Contrato, el profesional, no debe estar en la obra como los periodos de descanso, etc. indicados en las Bases.
- ☐ Ningún plazo anterior a la comunicación del pedido de cambio producto de la terminación del vínculo.

INFUNDADA:

Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades aplicadas al Consorcio Vial

Ambo por el supuesto incumplimiento indicado en el numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena del Contrato, en atención a que no se ha cumplido el procedimiento previsto para su aplicación, y que el Calendario de movilización y/o de utilización de equipo no guardaba correspondencia con el avance real de la obra al momento de la medición.

INFUNDADA:

Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda: Que, en caso se decida que corresponde aplicar al Consorcio Vial Ambo la penalidad indicada en el numeral 19.7 de la cláusula décimo novena, por incumplimiento injustificado, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reducir las penalidades impuestas, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil.

INFUNDADA:

Sétima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional efectúe la devolución mediante una valorización o al momento de la liquidación de los montos descontados al Consorcio Vial Ambo por concepto de la penalidad 19.1, 19.2, 19.4 y 19.7.

INFUNDADA:

Octava Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo con el Contrato y la normativa aplicable, ante un incumplimiento del Contratista en la dedicación de los profesionales o por su ausencia en la obra, solo cabe la aplicación de la penalidad 19.2 de acuerdo con la Cláusula Décimo Novena, según corresponda, y no la reducción de los gastos generales que forman parte de la Oferta del Consorcio Vial Ambo.

INFUNDADA:

Novena Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar mediante una valorización el íntegro de los montos que bajo concepto de gastos generales ha descontado al Consorcio Vial Ambo mediante las valorizaciones que se acompañaron a la demanda y que descuenta justificado en un supuesto incumplimiento de la dedicación de los profesionales asignados a la obra que está sujeto a penalidad 19.2.

FUNDADA:

Décima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que, de acuerdo al Contrato y la normativa aplicable, es válida la presentación de solicitudes de reemplazo de profesionales ante Provias

Nacional y que esta tiene la obligación de pronunciarse sobre las mismas dentro de ocho (8) días de presentadas.

INFUNDADA:

Undécima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que las solicitudes de reemplazo de profesionales presentadas por el Consorcio Vial Ambo mediante Cartas N° 042-2020-CVA-RO, N° 043-2020-CVA-RO y N° 044-2020-CVA-RO, presentadas directamente a Provias Nacional quedaron aprobadas por la Entidad debido a su falta de pronunciamiento dentro del plazo legal correspondiente, de conformidad con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

INFUNDADA:

Duodécima Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar que cualquier atraso o impacto en el plazo producto de este cambio del proceder de Provias Nacional o cuestionamiento a la participación de los profesionales es atribuible a Provias Nacional y por ende no justifica la aplicación de penalidad alguna al respecto o de cualquier sanción que pudiera pretender aplicar Provias Nacional al Consorcio Vial Ambo.

CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE:

Pretensión Accesorio a las Pretensiones Principales, Accesorias y/o Subordinadas de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que se reconozca y pague los intereses legales sobre los montos que se ordene a pagar a favor del Consorcio Vial Ambo.

INFUNDADA:

Décimo Tercera Pretensión Principal de la Demanda: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no condenar a Provias Nacional al pago de Costos y Costas del Arbitraje.

FUNDADA:

Primera Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de la Resolución Directoral N° 294-2019-MTC/20, de la Resolución Directoral N° 977-2019-MTC/20 y de la Resolución Directoral N° 1277-2019-MTC/20.

FUNDADA:

Segunda Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de las penalidades aplicadas en

atención a los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.

FUNDADA:

Tercera Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez de los incisos 19.1, 19.2 y 19.4 de la cláusula décimo novena del Contrato de Ejecución de Obra N° 073-2018-MTC/20.

FUNDADA:

Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez del Oficio N° 053-2020-MTC/20.22.2. mediante el cual se comunicó al Consorcio Vial Ambo que toda solicitud de cambio de especialistas se efectúa mediante la Supervisión de Obra, debido a que en su calidad de asesor técnico de la Entidad debe evaluar la razonabilidad del cambio, si corresponde aplicar penalidades y si constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

INFUNDADA:

Pretensión Accesorio de la Reconvención: Que el Tribunal Arbitral ordene al Consorcio Vial Ambo que asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

SEGUNDO: DETERMINAR que cada parte deberá asumir el monto de sus respectivas liquidaciones de gastos arbitrales, por lo que al haber sido asumida cada liquidación por la parte respectiva correspondiente a sus pretensiones no corresponde ordenar devolución alguna.

TERCERO: DETERMINAR que cada parte deberá asumir el costo irrogado en sus respectivas defensas.

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ
Presidenta del Tribunal Arbitral

IGNACIO TORTEROLA
Árbitro

DANIEL TRIVEÑO DAZA
Árbitro