

CARTA NOTARIAL N° 135865  
SERGIO ARMANDO BERROSPI POLO  
Av. Felipe Arancibia N° 669  
(Antes Av. Tarapacá) Rimac

Lima, 26 de octubre de 2017

Señores

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVIAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

Jirón Zorritos N° 1203. - **PROCURADURÍA**

Cercado de Lima.-

Referencia: Arbitraje ICCGSA v. **Proviás Nacional PI POLO**  
Exp. N° 476-57-14  
Contrato N° 081-2010-MTC/20

Av. Felipe Arancibia N° 669  
(Antes Av. Tarapacá) Rimac

27 OCT. 2017

C.T. 2035200

RECIBIDO

Hora: .....

De nuestra consideración:

Por medio de la presente nos dirigimos a ustedes para saludarlos y, a la vez, remitirles un original de la Resolución N° 49 de fecha ~~26~~ de octubre de 2017, a fojas 1 - 37, que contiene el Laudo Arbitral firmado por los doctores Juan Manuel Revoredo Lituma, Jorge Jurado Velarde y Pedro Pablo Cordero Bravo; dictado en la controversia surgida entre ICCGSA y PROVIAS NACIONAL.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

Pontificia Universidad Católica del Perú  
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS

  
Daniel C. Vega Espinoza  
Secretario Arbitral

Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
PROCURADURÍA PÚBLICA  
42  
27 OCT 2017  
RECIBIDO EN LA FECHA  
Hora: 3:29 Reg: 

Exp. N° 476-57-14

**INGENIEROS CIVILES Y CONTRATISTAS GENERALES SA (ICCGSA) –  
PROVIAS NACIONAL**

LAUDO DE DERECHO

**DEMANDANTE:** INGENIEROS CIVILES Y CONTRATISTAS GENERALES SA –  
ICCGSA) (en adelante, ICCGSA o Demandante)

**DEMANDADO:** Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS  
NACIONAL (en adelante, PROVIAS NACIONAL o Demandado)

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

**TRIBUNAL ARBITRAL:**

Juan Manuel Revoredo Lituma	(Presidente)
Jorge Jurado Velarde	(Árbitro)
Pedro Pablo Cordero Bravo	(Árbitro)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez  
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de  
Conflictos de la Universidad Católica.

---

**Resolución N° 49**

En Lima, a los 26 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada por estas.

---

**I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral**

**1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Servicios N° 081-2010-MTC/20 celebrado entre las partes el 15 de abril de 2010 (en adelante, el Contrato).



## 1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 13 de agosto del 2014, se reunieron el doctor **Juan Manuel Revoredo Lituma**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, la doctora **Lorena Suárez Alvarado** y el doctor **José Paz Vera**, en su calidad de árbitros y el señor Francisco Chipana Castillo en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante EL CENTRO)

En este acto, se contó con la asistencia de **Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.** (en adelante, el ICCGSA) representada por el señor Augusto Ibañez Reynaga, identificado con DNI N° 07810730, acompañado de la abogada Margaret Carrillo Espinoza, identificada con Registro CAL N° 43468

Por otro lado, se contaba también con la presencia del **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS NACIONAL** (en adelante, PROVIAS NACIONAL), representado por el señor doctor Alfonso Roberto Carbajal Sánchez, identificado con Registro CAL N° 25682.

## II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (de aquí en adelante el REGLAMENTO) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA).

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

## III. De la Demanda Arbitral presentada por ICCGSA

Mediante Resolución N° 27 de fecha 5 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral tuvo por aceptado el desistimiento de las pretensiones de la demanda y del proceso arbitral, realizado por ICCGSA y dispuso que se continúe con el proceso solo respecto a las pretensiones de la reconvencción formuladas por PROVIAS NACIONAL.



#### IV. De la Reconvención presentada por PROVIAS NACIONAL

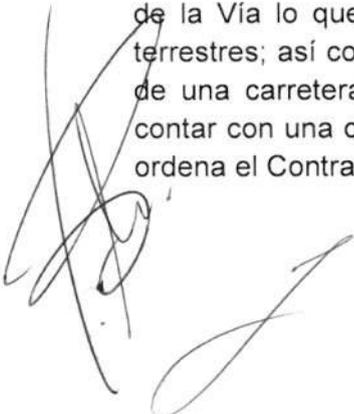
Mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014, PROVIAS NACIONAL contesta la demanda de ICCGSA y formula reconvención señalando lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se ordene a la Empresa Contratista Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. – ICCGSA, que cumpla con pagar a Provias Nacional la suma de **S/. 285,160.72 (Doscientos ochenta y cinco mil ciento sesenta con 72/100 nuevos soles)** por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al Estado.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se ordene a la Empresa Contratista Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.– ICCGSA que cumpla con pagar a Provias Nacional la suma de **S/. 32,200.00 (Treinta y dos mil doscientos con 00/100 nuevos soles)** por los gastos generados durante el proceso arbitral y la respectiva defensa.

#### **Fundamentos de Hecho y Derecho:**

- 4.1 Sostiene PROVÍAS que en atención a los fundamentos expuestos en nuestra contestación de demanda, hemos demostrado que los argumentos utilizados por la empresa Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. – ICCGSA son falsos y que carecen de sustento técnico y legal, demostrando la plena validez de la aplicación de penalidad a la valorización N° 44 correspondiente al Mes de Enero del 2014, habiéndose cumplido con los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, el Contrato y los Términos de Referencia.
- 4.2 En ese sentido, la aplicación de penalidad a la valorización N° 44 es plenamente valida; sin embargo, tenemos que la población beneficiaria, los usuarios de la Vía y el Estado en general, se vieron afectados por el pésimo estado de la Vía en claro incumplimiento del Contrato por parte del Contratista - Conservador.
- 4.3 En efecto, la empresa ICCGSA tiene la obligación de mantener un estándar de calidad previsto (carpeta de rodadura = mortero asfáltico). El efecto de tener una carretera con baches, peladuras y hundimientos, se traduce en: riesgo latente de la ocurrencia de accidentes viales, demoras en tránsito vehicular por un pésimo estado de la Vía lo que ocasionan el encarecimiento de los bienes perecibles y pasajes terrestres; así como, la disminución de la vida útil de los vehículos por efecto nocivo de una carretera en pésimo estado, además de otros efectos, todo esto por no contar con una cobertura bituminosa o carpeta de rodadura adecuada, tal y como lo ordena el Contrato y los demás documentos contractuales que vinculan a las partes.



**4.4** En cuanto a la elaboración del Plan de Conservación Vial. Las Bases Integradas señalaban que este tenía los siguientes objetivos:

- a) Alcanzar los niveles de servicio
- b) Mantener los niveles de servicio exigidos en los presentes Términos de Referencia.

El plan de conservación tendrá en consideración la oportuna ejecución de las actividades de conservación, las cuales no deben responder a un programa fijo sino al resultado de las permanentes evaluaciones que el contratista – conservador realizara sobre la calzada.

**4.5** Como se aprecia en los Términos de Referencia, la Fase Operativa responde a aquellas actividades descritas en el Plan de Conservación Vial. Es decir, que el Contratista – Conservador tiene la tarea o responsabilidad de analizar los tramos a intervenir y verificar que tipo de acción o solución se debía tomar para que la vía tenga los niveles de servicio requeridos y asegurar en el tiempo los niveles de transitabilidad.

**4.6** Por ello, es claro que el incumplimiento de los términos contractuales de la empresa ICCGSA ha generado un daño constante a Provias Nacional, por lo que resulta valido que se le ordene a dicha empresa el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ello en representación de la colectividad que jurídicamente se traduce en el derecho que le asiste a esta, de contar con servicios de calidad que propicien su adecuado desarrollo.

**4.7** Es necesario remitirnos al Principio de Efectividad del Ordenamiento Jurídico, ya que al no poder afirmar la existencia de un efectivo respeto de los derechos e intereses constitucionales, con su sola consagración en el texto constitucional, ello no siempre se materializa. Tal razonamiento resulta aplicable al hecho de poder accionar en defensa de los intereses difusos presentes en el presente caso, cuyo fundamento y sustento fáctico, radica en el Principio antes mencionado.

**4.8** Cabe mencionar, que las Municipalidades de Chumbivilcas, Quiñota y Velille, han expresado formalmente en sendas comunicaciones a la Entidad su malestar por el abandono de competencias y el mal estado de la carretera; así como las pésimas condiciones de transitabilidad desde el año 2013.

**4.9** La Supervisión de Provias Nacional señala que esta actitud se mantiene hasta la fecha, prueba de ello son las constantes penalizaciones y fotografías tomadas, que son exhibidas en el Panel Fotográfico.

**4.10** Por lo expuesto, procede PROVÍAS a efectuar el sustento del cálculo de la indemnización a favor del Estado, conforme a lo siguiente:

Tomando en consideración que los defectos no corregidos como baches y peladuras se detectaron cada 100 metros, Provias Nacional realizará el cálculo en esos 100 metros del costo de la emulsión asfáltica, (carpeta de rodadura que presentó estos defectos), dado que el incumplimiento del estándar de calidad de la carpeta de rodadura, creó un daño y perjuicio a los pobladores, usuarios y por ende a Provias Nacional. El efecto negativo ocasionado se cuantificarán, de la siguiente forma:

Ítem	O.S. N°	Defecto No Admitido	Ubicación	Conformidad	Metros De Carretera Afectados	Tramo	❖ Costo Por Mortero Asfáltico En 100 Metros (S/.)
1	108	Protección bituminosa	122+400-122+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
2	108	Protección bituminosa	122+500-122+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
3	108	Protección bituminosa	126+400-126+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
4	108	Protección bituminosa	126+500-126+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
5	108	Protección bituminosa	126+600-126+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
6	108	Protección bituminosa	126+700-126+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
7	108	Protección bituminosa	126+800-126+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
8	108	Protección bituminosa	126+900-127+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
9	108	Protección bituminosa	127+000-127+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
10	108	Protección bituminosa	127+100-127+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
11	108	Protección bituminosa	127+200-127+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
12	108	Protección bituminosa	127+300-127+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
13	108	Protección bituminosa	135+800-135+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
14	108	Protección bituminosa	135+900-136+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
15	108	Protección bituminosa	191+000-191+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
16	108	Protección bituminosa	191+100-191+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54

17	108	Protección bituminosa	191+700-191+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
18	108	Protección bituminosa	191+800-191+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
19	108	Protección bituminosa	191+900-192+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
20	108	Protección bituminosa	192+000-192+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
21	108	Protección bituminosa	192+100-192+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
22	108	Protección bituminosa	192+200-192+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
23	108	Protección bituminosa	192+300-192+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
24	108	Protección bituminosa	192+400-192+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
25	108	Protección bituminosa	192+500-192+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
26	108	Protección bituminosa	192+600-192+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
27	108	Protección bituminosa	192+700-192+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
28	108	Protección bituminosa	193+100-193+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
29	108	Protección bituminosa	193+200-193+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
30	108	Protección bituminosa	193+300-193+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
31	108	Protección bituminosa	193+400-193+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
32	108	Protección bituminosa	193+500-193+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
33	108	Protección bituminosa	194+000-194+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
34	108	Protección bituminosa	194+100-194+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
35	108	Protección bituminosa	194+200-194+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
36	108	Protección bituminosa	194+300-194+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
37	108	Protección bituminosa	194+400-194+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
38	108	Protección bituminosa	194+500-194+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
39	108	Protección bituminosa	194+600-194+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
40	108	Protección bituminosa	194+700-194+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
41	108	Protección bituminosa	194+800-194+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
42	108	Protección bituminosa	194+900-195+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54

		bituminosa				Espinar	
43	108	Protección bituminosa	195+500-195+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
44	108	Protección bituminosa	195+600-195+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
45	108	Protección bituminosa	195+700-195+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
46	108	Protección bituminosa	195+800-195+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
47	108	Protección bituminosa	195+900-196+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
48	108	Protección bituminosa	196+000+196+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
49	108	Protección bituminosa	196+100-196+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
50	108	Protección bituminosa	196+200-196+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
51	108	Protección bituminosa	196+300-196+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
52	108	Protección bituminosa	196+400-196+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
53	108	Protección bituminosa	196+500-196+600	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
54	108	Protección bituminosa	196+600-196+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
55	108	Protección bituminosa	196+700-196+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
56	108	Protección bituminosa	196+800-196+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
57	108	Protección bituminosa	196+900-197+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
58	108	Protección bituminosa	197+000-197+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
59	108	Protección bituminosa	197+100-197+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
60	108	Protección bituminosa	197+200-197+300	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
61	108	Protección bituminosa	197+300-197+400	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
62	108	Protección bituminosa	197+400-197+500	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
63	108	Protección bituminosa	197+600-197+700	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
64	108	Protección bituminosa	197+700-197+800	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
65	108	Protección bituminosa	197+800-197+900	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
66	108	Protección bituminosa	197+900-198+000	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
67	108	Protección bituminosa	198+000-198+100	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54

68	108	Protección bituminosa	198+100-198+200	NO CUMPLIO	100	Santo Tomas - Espinar	4,193.54
<b>TOTAL en S/.</b>							<b>285,160.72</b>

- El costo por motero asfáltico, es de acuerdo al Oficio N° 145-2012-MTC/20.7 de fecha 12 de Diciembre del 2012 (Anexo 1-T).

Fuente: Valorización N° 044 de Enero 2014 – Cálculo de la Penalidad Aplicada por el incumplimiento de la Orden de Servicio N° 108-2014

**4.11** Asimismo, la interposición de la Demanda Arbitral genera que el personal de Provias Nacional (Equipo de Supervisión del Contrato) tenga que viajar todos los meses a la ciudad de Lima para las Audiencias Arbitrales y las Asesorías correspondientes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; así como las coordinaciones con la Gerencia de Conservación, gastos que se detallan en el siguiente cuadro:

Concepto	Viajes	Días de permanencia	Supervisores	Costo S/.	Monto S/.
Pasaje aéreo a la Sede Central Lima y a las Audiencias Arbitrales	10	--	2	600	12,000.00
Gastos por estadía en la ciudad de Lima, alimentación, alojamiento y movilidad	10	3	2	320	19,200.00
Otros gastos administrativos				1,000.00	1,000.00
			<b>Total S/.</b>		<b>32,200.00</b>

Por lo que sumando el daño y perjuicio ocasionado a la población beneficiaria, a los usuarios y al Estado por el no cumplimiento del estándar de calidad pactado en el "Contrato N° 081-2010-MTC/20" manifestado a través de la penalización descrita en la valorización N° 44 del mes de Enero de 2014 en el tramo, ubicación y tiempo descritos; así como, el gasto asumido por Provias Nacional generados durante la defensa del Arbitraje interpuesto, asciende a un total de S/. 317,360.72 (Trescientos diecisiete mil trescientos sesenta con 72/100 nuevos soles).

## V. De la Contestación a la Reconvención presentada por ICCGSA

Mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2015, ICCGSA absuelve la reconvención manifestando entre otros lo siguiente:

### a. **Sobre el no cumplimiento de los procedimientos establecidos en los términos de referencia, en la medición de los niveles de servicio.**

5.1 Sobre este punto, debemos indicar que las comunicaciones han sido reiterativas en relación a la forma de cuantificación de las órdenes de servicio y datan desde Noviembre del 2012. Inclusive existe una comunicación que se realizó mediante Carta N° 023-2014 GV-HRO-ICGSA del 04 de Abril del 2014, en la cual se amplía el procedimiento a seguir para la identificación y determinación de las órdenes de servicio, en concordancia con lo dispuesto en las bases integradas.

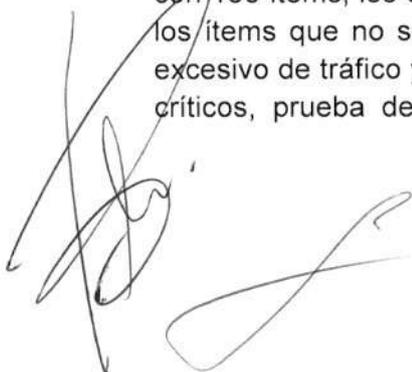
5.2 En relación al grafico indicado como 2, debemos indicar que no ha sido utilizado por la supervisión, al momento de cuantificar el porcentaje de incumplimiento, de las órdenes de servicio.

5.3 En relación a la fotografía de las progresivas 195+700 y 195+800, debemos indicar que este sector ha sido declarado, como punto crítico, por el efecto combinado, del crecimiento excesivo del tráfico y la necesidad de colocar sub drenes y cunetas, adicionalmente podemos señalar que de la fotografía se observa la presencia de humedad en el borde lateral adyacente al talud, lo cual evidenciaría la necesidad de construir estructuras de drenaje.

5.4 En este sentido, debemos indicar que el Supervisor sigue sin indicar ninguna ponderación ni cálculo sobre la medición de las variables señaladas en los términos de referencia, su identificación es general y no especifica como indica las bases2, lo cual implica que no se tenga la certeza de que el defecto atendido sea el mismo, en tiempo y lugar. Por lo que no ha cumplido con los procedimientos señalados en los términos de referencia.

### **Sobre el cumplimiento de las órdenes de servicio**

5.5 Refiere ICCGSA que la orden de servicio No 108 -2014, del 03/02/2014, cuenta con 130 ítems, los cuales se procedieron a levantar, atendiendo inicialmente todos los ítems que no se encuentran en puntos críticos y en sectores de crecimiento excesivo de tráfico y luego se atendió aquellos ítems que se encuentran en puntos críticos, prueba de ello se encuentra las comunicaciones enviadas por correo



electrónico al supervisor, enviadas entre el 6 y 14 de febrero del 2014, las cuales adjuntamos.

### Sobre los Puntos Críticos

Desde el principio se debe tener claro el fundamento técnico, que los servicios de gestión y conservación vial, por niveles de servicio deben incluir:

#### La naturaleza de los contrato de servicios.

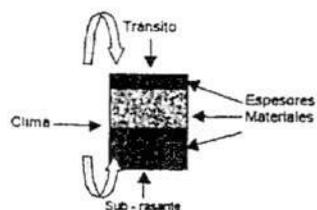
5.6 Durante la ejecución de nuestra prestación a cargo, derivada del Contrato de Servicios suscrito con la Entidad, ha existido una deficiencia en el componente de gestión por parte del Supervisor del Servicio, lo cual generó (y sigue generando) que éste no realice un análisis adecuado ni cumpla con los procedimientos contractuales aplicados al contrato materia de prestación del servicio.

5.7 Un Contrato de Servicios, aplicado a la Gestión y Conservación Vial por Niveles de Servicio, debe desarrollarse, tomando en consideración lo siguiente:

- Se ejecutan pavimentos económicos (básicos) y no definitivos.
- No hay Expediente Técnico (Términos de Referencia y Plan de Conservación Vial [PCV]).
- No se elaboran Estudios de Hidrología.
- No se elaboran Estudios de Geología y Geotecnia.
- Se ejecutan en carreteras de Bajo Volumen de tráfico menores a 200 veh/día.

#### La carretera propiamente dicha y su entorno.

5.8 La calzada tiene la función principal de permitir que la movilización de los vehículos sea fluida, cómoda, económica y segura, condiciones que sólo se logran cuando ella mantiene permanentemente ciertas características físicas en la superficie de rodadura. Estas características físicas tienden a deteriorarse por el efecto de la circulación de las cargas de tránsito, especialmente por las de mayor peso, y por la acción del clima, en cuanto a temperatura y lluvias. La rapidez del deterioro, en consecuencia, depende de las condiciones del tránsito y del clima y de las características del pavimento o afirmado, en cuanto a la subrasante los espesores de las capas y las propiedades de los materiales que los constituyen.



- 5.9** Tal como cita el supervisor, se menciona la existencia de puntos críticos en el plan de conservación vial, los cuales no han sido detectados ya que los estudios se realizaron en época de estiaje, pero que estos se irán anexando en la etapa operativa, del proyecto.
- 5.10** De lo escrito por el supervisor, se observa un desconocimiento de los significados y cuál es el alcance de cada una de las etapas del contrato, los cuales procedemos a describir:
- 5.11** Etapa Pre - Operativa: Consiste en el diseño y elaboración del programa de conservación vial
- 5.12** Etapa Operativa: Consiste en la implementación y puesta en marcha del Programa de Conservación Vial (Conservación Rutinaria, Periódica y/o Puesta a Punto, Atención de Emergencias Viales, etc.).
- 5.13** Nuestra empresa ha señalado los puntos críticos al Supervisor, en la etapa operativa (Conservación Periódica y Conservación Rutinaria), sin tener mayor respuesta del mismo, efectuado todas las gestiones necesarias para cumplir con el requerimiento del supervisor en el servicio de mantenimiento de carreteras, el mismo que, al ser un servicio que tiene un carácter de: continuo, cíclico, permanente y oportuno, y que se encuentra condicionado por diversas variables para su correcto funcionamiento, hace que los desfases en el reconocimiento de puntos críticos, desvirtúen el espíritu del contrato y el contexto en el cual se encuentra enmarcado; a continuación detallamos algunos de los factores que generan estos puntos críticos:

### Sistema de Drenaje

- 5.14** Mediante acta de acuerdo, del día 10/11/10, se estableció la ubicación y colocación de Alcantarillas, la cual cuenta con la conformidad del supervisor, en el cual se deja constancia que se podrán incrementar más alcantarillas según la necesidad en el transcurso del proceso constructivo de las mismas.
- 5.15** Mediante acta de acuerdo del día 02/04/12, se estableció la ubicación y colocación de Alcantarillas, la cual cuenta con la conformidad del supervisor, en el cual se deja constancia que se podrán incrementar más alcantarillas según la necesidad en el transcurso del proceso constructivo de las mismas.
- 5.16** Es en este contexto sobre el cual se colocó la solución básica y obedece a una evaluación en conjunto con el supervisor.

- 5.17** Considerando que el pavimento tiene una alta sensibilidad a las variaciones de las condiciones hídricas de los materiales. Se ha demostrado que el agua libre al interior de un pavimento puede deteriorar de 20 a 50 veces más su capacidad estructural que cuando se restringe su presencia, constituyéndose en el factor climático erosivo más peligroso la presencia de agua libre dentro del pavimento. En tal sentido y como hemos señalado con anterioridad, existen diversas comunicaciones, enviadas al Supervisor, sobre la existencia de puntos críticos, que requieren estructuras de drenaje, desestimadas por el supervisor.
- 5.18** Adicionalmente debemos indicar que, mediante Oficio N° 132 - 2013 - MTC/20.7, de fecha 11 de setiembre del 2013, la Entidad concluye la necesidad de ejecutar en una longitud de 33.371 KM de subdrenes, 1.22 KM, de cunetas y 14 alcantarillas, los que implican la existencia de puntos críticos, por problemas hidrológicos, no reconocidos, oportunamente por el Supervisor.
- 5.19** Ante esta situación se comunicó a la entidad mediante carta N° 648 -2013 - MTC, del 28 de Octubre, un planteamiento para resolver los problemas hidrológicos, en parte de los sectores críticos.
- 5.20** Debemos indicar que existen comunicaciones desde abril del 2012, en relación a la ubicación de puntos críticos, los cuales requieren estructuras distintas a alcantarillas, tales como cunetas y subdrenes. Pero ante la inacción del Supervisor, para definir, la necesidad de estas estructuras ha ocasionado que la carretera se deteriore, de manera acelerada.

### Trafico

- 5.21** En relación al estudio de tráfico se puede indicar que la metodología aplicada para la elaboración del Estudio de Trafico, corresponde a las buenas prácticas de la Ingeniería de Tráfico y Transporte, en la cual se colocan estaciones de control vehicular en aquellos tramos considerados como homogéneos en volumen y composición vehicular; ubicando las estaciones de conteo, antes o después de aquellas poblaciones que presentan relevancia en los deseos de viaje de los usuarios del transporte, de acuerdo a la información obtenida de las encuestas de origen -destino realizadas.
- 5.22** En el Tramo "Progreso-Chalhuahuacho-Sto Tomas", las tasas de crecimiento obtenidas en los tramos viales en que se aplicó el mejoramiento de la superficie de rodadura, han sido superiores a las previstas en los Manuales Oficiales MTC (aprox. 30% anual, periodo 2010-2013), tasas muy superiores a las autorizadas en los Manuales de Caminos de Bajo Transito (MTC), incluso superando el 15% que es la tasa máxima esperada para el primer año luego de realizados trabajos de mejoramiento vial, recordando que nos encontramos ante



**5.26** La ubicación de las estaciones de conteo obedece al resultado de las encuesta origen-destino efectuado en el tramo "Chalhuahuacho-Progreso", que define que el 88% del transporte de productos en camiones unitarios corresponde a mineral de las minas Huancohuiri, Pampura, Recor, Chunta, con destino Abancay, lo cual demuestra que la ubicación de la Estación de Control, no fue ubicada en forma irregular.

**5.27** Asimismo, en el cuadro siguiente se aprecia la sobrecarga obtenida del Estudio de Pesos efectuado en el tramo "Progreso-Chalhuahuacho" (/Peso del vehículo que fue pesado/Peso Bruto autorizado según tarjeta de propiedad), obteniendo como resultado que el 34%, transporta una sobrecarga entre 81-120%, el 33% una sobrecarga entre 40-80% y solo 10%, transporta entre 1-10% de sobrecarga.

**5.28** Por lo que desconocer a esta variable y sus efectos sobre la estructura de la vía, argumentando errores en la metodología y descalificando informes que datan desde el 2010, que incluso cuentan con aprobación formal a través de la aprobación del PCV (el cual incluye el Estudio de Trafico 2010, en el ítem de Inventario Vial), resulta contradictorio.

### Diseño de pavimento para bajo volumen de tránsito

Lo señalado en este ítem por la Procuraduría del MTC, sólo son lecturas parciales de lo señalado en nuestro Plan de Conservación, más concluimos que no ha sido evaluado por su propia área técnica, careciendo totalmente de valor técnico.

Sector	Espesor AFJRM/Dp		Espesor AFIRMADO
	USACe	MTC (m)	
ov. Abancay	00-80+000	7.5	
	80+000-	11.3	21
	90+000	6.0	15
Chalhuahuacho	00-14+000	10.8	19
	14+000-	5.5	15
	4-4+000		
	50+000-	a.a	19
	03+00-	13.0	28
	117+00		
	117+00-		19
	1e1+00		28
170+00	8.3		
226+700-		25	

Fuente: Escrito de Provias Nacional Caso arbitral Exp. N° 476-57-14

**5.29** A continuación ICCGSA refiere que señala la procuraduría del MTC:  
"Como se puede observar en el Cuadro N° 03, la empresa ICCGSA utilizó el promedio de los espesores hallados práctica anti ingenieril y por demás cuestionada, dado que se debía usar el más favorable para la carretera, es decir el mayor espesor hallado usando la metodología del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ya que esto permite un mayor soporte a la carga a la que va a ser sometida, de conformidad con los Estudios de Trafico...".

Para responder lo señalado es necesario recordar, que es lo que requería el MTC y que es lo que se propuso ICCGSA:

En el ítem 4.2.1 Conservación Periódica - Solución Básica de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso público N° 0069-2009- MTC/20 "SERVICIO DE GESTION Y CONSERVACIONVIAL POR NIVELES DE SERVICIO DE LA CARRETERA: DV. ABANCAY CHUQUIBAMBILLA - CHALHUAHUACHO - SANTO TOMAS - YAURI"

**5.30** "Para el cálculo del valor referencial se ha estimado que la conservación periódica consistirá en la colocación de material granular, la cual deberá ser estabilizada con emulsión asfáltica.  
Como protección se colocará un mortero asfáltico; estos trabajos se ejecutarán en todo el ancho de la calzada.

Alternativamente el contratista podrá proponer una solución distinta a la planteada en los presentes términos de referencia, ésta solución propuesta debe estar orientada primordialmente al cumplimiento de los niveles de servicio exigidos en los presentes términos de referencia y siempre debe contar con la aprobación de la Entidad".

**5.31** Como se aprecia, el espíritu de los requerimientos es el de estructurar un pavimento con "Solución Básica" señalándose inclusive que el material a emplear debe ser granular. Lógicamente para hacerla resistente y duradera requieren que se establezca con emulsión asfáltica o con una solución distinta que cumpla con los niveles de servicio exigidos.

**5.32** Aclarado este punto, ya que la Procuraduría del MTC no señala para nada que se trata de un pavimento a nivel de solución básica, a continuación se explica el criterio empleado por ICCGSA para diseñar este pavimento básico, para lo cual tomaremos extractos de lo señalado en nuestro Plan de Mantenimiento donde se

encuentra debidamente sustentada nuestra propuesta, como señal de que la Procuraduría también lo ha evaluado y que lo interpreta antojadizamente para lograr su objetivo de concluir que el pavimento está mal diseñado.

**5.33** Efectivamente el Cuadro N° 03 elaborado por la Procuraduría del MTC muestra una comparación entre los espesores que obtuvimos con las metodologías del MTC y del USACE para obtener los espesores de "Afirmado", es decir una capa granular.

**5.34** Por lo tanto para cumplir con las exigencias de los Términos de Referencia del MTC y asegurar la durabilidad y serviciabilidad del pavimento básico, se procedió a la estabilización de la capa granular, quedando los espesores propuestos en nuestro Plan de Mantenimiento de la siguiente manera:

CUADRO N° 17- ESTRUCTURA DE PAVIMENTO

TRMIO	SECTOR (km-km)	CN'A ESTABILIZAD A (cm)	ESPEJOR DE AFIRMADO (cm)
Dv Abancay (km 0+000) - Chuquibambilla (km 102+400)	0+000-80+000	10	10
	80+000-90+000	15	15
	90+000-101+000	10	10
	0+000-14+000	15	15
	14+000-44+000	10	10
	44+000-103+000	15	15
	103+000-117+000	15	20
	117+000-161+000	10	10
	161+000-170+000	15	20
	170+000- 226+700	10	10
	226+700-238+000	15	20

Fuente: Programa de  
Mantenimiento ICCGSA

(pág. 82)

- 5.35** Como se podrá apreciar, la información de nuestro Plan de Mantenimiento ha sido manejada deliberadamente, no exponiendo la Procuraduría del MTC nuestra propuesta real, que NO es la que ha señalado en su Cuadro N° 03.
- 5.36** Nuestro cuadro N° 17 complementa con el siguiente texto, tomado también del Plan de Mantenimiento:
- "Es importante señalar que el espesor total de la capa granular de pavimento a colocar es el que se indica en la columna ESPESOR DE AFIRMADO (cm), siendo el espesor de ésta a estabilizarse con un producto enzimático el señalado en la columna CAPA ESTABILIZADA (cm)".
- 5.37** Cubriendo esta estructura con una capa de slurry seal, tal y como lo requirió el MTC en los Términos de Referencia.
- 5.38** Es importante señalar, tal y como consta a la Supervisión, que jamás efectuó observación alguna al respecto.
- 5.39** En conclusión, la estructura real del pavimento colocado por ICCGSA, no es la que señala deliberada y equivocadamente la Procuraduría del MTC, sino la que se encuentra en nuestro Cuadro N° 17 de nuestro Plan de Mantenimiento.
- 5.40** Queda claro que lo único que busca la Procuraduría del MTC es desvirtuar nuestro diseño de pavimento, asumiendo que está infradiseñada, lo cual acabamos de desvirtuar técnicamente
- 5.41** Como ha señalado ICCGSA, los criterios técnicos asumidos para los cálculos los espesores fue el más adecuado para los parámetros existentes en ese momento, habiendo nosotros notificado en el momento oportuno del cambio de éstos a la Supervisión, quien no tomó las medidas adecuadas a pesar de haberlas solicitado reiteradamente, tanto verbal como documentalmente, limitándose sólo a observar cómo se dañaba esta estructura sin medir las consecuencias sociales suscitadas.



- 5.42** Cuando la Procuraduría señala que nosotros tomamos conocimiento de las condiciones ambientales en Ja medida que nos encontrábamos ya desarrollando nuestros trabajos, demuestra un total desconocimiento del aspecto contractual, debido a las limitaciones que se tiene para efectuar la evaluación en campo, tomar la información básica, formular nuestro plan de Mantenimiento para que el MTC lo evalúe y apruebe de ser el caso.
- 5.43** Percibimos que la Procuraduría del MTC no tiene pleno conocimiento de este tipo de proyectos, ya que la confunde con los Estudios Definitivos, donde la Entidad exige profesionales, entre otros, Hidrólogos, Geólogos, Suelos, Pavimentos, Tráfico, Diseño Vial, etc., y donde se tienen plazos mucho más amplios para la toma de Ja información necesaria para efectuar los diseños. Como podrán observar en los TDR de este proyecto, en ninguna de las cláusulas se requiere de estudios que nos proporcionen información detallada para efectuar diseños a nivel de un Pavimento Definitivo.
- 5.44** Como se aprecia un pavimento básico tal, y como el MTC la ha concebido estructuralmente en los TDR para este proyecto, es una estructura de pavimento capaz de soportar una determinada carga de tránsito y de estar expuesta limitadamente a condiciones de humedad.
- 5.45** Es necesario también señalar, que cualquier pavimento al cual no se le efectúe adecuados sistemas de drenaje y subdrenaje está condenado a fallar. Es lo que ha sucedido con nuestro pavimento.
- 5.46** A pesar de las constantes reuniones en campo entre los técnicos de ICCGSA y de la Supervisión del MTC (Ing. Sergio Alcides Mosqueira Mercado) para calificar los problemas de aguas subsuperficiales que afloraban por el talud superior y por debajo del pavimento, éste último nunca tuvo la voluntad de solucionar estos problemas. Más aún jamás encontramos un planteamiento de solución de su parte, como contrapropuesta a la nuestra, incumpliendo totalmente sus funciones, a pesar que observaba como se continuaba deteriorando el pavimento básico.

### **Sobre los Factores Climáticos**

- 5.47** Afirma ICCGSA que desconocer a los factores climatológicos como causas que afectan la correcta realización de los trabajos de conservación, aduciendo que el contrato, no considera la suspensión del Nivel de Servicio por razones climatológicas, es una interpretación incorrecta ya que dichos factores climatológicos minimizan la durabilidad de los trabajos que puedan llegar a realizarse, y crean condiciones desfavorables que limitan la realización de estos

trabajos de conservación, lo que fue sustentado a través de la Carta N° 020 - 2013/GV-HHA-ICCGSA/Dv. ABANCAY - YAURI, mediante la cual indicamos lo siguiente:

"En la Sección Específica Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas, Capítulo 1se indican los documentos pertenecientes a la Base Legal, en la cual se incluye: Las Especificaciones Generales para la Conservación de Carreteras la cual nos deriva a las Especificaciones Generales para la Construcción de Carreteras (EG -2000), la cual indica lo siguiente:

Capítulo 4 : Pavimento Asfáltico / Sección 407 : Lechada Asfáltica

407.08 Elaboración y aplicación de la lechada asfáltica

No se permitirá la elaboración y aplicación de la lechada si la temperatura ambiente a la sombra y la de la superficie son inferiores a diez grados Celsius (10°C) o haya lluvia ofundados temores de que ella ocurra

Capítulo 8: Señalización y Seguridad Vial / Sección 810 : Marcas Permanentes en el Pavimento

810.15 Limitaciones en la Ejecución:

No se permitirá la aplicación de ninguna marca en el pavimento en instantes de lluvia ni cuando haya agua o humedad sobre la superficie del pavimento."

- 5.48** Por lo tanto, concluye ICCGSA que las condiciones climáticas, limitaron la realización de actividades de mantenimiento rutinario, debido a que su ejecución, durante temporada de lluvias resultaría técnicamente inadecuada, según lo indicado por las normas, sobre los cuales se basa nuestro servicio.

#### **FUNDAMENTACIÓN JURIDICA**

- 5.49** Contrato de Servicios N° 081-201 O-MTC/20.  
**5.50** Bases Integradas del Concurso Público N° 0069-2009-MTC/20.  
**5.51** Términos de Referencia.  
**5.52** Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF.

#### **VI. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios**

Con fecha 23 de junio 2016, se reunieron el doctor **Juan Manuel Revoredo Lituma**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el ingeniero **Jorge Jurado Velarde**, en su

calidad de árbitro y el doctor **José Paz Vera**, en su calidad de árbitro, y la señorita **Andrea Pozo Horna** en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP.

Con la asistencia de **Provías Nacional**, representado por el abogado **Alfonso Roberto Carbajal Sánchez**, identificado con Registro C.A.L. N° 025682.

El Tribunal Arbitral deja constancia de la inasistencia de **Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A** (en adelante, **ICCGSA**), quien posteriormente deberá ser notificado con la presente Acta.

#### **A. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS** **CUESTIONES PREVIAS:**

1. **Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar:** Mediante el escrito de contestación de la reconvencción presentada con fecha 17 de febrero de 2015, ICCGSA interpone la excepción de Falta de Legitimidad para obrar. A través de la Resolución N° 6 de fecha 18 de febrero de 2015, se corrió traslado de la referida excepción a Provías Nacional, quien absolvió el traslado mediante el escrito presentado con fecha 26 de febrero de 2015.

Respecto de la excepción deducida en el presente proceso arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44° del Reglamento de Arbitraje, el Tribunal Arbitral haciendo uso de sus facultades, se reservó el derecho de derivar la resolución de la excepción para ser resuelta en el laudo arbitral o para un momento antes de su emisión, según su criterio.

Por otra parte, mediante la Resolución N° 27 de fecha 31 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda planteada por ICCGSA y resolvió la continuación del proceso.

El Tribunal Arbitral, con la participación de la parte asistente, estableció los puntos controvertidos, de conformidad con el artículo 48° del Reglamento aplicable al presente proceso, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

**Respecto a la reconvencción presentada con fecha 10/10/14, así como la contestación de la reconvencción presentada con fecha 17/02/15:**

##### **a.1. Sobre la Primera Pretensión Principal:**

Determinar si corresponde o no ordenar a ICCGSA que cumpla con pagar a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 285,160.72 (Doscientos Ochenta y

Cinco Mil Ciento Sesenta con 72/100 Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al Estado.

**a.2. Sobre la Segunda Pretensión Principal:**

Determinar si corresponde o no ordenar a ICCGSA que cumpla con pagar a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 32,200.00 (Treinta y Dos Mil Doscientos con 00/100 Soles) por los gastos generados durante el proceso arbitral y la respectiva defensa.

**Respecto de las costas y costos, el Tribunal Arbitral determinará su distribución.**

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

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

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

**B. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

Se deja constancia que dado que ICCGSA se ha desistido de sus pretensiones, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse únicamente respecto de los medios probatorios ofrecidos en la reconvencción y la contestación a la reconvencción.

En ese sentido, se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

**A. Reconvencción**

Se admiten los documentos ofrecidos y presentados en el acápite "Medios probatorios", los cuales se acompañan al escrito de contestación a la demanda y reconvencción presentado con fecha 10 de octubre de 2014.

Asimismo, se admite la exhibición que deberá efectuar ICCGSA del documento a través del cual comunico a PROVÍAS NACIONAL su observación a la metodología empleada para identificar y comunicar los defectos.

## B. Contestación a la reconvencción

Se admiten los documentos ofrecidos y presentados en el acápite "V. Medios Probatorios y Anexos", los cuales se acompañan al escrito de contestación a reconvencción presentado con fecha 17 de febrero de 2015.

## C. Pruebas de Oficio

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que originan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento de Arbitraje.

## VII. Audiencia de Ilustración de Hechos

Con fecha 21 de junio de 2017, se reunieron el doctor **Juan Manuel Revoredo Lituma**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Ingeniero **Jorge Jurado Velarde**, y el doctor **Pedro Pablo Cordero Bravo** en su calidad de árbitros, y el abogado **Daniel Christian Vega Espinoza**, en calidad de Secretario Arbitral del CENTRO.

En este acto, se contó con la asistencia de **Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.** (en adelante, el ICCGSA) representada por el señor **Roberto Jorge Lara Bravo**, identificado con DNI N° 42390562, acompañado por **Luis Enrique Guerrero Gallegos**, identificado con Registro CAL N° 68004.

Por otro lado, se contaba también con la presencia del **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS NACIONAL** (en adelante, PROVIAS NACIONAL), representado por el señor doctor Alfonso Roberto Carbajal Sánchez, identificado con Registro CAL N° 25682, acompañado por el ingeniero **Sergio Alcides Mosqueira Mercado**, identificado con DNI N° 23988785.

Seguidamente, el Presidente del Tribunal Arbitral, concedió el uso de la palabra a los representantes y abogados de **PROVIAS NACIONAL**, quienes realizaron una exposición sobre la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint, que fue entregada y adjuntada al expediente.

Luego de dicha exposición, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los abogados y representantes de **ICCGSA**, quienes procedieron a efectuar una exposición detallada de la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint, que fue entregada y adjuntada al expediente.

Culminadas las exposiciones, se otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y dúplica, realizando las partes apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

Asimismo, los miembros del Tribunal Arbitral efectuaron preguntas a las partes, quienes las absolvieron manifestando lo conveniente a su derecho.

### VIII. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 4 de setiembre de 2017, se reunieron el doctor **Juan Manuel Revoredo Lituma**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Ingeniero **Jorge Jurado Velarde**, y el doctor **Pedro Pablo Cordero Bravo** en su calidad de árbitros, y el abogado **Daniel Christian Vega Espinoza**, en calidad de Secretario Arbitral del CENTRO.

En este acto, se contó con la asistencia de **Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.** (en adelante, el ICCGSA) representado por el abogado **Roberto Jorge Lara Bravo**, identificado con DNI N° 42390562, acompañado por los abogados **Luis Enrique Guerrero Gallegos**, identificado con DNI N° 44251676; y **Juan Diego León Jiménez**, identificado con DNI N° 45884560.

Por otro lado, se contó también con la presencia del **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS NACIONAL** (en adelante, PROVIAS NACIONAL), representado por el abogado **David Aníbal Ortiz Gaspar**, identificado con DNI N° 70441763, acompañado por la abogada **Meliza Evans Crispín**, identificado con DNI N° 43492717, y los ingenieros **Sergio Alcides Mosquera Mercado**, identificado con DNI N° 23988785, **Carlos Enrique Vásquez Laguna**, identificado con DNI N° 09830786.

El Presidente del Tribunal Arbitral dio inicio a la audiencia señalando que el objeto de la misma consiste en que las partes y/o sus abogados informen oralmente sus alegatos escritos.

En ese sentido, se concedió el uso de la palabra a los representantes y abogados de **PROVIAS NACIONAL**, quienes realizaron una exposición sobre la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint, que fue entregada y adjuntada al expediente.

Luego de dicha exposición, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los abogados y representantes de **ICCGSA**, quienes procedieron a efectuar una exposición detallada de la posición de dicha parte, utilizando una presentación en PowerPoint, que fue entregada y adjuntada al expediente.

Culminadas las exposiciones, se otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y dúplica, realizando las partes apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

Asimismo, los miembros del Tribunal Arbitral efectuaron preguntas a las partes, quienes las absolvieron manifestando lo conveniente a su derecho.

Luego de culminada la audiencia se cerró la instrucción y se fijó el plazo para laudar.

### **IX. Cuestiones preliminares**

Antes de entrar a resolver la materia controvertida, corresponde al Tribunal Arbitral confirmar lo siguiente:

- i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro, al que las partes se sometieron en el convenio arbitral;
- ii) Que, la entidad recusó al árbitro designado por esta, y se actuó en base a los procedimientos haciendo el reemplazo correspondiente por ser acorde a ley;
- iii) Que tanto los escritos de demanda y contestación fueron interpuestos dentro de los plazos dispuestos;
- iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas frente al Tribunal;
- v) Que el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos, los cuales han sido revisados y merituados, y que su no mención expresa no significa de ningún modo que no haya sido considerado, ni invalida el análisis o consideraciones que se han tenido al momento de laudar; y.
- vi) Que el Tribunal procede a laudar dentro de los plazos que la Ley y el Reglamento señalan.
- vii) Que, respecto al Contrato N° 081-2010-MTC/20, en la cláusula Décimo Quinta se estipula lo siguiente: "*En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, será de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil, vigente y demás normas concordantes*".

En base a ello es que el tribunal, en el caso que algún concepto de pretensión no se encuentre basado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, procederá a sustentarse en el Código Civil vigente en lo que fuere pertinente.

## X. Considerandos

1. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos y al desistimiento efectuado por el demandante, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo correspondiente en función de las pretensiones planteadas por la Entidad en su reconvención.
2. No obstante, antes de pronunciarse sobre cada una de estas pretensiones, el Tribunal Arbitral considera conveniente tener en cuenta lo siguiente:
  - 2.1 Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la ejecución del Contrato N° 081-2010-MTC/20 para el **Servicio de Conservación por Niveles de Servicio Carretera Dv. Abancay – Chuquibambilla – Chahuachaco – Santo Tomas – Yauri.**
  - 2.2 Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, el cual se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 196° del Código Procesal Civil, que establece lo siguiente: *“Artículo 196.- Carga de la Prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”*
  - 2.3 Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos.
- 3 Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.
- 4 Que, en ese orden de cosas, a efectos de realizar un análisis normativo integral, el Tribunal Arbitral estima necesario hacer referencia a los aspectos generales que enmarcan la relación contractual de las partes, así, es pertinente considerar lo dispuesto en los artículos 1351 del Código Civil Peruano: *“Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”* y 1402 del mismo cuerpo normativo:

*“Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”.*

- 5 Las normas jurídicas invocadas permiten al Tribunal Arbitral concluir que el contrato consiste en un acuerdo arribado entre dos partes con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generado de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.
- 6 La doctrina se ha pronunciado respecto del contrato señalado que "Se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos"<sup>1</sup>
- 7 Los Órganos Jurisdiccionales también se han pronunciado en relación a figura del contrato sosteniendo que: "El artículo 1351 del Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear. Modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento"<sup>2</sup>
- 8 Que, de otro lado, cabe señalar que los contratos son obligatorios para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de este, se obligan a observar obligatoriamente todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones asumidas. Así, tenemos que el artículo 1361 del Código Civil señala: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"
- 9 Resulta pertinente resaltar que dicha norma debe ser entendida en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1363 del Código Civil que señala lo siguiente: "Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles"
- 10 Que, mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2015, LA RECONVENIDA propone la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA RECONVINIENTE, en virtud de que Provias Nacional no tiene representación de las presuntas comunidades afectadas por el servicio presentado que la legitime para accionar solicitando una indemnización en su representación y a que Provias

<sup>1</sup> DIEZ.PICAZO Y PONCE DE LEON, L., y Gullon Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular 1ª edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pag. 212.

<sup>2</sup> Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. EL PERUANO, 20-01-1999.

Nacional no tiene facultades para atribuirse representación o afectaciones de terceros que serían aquellas comunidades presuntamente afectadas y por quienes reclama una indemnización. Oportunamente es absuelta la referida excepción en base a los términos que obran en autos y este tribunal se pronuncia sobre ella a continuación.

- 11 Que, al respecto este colegiado considera que la LEGITIMIDAD PARA OBRAR se entiende como "la posición habilitante en la que se encuentra una persona para poder plantear determinada pretensión en un proceso, la cual es otorgada a quien afirma ser parte en la relación jurídico sustantiva que da origen al conflicto de intereses". "Así, la excepción de falta de legitimidad para obrar es un medio de defensa procesal que está dirigido a denunciar la falta de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y de quienes integran la relación jurídica procesal". 3 Entonces, tendrá legitimidad para obrar cuando quien reclama un derecho en un proceso es el titular de una relación jurídica sustantiva conjuntamente con la persona contra quien reclama y, que, por el contrario no existe legitimidad para obrar cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita para pretender o para contradecir.

Siendo así, debe entenderse que existe legitimidad para obrar cuando media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita para pretender o para contradecir. En el presente caso, la reconviniente pretende una indemnización de daños y perjuicios derivada de un supuesto incumplimiento del contrato de servicios antes referido por la reconvenida; por lo tanto, resulta evidente que la reconviniente tiene legitimidad para obrar, es decir, está habilitada para plantear vía reconvenición la indemnización de daños y perjuicios reclamada, por lo que la excepción planteada deviene en INFUNDADA.

#### **XI. Análisis de los puntos controvertidos**

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo correspondiente en función de las pretensiones planteadas en la reconvenición por PROVIAS NACIONAL.

**Determinar si corresponde o no ordenar a ICCGSA que cumpla con pagar a PROVIAS NACIONAL la suma de S/. 285,160.72 (Doscientos Ochenta y Cinco Mil**

3

EXP. N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento 8 y 9.

**Ciento Sesenta con 72/100 Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados al Estado.**

Antes de ello, es pertinente analizar si el pedido reúne los requisitos legales exigidos por la norma para amparar una indemnización por daños y perjuicios, para lo cual es necesario realizar el siguiente análisis:

La Responsabilidad Civil, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: Contractual o Extracontractual. Si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas varias, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

Sin perjuicio de lo antes indicado, es menester mencionar que mientras que la responsabilidad contractual supone el solo incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere; en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual solo será necesaria la generación del daño con dolo o culpa para lograr el reconocimiento del resarcimiento.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

En este último punto, debemos preguntarnos ¿El Consorcio puede ser considerado como una persona jurídica incapaz?; la respuesta es NO, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a ICCSGA; por lo que, en el primer elemento configurativo de la Responsabilidad Civil se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada<sup>4</sup> señala lo siguiente:

*“Modernamente existe acuerdo en la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)”*

Por tanto, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad). Sin embargo, como se puede deducir, no todo hecho antijurídico genera la imputación, ni todo hecho antijurídico genera la imputación de responsabilidad civil, pues existen el caso fortuito o la fuerza mayor, que son causas eximentes de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1972° del Código Civil.

En el presente caso, el daño alegado por el reconviniente deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso por incumplimiento, asimismo, el hecho que produjo la consecución del daño (que se alega ha ocurrido) no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, lo que no permitiría eximir de responsabilidad al Consorcio.

Asimismo, el artículo 1971° del Código Civil, el cual señala las causales de exoneración de la responsabilidad Civil, establece lo siguiente:

***“Artículo 1971°-. Inexistencia de Responsabilidad:***

*No hay responsabilidad en los siguientes casos:*

- 1. En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”*

Frente al análisis del caso, nos damos cuenta que no nos encontramos frente a estas tres causales del artículo 1971°, por lo cual, hasta ahora, no es posible eximir a El Consorcio de un posible daño causado.

<sup>4</sup>TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Griley. 2da Ed. Pág. 32

Sin embargo, para que exista una indemnización debemos ceñirnos a ciertos requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina:

### Requisitos de la responsabilidad contractual.

#### – Existencia de un contrato válido.

Se suscribió el Contrato N° 81-2010-MTC/20 de fecha 15 de abril de 2010 entre el Proyecto Especial de Transporte Nacional – Provias Nacional y la empresa Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. para el Servicio de Conservación por Niveles de Servicio de Carretera Dv. Abancay – Chiquibambilla – Chaluachaco – Santo Tomas – Yauri, por el monto de S/. 176'737,224.77, obligándose el contratista a ejecutar las prestaciones objeto del contrato dentro de un periodo de 5 años.

#### – Existencia del daño o perjuicio.

- En la Contestación de la Demanda: (Pág. 28-31) Se sustenta el cálculo del costo de la emulsión asfáltica de los tramos con defectos no corregidos que se detectaron cada 100 metros creando daño y perjuicio a los pobladores, usuarios y a Provias Nacional; asimismo se debe tener en cuenta que dicho cálculo se utilizó para cuantificar la penalización, la cual se entiende por aceptada en todos sus extremos una vez que el contratista se desistió de la pretensión de que se deje sin efecto la misma.
- Costos de Viáticos a causa del proceso arbitral. Detallan cuadro de gastos (pág. 32). Al respecto, no existe constancia o prueba fehaciente de que el monto propuesto por la ENTIDAD (S/. 32,200.00) sea en su totalidad verídico, debido a que no se encuentra sustentado en prueba alguna.
- **Daño emergente:** Que no es más que la pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufrido.

Se deberá tener presente lo establecido por el artículo 1329, el cual estipula lo siguiente:

***Art. 1329.- Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.***

Ante esta situación se debe tener presente que el daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada.

Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber:



- 1) Como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente; o bien,
  - 2) Como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.
- **Daño lucro cesante:** El gasto económico para esta obra podría verse incrementado; sin embargo, LA ENTIDAD solo ha presentado el posible gasto que realizaría para cubrir el incumplimiento de ICCGSA empero no ha demostrado que el perjuicio económico ya se haya materializado, es decir que haya gastado el monto que menciona.

Siendo esta indemnización preferentemente de carácter pecuniario (salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica), se debe proceder a valorar económicamente distintos aspectos o componentes que si bien, son fácilmente teorizables, plantean en la práctica notorias dificultades de concreción. En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil establece que: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor."

Al respecto, los autores Osterling y Castillo<sup>5</sup>, definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

*"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...). La distinción clásica entre daño emergente (damnum emergens) y lucro cesante (lucrum cessans) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada o esperable en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...). Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante– son comprendidos en la indemnización en su, sin los cuales esta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada"*

<sup>5</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867

Asimismo, el autor Rioja Bermúdez<sup>6</sup>, sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

*“La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el egreso patrimonial, el desembolso, el lucro cesante es el no ingreso patrimonial, el no embolso, la pérdida sufrida, la ganancia frustrada.*

Ahora bien, un primer cuestionamiento relevante para determinar la existencia o no del lucro cesante corresponde a ¿cómo se acredita el lucro cesante? Sobre ello, el autor Rioja Bermúdez, haciendo referencia a un documento elaborado por peritos en España, indica lo siguiente:

*“La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo. De ello se derivara una consecuencia esencial: El objeto de la prueba no se podrá ser nunca de forma directa a la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido”.*

- **Daño moral:** La entidad estipula que ha recibido cartas de Municipalidades exigiendo soluciones y culpándola por los daños causados en pistas, trafico, deterioro, etc.; sin embargo, la entidad **NO HA anexado** dichas cartas al proceso por lo cual no se podría aseverar el daño moral o profesional que podría haberse ocasionado. A pesar de que si nos basamos en criterio y opinión, este incumplimiento por parte del contratista si ocasionaría perjuicio profesional.

#### **– Relación de causalidad / nexo causal**

El mero incumplimiento contractual o producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. La probanza de este incumplimiento o realización del hecho doloso o culposo incumbe al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido.

En relación a este punto, Lizardo Taboada Córdova<sup>7</sup> señala lo siguiente:

*“En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase”*

<sup>6</sup> <http://blog.pucp.edu.pe/item/894441/lucro-cesante>

<sup>7</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. 2da Ed. Pág. 35

Resaltamos que, el artículo 1321° del Código Civil señala:

**Artículo 1321°.-** *Queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...)*”

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de los establecido en el artículo 1985° del Código Civil (donde se regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso señala lo siguiente:

*“El entendimiento de lo que significa “consecuencia inmediata” aparece con mayor sencillez y se vincula a lo que dispone el Art. 901 del Código Civil. Es lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. El mismo Vélez Sarsfield en la nota al Art.520 así lo confirma. En el supuesto del incumplimiento contractual, que estamos analizando, sería la derivada del propio incumplir, ya que se encuentra vinculado a otro hecho ajeno extraño al mismo contrato. La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento”*

Asimismo, LA ENTIDAD ha demostrado que el contratista incumplió el contrato y sus especificaciones, por lo cual este requisito si se cumple.

#### **– Actuar con dolo o culpa.**

La regla general es que se responda de culpa leve según se establece en el artículo 44 del Código Civil:

*“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquélla diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

#### **– Prueba de la culpa.**

A pesar de que el contratista ha cumplido con anexar pruebas de que las condiciones climatológicas no ayudaron a la realización del proyecto y que si subsanaron las observaciones, nada de esto fue realizado dentro del plazo correspondiente por lo cual, este podría ser un factor por el que el daño en las pistas se incrementó.

Asimismo, se trata de una reconstrucción y limpieza de los tramos que siempre se verán afectados por causas naturales (ejemplo: Fenómeno del Niño) y hasta la fecha, debido al abandono del proyecto, el resultado es peor.

Los daños y perjuicios no pueden ni deben confundirse con lo reconocido en virtud del artículo 267 del REGLAMENTO, toda vez que el mismo, al establecer un límite, no constituye una indemnización por daños y perjuicios sino una penalidad a favor de LA ENTIDAD. Afirmar lo contrario sería contravenir una de las finalidades de la responsabilidad civil; a saber la reparación integral del afectado.

### ¿La penalidad debe excluir la indemnización?

La Entidad, en su momento, cobro la penalidad por el incumplimiento por parte de ICCGSA; sin embargo, solicita esta indemnización debido a que alega que va a verse perjudicado económicamente al volver a invertir en el mismo servicio de mantenimiento. Dejando claro que las penalidades no son utilizadas para resarcir algún error o daño y que estos son ingresos directos para el Tesoro Público del Estado.

Al respecto debemos tener en cuenta lo establecido en el Capítulo Tercero del Código Civil: Obligaciones con Clausula Penal, en su artículo 1341 dicta lo siguiente:

**Artículo 1341.-** *El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.*

La utilidad de esta cláusula penal es manifiesta. Se trata de una liquidación adelantada de los daños. Exonerando de la prueba de la existencia del perjuicio, así como de la cuantía del mismo.

Ahora bien, la función indemnizatoria debe ser apreciada como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Dicho en otros términos, en principio, es la penalidad convenida y no los daños y perjuicios realmente causados la que deberá considerarse como el monto indemnizatorio a pagar. De este modo, las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo la penalidad a una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento.

Como se puede advertir, la principal ventaja de la función liquidadora de la penalidad es evitar las dificultades relativas a la probanza de la existencia de los daños y de su cuantía. En tal virtud, no será necesario discutir la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada. Ello obedece a que *“los contratantes acuden al establecimiento de cláusulas penales liquidatorias en las que con carácter previo se fija el valor de la indemnización derivada del incumplimiento o cumplimiento inexacto, fijando normalmente cantidades superiores a la que estimarían los tribunales como resarcimiento por daños y perjuicios, lo que fuerza el exacto cumplimiento de lo pactado”*.<sup>8</sup>

Por otro lado, el artículo 1343 del Código Civil establece que para exigir la penalidad no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, para poder reclamar el resarcimiento del daño ulterior, el acreedor deberá demostrar que el agravio sufrido es superior a la penalidad, a cuyo efecto será preciso probar el íntegro del daño sufrido, lo cual no puede prescindir de la probanza de aquellos daños destinados a ser indemnizados mediante la cláusula penal.

Al respecto de la función indemnizatoria, podemos aclarar que cuando se propone dichas cláusulas están destinadas a limitar la reparación de los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se trata de un pacto que opera a manera de tope convencional, acordado por anticipado, y que liquida anteladamente la cuantía de los daños.

En lo que refiere a la eventual nulidad de la pena por incumplimiento de obligaciones, podemos decir que se intenta destacar como una de las funciones de la cláusula penal, la de limitar la responsabilidad del deudor frente a los daños que hubiera irrogado su incumplimiento.

Como consecuencia de ello, una vez verificada la inexecución, el acreedor no podrá demandar de manera indistinta la penalidad o la indemnización del daño, sino que solo podrá requerir el pago de la primera, habiendo la cláusula penal impedido el surgimiento de la obligación resarcitoria.<sup>9</sup>

Es en base a lo expuesto que este colegiado llega a la convicción que en el presente caso al haberse impuesto una penalidad aceptada por el contratista y justamente por el incumplimiento alegado, no correspondería indemnización alguna, máxime si no se han probado los elementos de la responsabilidad. Por lo que este punto controvertido deviene en infundado.

<sup>8</sup> Amunátegui Rodríguez p. 16

<sup>9</sup> Marini pág. 164

**Respecto a la Segunda Pretensión de la Reconvención presentada por la Entidad en la cual se debe determinar si corresponde o no ordenar a ICCGSA que cumpla con pagar a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 32,200.00 (Treinta y Dos Mil Doscientos con 00/100 Soles) por los gastos generados durante el proceso arbitral y la respectiva defensa.**

- 1) Que, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral debe emitir pronunciamiento en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del referido cuerpo legal.
- 2) De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, precisa lo siguiente:

*“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”*

- 3) En el presente caso, independientemente del resultado del proceso, el Tribunal Arbitral advierte que las partes han litigado convencidas de sus respectivas posiciones, asumiendo cada una de ellas los costos generados por el desarrollo de este arbitraje.
- 4) En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que condenar a una parte al pago exclusivo de las costas y costos del proceso resulta inadecuado, siendo más bien pertinente que cada una de ellas asuma de manera proporcional el pago de los honorarios profesionales de los árbitros y de la secretaria arbitral, asumiendo cada parte los costos de la defensa legal que hayan involucrado en el presente proceso.

## **XII. Cuestiones Finales**

Respecto a los hechos formulados claramente nos encontramos frente al incumplimiento de un contrato y la disyuntiva de si se estaría incurriendo en error si se penaliza doblemente a ICCGSA por su incumplimiento.

Luego de analizar las pruebas y argumentos de ambas partes, a pesar de que la Entidad ha comprobado el daño y perjuicio económico que le causaría este incumplimiento, no estaríamos bajo el supuesto de una indemnización debido a que no se han completado los requisitos necesarios para vernos ante este supuesto.

Es necesario tener en cuenta que la penalidad ha sido cobrada por la Entidad con carácter indemnizatorio por cada incumplimiento del contratista, según lo estipulan en la Cláusula Decimo Segunda del Contrato, a su vez, el contratista aceptó dichas penalidades en todos sus extremos por lo cual se asume que ha reconocido su incumplimiento.

Asimismo, para hacer factible una indemnización se necesita en efecto un perjuicio económico, para el presente caso, ocasionado, y hasta el momento la Entidad no ha demostrado lo que habría gastado a causa del incumplimiento. Por lo tanto, no se podría indemnizar por sucesos que aún no han ocurrido.

Finalmente, respecto a las costas y costos el Tribunal Arbitral dispone que cada parte asuma el íntegro de los honorarios por concepto de defensa legal y asesores técnicos en los que las partes hubieran incurrido o se hubieran comprometido a pagar; asimismo, que cada parte asuma el 50% de los honorarios de los Árbitros y 50% de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

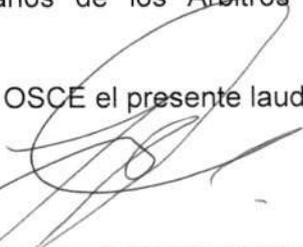
### **XIII. De la decisión**

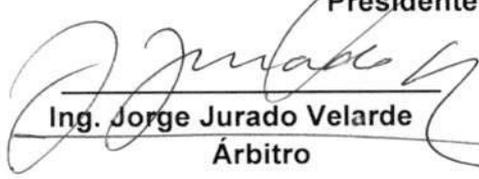
Respecto a la reconvencción formulada por la entidad demandada, el Tribunal Arbitral lauda lo siguiente:

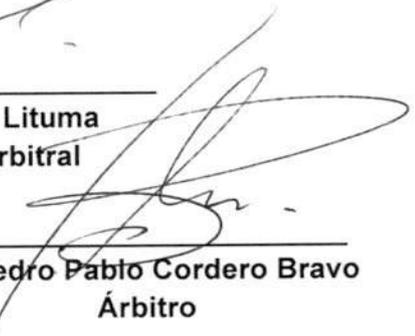
**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la reconvencción formulada por PROVIAS NACIONAL.

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión en la que se determina el pago de costos y costas del proceso arbitral, debiendo cada parte asumir el íntegro de los honorarios por concepto de su defensa legal y asesores técnicos en los que las partes hubieran incurrido o se hubieran comprometido a pagar; asimismo, que cada parte asuma el 50% de los honorarios de los Árbitros y el 50% de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

**TERCERO:** Poner en conocimiento del OSCE el presente laudo.

  
\_\_\_\_\_  
**Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma**  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
\_\_\_\_\_  
**Ing. Jorge Jurado Velarde**  
Árbitro

  
\_\_\_\_\_  
**Dr. Pedro Pablo Cordero Bravo**  
Árbitro