

# OSCE

2019-15822902-LIMA  
COMPLETO

INTERESADO : OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO  
RUC : RNP:  
DOCUMENTO : ESCRITO  
NRO :  
FECHA : 29/10/2019  
TRAMITE : 240-COMUNICACIONES DIVERSAS  
ASUNTO : REMITE LAUDO  
PRIORIDAD : NORMAL  
N. FOLIOS : 80  
EMISOR : NGUTIERREZ  
PLAZO ATENCION: DIAS HABILES  
ESTADO : COMPLETO  
TRAMITE ORIGEN: 15822902  
OBSERVACIONES :  
NRO. EXPEDIENTE: 2019-0099571

## ACCIONES

01 TRAMITE	13 PROYECTAR SOLUCION
02 OPINION	14 PARA TRAMITACION INMEDIATA
03 INFORME	15 EVALUAR Y RECOMENDAR
04 CONOCIMIENTO Y ACCIONES	16 AGREGAR ANTECEDENTES
05 COORDINAR	17 PROYECTAR BASES
06 COORD. CON EL AREA USUARIA	18 VERIFICAR STOCK Y ATENDER
07 ARCHIVO	19 PARA CONOC. Y DEVOLUC
08 SOLUCION DIRECTA X ESCRITO	20 AUTORIZADO
09 ATENC. DE ACUERDO A LO SOLIC.	21 POR CORRESPONDERLE
10 HABLAR CONMIGO	22 VISACION
11 SOLICITAR ANTECEDENTES	23 SUPERVISAR
12 PREPARAR RESPUESTA	24 CUSTODIA

DERIVADO A:	ACCIONES	FECHA	OBSERVACIONES	V.B
1.- <DAR>		29/10/2019 08:39:41		
2.-				
3.-				
4.-				
5.-				
6.-				
7.-				
8.-				

Lima, 18 de octubre de 2019

Estimada señora:

**YEMINA EUNICE ARCE AZABACHE**

Director de Arbitraje Administrativo

Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE

Av. Gregorio Escobedo cuadra 7 s/n

**Jesús María.-**

Referencia: Expediente de Instalación: I 805-2016

**Arbitraje Incot S.A.C. Contratistas Generales con el  
Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)**

Asunto: **Remite Laudo Arbitral del 18.10.2019 (79 folios)**

De nuestra especial consideración:

Tenemos el agrado de dirigirme a usted, en relación al expediente de la referencia, en virtud del cual el 3 de marzo de 2016 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc, conformado por los doctores, Eric Palacios Martínez y Patricia Mary Lora Ríos, en calidad de árbitros y quien suscribe, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, para solucionar las controversias entre **Incot S.A.C. Contratistas Generales y el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo**, surgidas del **Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM**, para la ejecución de la obra: "Construcción del Sistema de irrigación Ponaza".

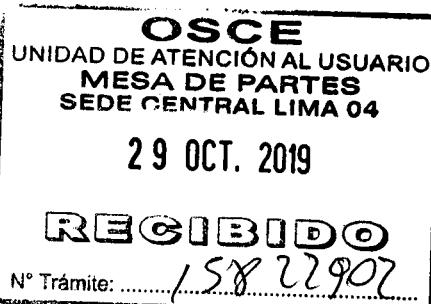
Sobre el particular, luego del proceso correspondiente, las controversias han sido resueltas con el laudo arbitral emitido mediante la Resolución N° 48 del 18 de octubre de 2019.

En este contexto, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, remito adjunto el ejemplar del laudo arbitral (79 folios).

Sin otro particular, me despido.



**OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**Sede Arbitral:**  
Av. Del Ejército N° 250, oficina 506, distrito de Miraflores



**Arbitraje:**  
INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**LAUDO DE DERECHO**

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el INCOT S.A.C. Contratistas Generales con el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo (PEHCBM), dictan los miembros del Tribunal Arbitral doctores Oswaldo Hundskopf Exebio, en calidad de Presidente, Eric Palacios Martínez y Patricia Mary Lora Ríos, en calidad de árbitros.

**Fecha de inicio de arbitraje:** 03 de marzo de 2016

**Número de Expediente de Instalación:** I805-2015

**Demandante:** INCOT S.A.C. Contratistas Generales (en lo sucesivo, el Contratista o el demandante).

**Demandado:** Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo (PEHCBM) (en lo sucesivo, la Entidad, o el demandado).

**Contrato:** Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM, para la ejecución de la obra: "Construcción del Sistema de irrigación Ponaza".

**Monto del Contrato:** S/. 43'666,333.39

**Cuantía de la Controversia:** Indeterminada

**Tipo y Número de Proceso de Selección:** Licitación Pública N° 01-2012-GORESAM/PEHCBM

**Tribunal Arbitral:** Oswaldo Hundskopf Exebio, en calidad de Presidente, Eric Palacios Martínez y Patricia Mary Lora Ríos, en calidad de árbitros.

**Secretaría Arbitral:** Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L.

**Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral:** S/. 90,921.74

**Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral:** S/. 65,886.00

**Fecha de emisión del laudo:** 18 de octubre de 2019

**Nº de Folios:** 79

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):**

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.**
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.**
- Mayores gastos generales.
- Indemnización por daños y perjuicios.**
- Enriquecimiento sin causa.
- Adicionales y reducciones.
- Adelantos.
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Pago de valorizaciones

**ÍNDICE**

<b>I. ANTECEDENTES .....</b>	<b>4</b>
<b>II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL .....</b>	<b>5</b>
<b>III. COSTOS DEL PROCESO.....</b>	<b>18</b>
<b>IV. DECLARACIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>20</b>
<b>V. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:.....</b>	<b>31</b>
<b>VI. LAUDO.....</b>	<b>77</b>

**Resolución N° 48**

En Lima, a los 18 de octubre de 2019, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

**I. ANTECEDENTES**

- 1.1. El 23 de noviembre de 2012 el Contratista y la Entidad suscribieron el CONTRATO N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM, derivado de la Licitación Pública N° 01-2012-GORESAM/PEHCBM, para la ejecución de la Obra: "Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza", por el monto de S/.43'666,333.39, (en adelante, se le denominará, el Contrato).
- 1.2. La Cláusula Décimo Novena del Contrato dispone que:

***"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 la ejecución contractual conforme a lo contemplado en los términos de las Bases de Licitación y/o Condiciones del Contrato.***

***Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas.***

***El procedimiento a seguir para la solución de controversias será de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 23 de las Condiciones de Contratación.***

***El Conciliador determinado de mutuo acuerdo entre las partes es:***

***Nombre del Conciliador: Ing. Juan José Velásquez Díaz***

***Registro CIP : 4096***

***Árbitro : 155***

***DNI N° : 08238372".***

- 1.3. El 3 de marzo de 2016, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral conformado

por los doctores Eric Palacios Martínez y Patricia Mary Lora Ríos, así como el abogado Héctor Inga Aliaga, profesional de la Subdirección de Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE y los representantes de ambas partes, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, ratificando los árbitros la aceptación del encargo y, señalando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes; asimismo, se obligaron a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada; ante ello, las partes asistentes expresaron su conformidad con las designaciones realizadas. Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia del abogado Oswaldo Hundskopf Exebio, Presidente del Tribunal Arbitral, por causas de fuerza mayor, ante ello las partes y los árbitros asistentes expresaron su conformidad de llevar a cabo la diligencia en mayoría.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de derecho.
- 1.5. Así también, en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría Arbitral del proceso a **Arbitre Soluciones Arbitrales SRL**, quien a su vez, designó como abogada a cargo a Carmen Antonella Quispe Valenzuela, identificada con Registro CAL N° 54863, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima. Posteriormente, mediante la Resolución N° 34 del 12 de julio de 2018 se varió la dirección de la sede arbitral a la avenida Del Ejército N° 250, Oficina 506, Miraflores.

## **II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL**

- 2.1. Mediante la Resolución N° 1 de fecha 18 de marzo de 2016, se señaló que la Cláusula Tercera del Contrato de Ejecución de Obra "Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza" N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM establecía que:

"Sólo en lo no previsto en este contrato, en las Normas para la Adjudicación de Contratos de Suministros y Servicios en el Marco de la Cooperación Financiera Oficial con Países en Desarrollo de la KfW y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán en forma supletoria la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las disposiciones del Código Civil vigente y demás normas concordantes".

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 2.2. Por lo que, el Tribunal Arbitral dispuso dejar sin efecto el requerimiento efectuado en el segundo párrafo del numeral 62 del Acta de Instalación, por lo que se dispone que existe la obligación de registrar los nombres del Tribunal Arbitral en el portal del SEACE y el registro de laudo arbitral en el portal del SEACE.
- 2.3. El 18 de abril de 2016, el Contratista presentó su demanda y el 19 de abril de 2016 presentó el escrito de subsanación. El Contratista solicitó en su demanda las siguientes pretensiones:
01. Que, se declare válida y por tanto oponible a la Entidad Contratante nuestra solicitud contenida en la Carta N° 067-15-en adelante, la Carta 067- del 15.MAY.2015, relacionada con **adicionar** al plazo de levantamiento de observaciones el 'período de demora' en que la contratista incurrió por causas que no les son imputables a ésta, ascendente a 27 días calendario, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 210º del RLCE (1); por lo que, en atención a ello, se deje sin efecto o se declare inaplicable lo dispuesto por la Entidad Contratante en la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG –en adelante, la Resolución 241- de fecha 17.JUN.2015, a través de la cual (i) se declara IMPROCEDENTE nuestra solicitud antes mencionada; y, (ii) se dispone cuantificar la penalidad a aplicarse, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 210º numeral 5 del RLCE; y,
  02. Que se ordene a la Entidad Contratante proceder a la suscripción del Acta de Recepción de Obra;
- Y, finalmente, en su oportunidad, condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 4 de fecha 3 de mayo de 2016, previo a admitir la demanda arbitral, se otorgó al Contratista el plazo de tres (3) días hábiles, para que cuantifique su primera pretensión demandada, por lo que el Contratista con fecha 9 de mayo de 2016 cuantificó su pretensión.
- 2.5. En atención a ello, mediante la Resolución N° 6 de fecha 16 de mayo de 2016 se admitió la demanda presentada mediante los

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

escritos del 18 y 19 de abril de 2016 y se corrió traslado de ella a la Entidad, para que en el plazo de treinta (30) días hábiles, conteste la demanda y, de considerarlo conveniente, formule en ese mismo acto reconvenión, debiendo ofrecer los medios probatorios en los que sustente su posición.

- 2.6. El 20 de junio de 2016, la Entidad contestó la demanda y ofreció los medios probatorios que sustentaban su posición. Por lo que, mediante la Resolución N° 9 del 24 de junio de 2016 se tuvo por contestada la demanda y se puso en conocimiento del Contratista.
- 2.7. Posteriormente, mediante la Resolución N° 12 del 25 de julio de 2016 se corrió traslado a la Entidad de la solicitud de acumulación de pretensión presentada por el Contratista mediante el escrito del 21 de julio de 2016 referente a: **“que declare que las defectuosidades que se han detectado en la obra sobre el cual incide la presente controversia obedecen directamente a una deficiencia del expediente Técnico a cargo de la Entidad contratante”**, para que manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.8. Teniendo en cuenta que la Entidad no se pronunció respecto a la solicitud de acumulación ni la cuestionó, mediante la Resolución N° 14 del 23 de setiembre de 2016 se accedió al pedido de acumulación de pretensión formulada el Contratista y se le otorgó el plazo de treinta (30) días hábiles, para que cumpla con fundamentar su pretensión acumulada y ofrecer los medios probatorios que respalden su posición.
- 2.9. Mediante la Resolución N° 16 del 24 de octubre de 2016, se corrió traslado a la Entidad de la solicitud de acumulación de dos (2) pretensiones planteadas por el Contratista mediante el escrito del 17 de octubre de 2016 para que en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho. Las dos pretensiones solicitadas por el Contratistas fueron las siguientes:

**“Que se declare inoponible al Contratista lo dispuesto en el segundo resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG del 01 de diciembre de 2015, en el extremo que señala que el Contratista mantiene la responsabilidad por defecto establecido en las condiciones de la contratación.”**

**“Que, la Entidad Contratante proceda a la inmediata devolución de la Carta Fianza del Fiel Cumplimiento de**

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo

(PEHCBM)

Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**Contrato, asumiendo (i) el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha en que debió recepcionarse la obra hasta su devolución efectiva, más los intereses que correspondan, y (ii) los daños y perjuicios que se han derivado como consecuencia de la no devolución de la fianza antes aludida."**

- 2.10. Teniendo en cuenta que la Entidad no se pronunció respecto a la solicitud de acumulación ni la cuestionó, mediante la Resolución N° 17 del 15 de noviembre de 2016 se accedió al pedido de acumulación de pretensión formulada el Contratista el 17 de octubre de 2016 y se le otorgó el plazo de treinta (30) días hábiles, para que cumpla con fundamentar su pretensión acumulada y ofrecer los medios probatorios que respalden su posición.
- 2.11. Por otro lado, el 7 de noviembre de 2016, el Contratista presentó el sustento de la acumulación efectuada el 21 de julio de 2016, por lo que mediante la Resolución N° 17, se admitió a trámite y se corrió traslado de ella a la Entidad para que en el plazo de treinta (30) días hábiles conteste a la acumulación de pretensión y, de considerarlo conveniente, formule en ese mismo acto reconvención, ofreciendo los medios probatorios que respalden las pretensiones.
- 2.12. Posteriormente, el 28 de diciembre de 2016, el Contratista presentó el sustento de la acumulación de fecha 17 de octubre de 2016, ofreciendo los medios probatorios que sustentan su posición.
- 2.13. El 28 de diciembre de 2016, el PROYECTO ESPECIAL HUALLAGA CENTRAL Y BAJO MAYO contestó la demandada de la primera acumulación, dedujo la excepción de incompetencia, formuló reconvención y ofreció como medio probatorio documentos y la actuación de una pericia de parte. Asimismo, el 29 de diciembre de 2016 el GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN contestó la demandada de la primera acumulación, dedujo la excepción de incompetencia, formuló reconvención y ofreció como medio probatorio documentos y la actuación de una pericia de parte. Por lo que mediante la Resolución N° 20 del 2 de enero de 2017, se tuvo por deducida la excepción de incompetencia contra El Tribunal Arbitral y corrió traslado de ella al Contratista para que en el plazo de treinta (30) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho; se tuvo por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios que señaló y adjuntó; se admitió a trámite la

reconvención y se corrió traslado de ella al Contratista para que en un plazo de treinta (30) días hábiles, presente su contestación a la reconvención ofreciendo los medios probatorios que sustenten su posición.

- 2.14. El 12 de enero de 2017, la Entidad presentó el Informe N° 1.1- 0665-16 CAS PONAZA RG/vp de fecha 16/12/2016, emitido por Jefe de Supervisor CAS Ponaza "Construcción del Sistema Irrigación Ponaza", mediante el cual amplió los fundamentos de su contestación a la demanda acumulada. Con fecha de 23 de marzo de 2017, el Contratista se pronunció respecto al el Informe N° 1.1- 0665-16 CAS PONAZA RG/vp conforme al informe que adjuntó a su escrito.
- 2.15. Atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 20, el Contratista con fecha 8 de febrero de 2017, contestó la reconvención, absolvió la excepción de incompetencia, por lo que mediante la Resolución N° 25 del 28 de febrero de 2017 se tuvo por contestada la reconvención, por absuelta la excepción de incompetencia y por ofrecidos los medios probatorios.
- 2.16. El 13 de febrero de 2017, la Entidad contestó la segunda acumulación de pretensiones y dedujo la excepción de caducidad contra la primera pretensión y ofreció medios probatorios, por lo que mediante la Resolución N° 25 del 28 de febrero de 2017 se tuvo por contestada la acumulación de pretensiones, por absuelta la excepción de caducidad y por ofrecidos los medios probatorios.
- 2.17. Sobre el particular, mediante el escrito del 19 de abril de 2017, el Contratista absolvió la excepción de caducidad contra la primera pretensión deducida por la Entidad, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito.
- 2.18. Mediante el escrito del 13 de marzo de 2017 y 16 de marzo de 2017, la Entidad y el Contratista, respectivamente, manifestaron que no contaban con presupuesto para asumir el pago de los honorarios arbitrales fijados en la Resolución N° 4, por lo que devolvieron los comprobantes de pago. En atención a ello, mediante la Resolución N° 27 del 3 de abril de 2017 se tuvo por desistida la reconvención presentada por la Entidad mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2016, y conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del numeral 55 del Acta de Instalación, se dispuso el archivo

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

de los actuados, respecto solo de las pretensiones reconvenidas por la Entidad, sin expedición de laudo arbitral por falta del pago.

- 2.19. Mediante la Resolución N° 28 del 8 de junio de 2017 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios para el 4 de julio de 2017 a las 16:30 horas en la sede arbitral.
- 2.20. El 4 de julio de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios, contando con la participación del Contratista, asimismo, se dejó constancia de la Inasistencia de la Entidad pese a que fue debidamente notificada.
- 2.21. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 29 del Acta de Instalación, se precisó que las Entidad dedujo las siguientes excepciones:
  - El Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo mediante escrito del 28 de diciembre de 2016 **dedujo la excepción de incompetencia** contra el de noviembre de primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito.
  - Asimismo, la ENTIDAD mediante escrito del 29 de diciembre de 2016 **dedujo la excepción de incompetencia** contra la primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito. Sobre el particular, con escrito del 09 de febrero de 2017, el Contratista absolvió la excepción deducida por la ENTIDAD.
  - Posteriormente, la ENTIDAD mediante escrito del 13 de febrero de 2017 **dedujo la excepción de caducidad** contra la segunda acumulación de pretensiones de fecha 28 de diciembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito. Sobre el particular, con escrito del 19 de abril de 2017, el Contratista absolvió la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD.
- 2.22. En dicha audiencia, se dispuso que las excepciones de incompetencia y caducidad deducidas por la Entidad, mediante escritos del 29 de diciembre de 2016 y 13 de febrero de 2017, **serían**

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**resueltas en un momento posterior, pudiendo resolverse inclusive en el momento de laudar.**

- 2.23. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos del proceso:

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA DEL 18 DE ABRIL DE 2016:**

1. Determinar si corresponde o no declarar válida y por tanto oponible a la Entidad la solicitud contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, relacionada con adicionar al plazo de levantamiento de observaciones el 'periodo de demora' en que la Contratista incurrió por causas que no les son imputables a ésta, ascendente a 27 días calendario, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 210º del RLCE; por lo que, en atención a ello, determinar si corresponde o no dejar sin efecto o declarar inaplicable lo dispuesto por la Entidad Contratante en la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 17 de junio de 2015, a través de la cual (i) se declaró improcedente nuestra solicitud antes mencionada; y, (ii) se dispuso cuantificar la penalidad<sup>1</sup> a aplicarse, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 210º numeral 5 del RLCE.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a la suscripción del Acta de Recepción de Obra.
3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA PRIMERA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE FECHA 07.11.2016 POR PARTE DEL CONTRATISTA**

4. Determinar si corresponde o no declarar que el Expediente Técnico de la Obra elaborado y aprobado por la Entidad adolece de deficiencias sustanciales y que, como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no declarar que todos los daños presentes y futuros que se generen en la obra, derivados directa o

---

<sup>1</sup> De conformidad con el escrito del 09 de mayo de 2016, el Contratista cuantificó su pretensión de la eventual penalidad, la misma que ascendería a la suma de S/.1'081,769.32.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

indirectamente de tales deficiencias, son de exclusiva responsabilidad de la Entidad.

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE FECHA 28.12.2016 POR PARTE DEL CONTRATISTA**

5. Determinar si corresponde o no declarar inoponibles al Contratista los efectos de lo dispuesto en el segundo resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG fechada el 01 de diciembre de 2015, en el extremo que señala que el Contratista mantiene la responsabilidad por defecto establecida en las condiciones de la contratación de la ejecución del Proyecto "Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza".
  6. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a la inmediata devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato, asumiendo además el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, de acuerdo a los costos previstos en el Contrato, desde la fecha en que se resolvió el contrato por conveniencia hasta su devolución efectiva, más los intereses que correspondan.
- 2.24. Igualmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en que son planteados en la citada Resolución y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos expresando las razones de dicha omisión. Del mismo modo, se dejó constancia que las premisas previas que sirven de base a cada una de las establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales y que están dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que, por ello, el Tribunal Arbitral está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste efectuado, genere nulidad alguna. En adición a ello, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación se concedería a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.
- 
- 

2.25. Asimismo, en la referida Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Posiciones se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por las partes:

**DEL CONTRATISTA:**

- Se admiten los documentos ofrecidos por el CONTRATISTA, señalados en el primer otrosí digo del escrito de demanda del 18 de abril de 2016 y adjuntados en el escrito de subsanación de demanda de fecha 19 de abril de 2016.
- Se admiten los documentos ofrecidos por el CONTRATISTA, señalados en el primer otrosí digo del escrito de sustento de acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016.
- Se admiten los documentos ofrecidos por el CONTRATISTA mediante escrito del 08 de febrero de 2017 y adjuntados mediante el escrito del 16 de marzo de 2017, consistentes en la Carta N° 482-2015-GRSM-PEHCBM/GG recibida el 22 de mayo de 2015 y el Informe Sustentatorio N° 098-2015-GRSM/PEHCBM/ACO-ADAP
- Se admiten los documentos ofrecidos por el CONTRATISTA, señalados en el primer otrosí digo del escrito de sustento de acumulación de pretensiones de fecha 28 de diciembre de 2016.
- **PERICIA DE PARTE:** se admitió la pericia de parte ofrecida en el segundo otrosí digo del escrito del 07 de noviembre de 2016, y se le otorgó al Contratista el plazo de cuarenta (40) días hábiles de realizada la citada audiencia, para que cumpla con presentar la pericia de parte, a costo del Contratista y en los ejemplares correspondientes.

**DE LA ENTIDAD:**

- Se admiten los documentos ofrecidos por la ENTIDAD, detallados en los numerales del 1 al 16 del acápite V "MEDIOS PROBATORIOS" y adjuntados como Anexos del 5 al

20 en el acápite VI “ANEXOS” del escrito de contestación de demanda de fecha 20 de junio de 2016.

- Se admiten los documentos ofrecidos por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, ofrecidos en el escrito de contestación de acumulación de pretensiones de fecha de diciembre del escrito de contestación de ampliación de demanda de fecha 28 de diciembre de 2016.
  - Se admiten los documentos ofrecidos por la ENTIDAD, detallados en los numerales del 1 al 4 del escrito de contestación de primera acumulación de pretensiones de fecha 29 de diciembre de 2016.
  - Se admite el Informe N° 1.1- 0665-16 CAS PONAZA RG/vp de fecha 16/12/2016, emitido por Jefe de Supervisor CAS Ponaza “Construcción del Sistema Irrigación Ponaza ofrecidos por la ENTIDAD mediante el escrito del 12 de enero de 2017.
  - Se admiten los documentos ofrecidos por la ENTIDAD, detallados en el acápite “V. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de contestación de ampliación de la segunda acumulación de pretensiones de fecha 13 de febrero de 2017.
- 2.26. Posteriormente, mediante el escrito del 13 de julio de 2017 la Entidad solicitó la acumulación de tres (03) pretensiones al presente proceso, las cuales consisten en:

**“Primera Pretensión Principal:**

**Se ordene a INCOT SAC Contratistas Generales, el pago de la penalidad impuesta por la suma ascendente a S/.3'288,261.44 (tres millones doscientos ochenta y ocho mil doscientos sesenta y uno 44/100 soles) con los reajustes e IGV por concepto en el retraso en la subsanación de las observaciones tal como lo establece el artículo 210º numeral 5 del RLCE.**

**Segunda Pretensión Principal:**

**Se declare que INCOT SAC Contratistas Generales incumplió su obligación contractual de contratar una póliza de seguros sin la firma del PEHCBM, como lo establece las condiciones generales de contratación.**

**Tercera Pretensión Principal:**

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**Que el Tribunal Arbitral determine que lo adicionales de obra superaron el 15%, por lo tanto, carecen de competencia para conocer el presente proceso."**

- 2.27. Por lo que, mediante la Resolución N° 30 del 26 de julio de 2017 se corrió traslado al Contratista de la solicitud de la acumulación efectuada por la Entidad para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho. Al respecto, el Contratista mediante el escrito del 8 de agosto de 2017 manifestó su conformidad con la solicitud de acumulación de pretensiones formulados por la Entidad, por lo que mediante la Resolución N° 31 del 12 de setiembre de 2017 se otorgó a la Entidad el plazo de treinta (30) días hábiles para que cumpla con fundamentar su pretensión acumulada y ofrecer los medios probatorios que respalden su posición. Sin embargo, mediante el escrito del 28 de setiembre de 2017, la Entidad señaló que mediante el escrito de fecha 13 de julio de 2017 cumplió con presentar su demanda de acumulación, reiterando sus fundamentos y adjuntó los medios probatorios que la sustentan. Por lo que mediante la Resolución N° 34 del 12 de junio de 2018 se admitió la acumulación de pretensiones efectuada por la Entidad mediante los escritos del 13 de julio y 28 de setiembre de 2017 y se corrió traslado de ella al Contratista para que en el plazo de treinta (30) días, conteste la acumulación de pretensiones y ofrezca los medios probatorios que sustentan su posición. El 30 de julio de 2018, el Contratista contestó la acumulación de pretensiones, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito
- 2.28. De otro lado, mediante la Resolución N° 31 se otorgó al Contratista el plazo de treinta (30) días hábiles, a efectos de presentar la pericia de parte. Ante ello, con el escrito del 10 de octubre de 2017, el Contratista presentó la pericia de parte, por lo que mediante la Resolución N° 32 del 22 de febrero de 2018, se tuvo por presentado el Informe Pericial de parte elaborado por el ingeniero Oscar Augusto Pablo Ramírez Erazquin y se corrió traslado de ella a la Entidad, para que en un plazo de cuarenta (40) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.29. Por lo que, el 3 de abril de 2018, la Entidad presentó sus comentarios respecto a la pericia de parte presentada por el Contratista.
- 2.30. Mediante la Resolución N° 35 del 7 de setiembre de 2018, **se fijaron los siguientes puntos controvertidos adicionales**, respecto a las pretensiones acumuladas por el Proyecto Especial Huallaga Central

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

y Bajo Mayo (PEHCBM) mediante los escritos del 13 de julio y 28 de setiembre de 2017:

- 7. Determinar si corresponde o no ordenar INCOT SAC Contratistas Generales, el pago de la penalidad impuesta por la suma ascendente a S/.3'288,261.44 (tres millones doscientos ochenta y ocho mil doscientos sesenta y uno 44/100 soles) con los reajustes e IGV por concepto en el retraso en la subsanación de las observaciones tal como lo establece el artículo 210º numeral 5 del RLCE.**
  - 8. Determinar si corresponde o no declarar que INCOT SAC Contratistas Generales incumplió su obligación contractual de contratar una póliza de seguros sin la firma del PEHCBM, como lo establece las condiciones generales de contratación.**
  - 9. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral determine que los adicionales de obra superaron el 15%, por lo tanto, carecerían de competencia para conocer el presente proceso.**
- 2.31. Asimismo, mediante la Resolución N° 35 se admitieron como medios probatorios los documentos detallados en el acápite IV MEDIOS PROBATORIOS del escrito de solicitud de acumulación de fecha 13 de julio de 2017 y en el acápite IV MEDIOS PROBATORIOS del escrito del 28 de setiembre de 2017 por parte de la Entidad.
- 2.32. Adicionalmente, mediante la Resolución N° 35 se citó a las partes a la Audiencia de Pruebas (Sustentación de pericia), para el día 25 setiembre de 2018 a las 15:30 horas en la sede arbitral, a fin de que el Contratista sustente su Informe Pericial de Parte. Asimismo, se citó a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para la misma fecha.
- 2.33. Mediante la Resolución N° 36 del 20 de setiembre de 2018 se tuvo por ratificados los puntos controvertidos adicionales fijado mediante la Resolución N° 35.
- 2.34. Mediante las Resoluciones N°s 36 y 37 se reprogramaron las Audiencia de Pruebas (Sustentación de pericia) y de Ilustración de Posiciones para el día 2 de octubre de 2018 en la sede arbitral.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 2.35. El 9 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas en donde el perito Óscar Augusto Pablo Ramírez Erazusquin sustentó la pericia de parte presentada por el Contratista, la Entidad presentó sus observaciones, los miembros del Tribunal efectuaron las preguntas pertinentes, las cuales fueron absueltas por el perito. Luego de ello, se dio inicio a la Audiencia de Ilustración, en donde las partes expusieron los fundamentos fácticos y técnicos de sus posiciones
- 2.36. Este Colegiado mediante la Resolución N° 38 del 9 de noviembre de 2018 exhortó a la Entidad para que todos sus escritos sean suscritos por el Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín en representación del Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo y/o en su defecto, de corresponder, autorice, de manera expresa, al apoderado Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo para que presente escritos en representación de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de San Martín, en conformidad con el artículo 47º de la Constitución Política del Perú y el artículo 78º de la Ley N° 27867 – Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales. Asimismo, requirió al Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín para que en el plazo de cinco (5) días hábiles, ratifique todos los escritos presentados en el presente arbitraje por el apoderado del Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo.
- 2.37. Mediante la Resolución N° 42 del 7 de febrero de 2019 se tuvo por ratificados los 17 escritos presentados por el apoderado del Proyecto, el señor Mario Sánchez Pérez en el presente arbitraje por parte del Procuraduría Pública del Gobierno Regional de San Martín en representación del Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo.
- 2.38. Mediante la Resolución N° 42 del 2 de mayo de 2019 se cerró la etapa probatoria y se otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, citándolas a la Audiencia de Informes Orales para el 29 de mayo de 2019 a las 10:00 horas en la sede arbitral. Posteriormente, mediante la Resolución N° 45 del 14 de junio de 2019 se reprogramó la referida audiencia para el 19 de julio de 2019 a las 11:00 horas en la sede arbitral.
- 2.39. El 19 de julio de 2019, con la participación de Tribunal Arbitral y el Contratista y la Entidad, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en donde se otorgó el uso de la palabra a los representantes

de cada una de las partes. Posteriormente, el Colegiado formuló las preguntas que consideró pertinentes a las partes, las que fueron absueltas debidamente por las mismas. Asimismo, este Colegiado declaró el cierre de la instrucción y estableció el plazo para laudar, siendo éste el plazo de treinta (30) días hábiles, el mismo que podría ser prorrogado a entera discreción del Tribunal Arbitral, por treinta (30) días hábiles adicionales. Precisando que, luego de su expedición, el Tribunal Arbitral remitirá el laudo a la Secretaría Arbitral y ésta deberá notificar a las partes dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes de emitido, ello de conformidad al numeral 46 del Acta de Instalación.

- 2.40. Es así que mediante la Resolución N° 47 el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, computado a partir de finalizado el primer plazo; en consecuencia, el plazo para laudar vencerá indefectiblemente el 18 de octubre de 2019.

### **III. COSTOS DEL PROCESO**

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, en el Acta de Instalación del 3 de marzo de 2016, se fijó como anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 84,000.00 netos por cada árbitro y como anticipo de honorarios de la Secretaría la suma de S/. 62,099.00 netos, los cuales debían ser cancelados por partes iguales. Posteriormente, luego de presentada la demanda, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 4 de fecha 3 de mayo de 2016 dejó sin efecto los honorarios arbitrales fijados en el Acta de Instalación y fijó como nuevos honorarios arbitrales la suma de S/. 30,000.00 por cada árbitro y S/. 15,000.00 para la Secretaría Arbitral, los que serían asumidos íntegramente por la parte demandante INCOT; sin embargo, mediante la Resolución N° 5 de fecha 16 de mayo de 2016 se precisó que la Entidad deberá asumir el 50% restante del monto ordenado mediante Resolución N° 4.

Mediante la Resolución N° 7 de fecha 7 de junio de 2016, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral por parte del Contratista.

Posteriormente, mediante la Resolución N° 10 de fecha 1 de julio de 2016 se facultó al Contratista para que asuma el pago de los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía al Contratista. Por lo que, mediante la Resolución N° 11 del 21 de julio de 2016 se

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por el Contratista en la parte que le correspondía a la Entidad.

- 3.2. Mediante la Resolución N° 18 del 15 de noviembre de 2016, se fijó un nuevo anticipo de los honorarios para cada árbitro en la suma de S/.15,000.00 incluido los impuestos y para la Secretaría en la suma de S/.10,000.00 incluido los impuestos, los cuales debían ser cancelados por partes iguales.

Mediante la Resolución N° 19 de fecha 7 de diciembre de 2016, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral por parte del Contratista y se le facultó para que asuma los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía a la Entidad.

Mediante la Resolución N° 20 del 2 de enero de 2017 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por el Contratista en la parte que le correspondía a la Entidad.

- 3.3. Mediante la Resolución N° 21 del 6 de enero de 2017, se fijó un nuevo anticipo de los honorarios para cada árbitro en la suma de S/.20,000.00 incluido los impuestos y para la Secretaría en la suma de S/.13,000.00 incluido los impuestos, los cuales debían ser cancelados por partes iguales.

Mediante la Resolución N° 23 de fecha 8 de febrero de 2017 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral por parte del Contratista y se le facultó para que asuma los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía a la Entidad.

Mediante la Resolución N° 27 del 3 de abril de 2017 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por el Contratista en la parte que le correspondía a la Entidad.

- 3.4. Mediante la Resolución N° 24 del 8 de febrero de 2017, se fijó un nuevo anticipo de los honorarios para cada árbitro en la suma de S/.17,960.87 incluido los impuestos y para la Secretaría en la suma de S/.13,943.00 incluido los impuestos, los cuales debían ser cancelados por partes iguales.

Al respecto, se precisa que ninguna de las partes pagó los honorarios arbitrales.

3.5. Mediante la Resolución N° 33 del 22 de febrero de 2018, se fijó un nuevo anticipo de los honorarios para cada árbitro en la suma de S/.17,960.87 incluido los impuestos y para la Secretaría en la suma de S/.13,943.00 incluido los impuestos, el cual sería asumido por la Entidad, atendiendo a la acumulación de pretensiones que efectuó.

Mediante la Resolución N° 34 de fecha 12 de junio de 2018 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral por parte de la Entidad.

3.6. Mediante la Resolución N° 40 del 6 de diciembre de 2018, se fijó un nuevo anticipo de los honorarios para cada árbitro en la suma de S/. 20,000.00 incluido los impuestos y para la Secretaría en la suma de S/.15,000.00 incluido los impuestos, los cuales debían ser cancelados por partes iguales.

Mediante la Resolución N° 41 de fecha 15 de enero de 2019 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral por parte del Contratista. Posteriormente, mediante la Resolución N° 42 del 7 de febrero de 2019 se le facultó para que asuma los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía a la Entidad.

Mediante la Resolución N° 43 del 2 de mayo de 2019 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por el Contratista en la parte que le correspondía a la Entidad.

#### **IV. DECLARACIONES PRELIMINARES**

4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) El Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Pruebas, de Ilustración y de Informes Orales.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

**V. PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

- 5.1. Este Tribunal Arbitral resolverá las siguientes pretensiones demandadas por las partes:

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA DEL 18 DE ABRIL DE 2016:**

1. Determinar si corresponde o no declarar válida y por tanto oponible a la Entidad la solicitud contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, relacionada con adicionar al plazo de levantamiento de observaciones el 'período de demora' en que la Contratista incurrió por causas que no les son imputables a ésta, ascendente a 27 días calendario, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 210º del RLCE; por lo que, en atención a ello, determinar si corresponde o no dejar sin efecto o declarar inaplicable lo dispuesto por la Entidad Contratante en la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 17 de junio de 2015, a través de la cual (i) se declaró improcedente nuestra solicitud antes mencionada; y, (ii) se dispuso cuantificar la penalidad<sup>2</sup> a aplicarse, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 210º numeral 5 del RLCE.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a la suscripción del Acta de Recepción de Obra.

---

<sup>2</sup> De conformidad con el escrito del 09 de mayo de 2016, el Contratista cuantificó su pretensión de la eventual penalidad, la misma que ascendería a la suma de S/.1'081,769.32.

3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA PRIMERA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE FECHA 07.11.2016 POR PARTE DEL CONTRATISTA**

4. Determinar si corresponde o no declarar que el Expediente Técnico de la Obra elaborado y aprobado por la Entidad adolece de deficiencias sustanciales y que, como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no declarar que todos los daños presentes y futuros que se generen en la obra, derivados directa o indirectamente de tales deficiencias, son de exclusiva responsabilidad de la Entidad.

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE FECHA 28.12.2016 POR PARTE DEL CONTRATISTA**

5. Determinar si corresponde o no declarar inoponibles al Contratista los efectos de lo dispuesto en el segundo resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG fechada el 01 de diciembre de 2015, en el extremo que señala que el Contratista mantiene la responsabilidad por defecto establecida en las condiciones de la contratación de la ejecución del Proyecto "Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza".
6. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a la inmediata devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato, asumiendo además el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, de acuerdo a los costos previstos en el Contrato, desde la fecha en que se resolvió el contrato por conveniencia hasta su devolución efectiva, más los intereses que correspondan.

**PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE FECHA 13.07.2017 POR PARTE DE LA ENTIDAD**

7. Determinar si corresponde o no ordenar INCOT SAC Contratistas Generales, el pago de la penalidad impuesta por la suma ascendente a S/.3'288,261.44 (tres millones doscientos ochenta y ocho mil doscientos sesenta y uno 44/100 soles) con los reajustes e

IGV por concepto en el retraso en la subsanación de la observaciones tal como lo establece el artículo 210º numeral 5 del RLCE.

8. Determinar si corresponde o no declarar que INCOT SAC Contratistas Generales incumplió su obligación contractual de contratar una póliza de seguros sin la firma del PEHCBM, como lo establece las condiciones generales de contratación.
9. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral determine que los adicionales de obra superaron el 15%, por lo tanto, carecerían de competencia para conocer el presente proceso.

#### **PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN**

10. Determinar a quién y en qué parte corresponde o no asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

#### **VI. EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LA ENTIDAD:**

- 6.1. La Entidad dedujo tres excepciones, las mismas que serán resueltas a continuación:
  - i. El Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo mediante escrito del 28 de diciembre de 2016 **dedujo la excepción de incompetencia** contra la primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito.
  - ii. Asimismo, la ENTIDAD mediante escrito del 29 de diciembre de 2016 **dedujo la excepción de incompetencia** contra la primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito. Sobre el particular, con escrito del 09 de febrero de 2017, el Contratista absolvió la excepción deducida por la ENTIDAD.
  - iii. Posteriormente, la ENTIDAD mediante escrito del 13 de febrero de 2017 **dedujo la excepción de caducidad** contra la segunda acumulación de pretensiones de fecha 28 de diciembre de 2016 presentada por el Contratista, conforme a los argumentos señalados en dicho escrito. Sobre el particular, con escrito del 19

de abril de 2017, el Contratista absolvió la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD.

- 6.2. Una cuestión de orden, antes resolver las excepciones planteadas por el PEHCBM, es denotar como los argumentos utilizados - en el devenir de la demanda y sus sucesivas acumulaciones (referidas a las pretensiones procesales) – en la interposición de las excepciones de incompetencia contra la primera acumulación de pretensiones interpuesta por el Contratista con fecha 07 de noviembre de 2016, resultan siendo sustancial y formalmente idénticos en cada supuesto, tal y como se aprecia de los escritos fechados el 28 y 29 de diciembre de 2016, articulaciones que fueron absueltas por el contratista.
- 6.3. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera oportuno, con el ánimo de obviar reiteraciones innecesarias y velar por la coherencia en sus decisiones, resolver, en un primer momento, con idéntico criterio jurídico - y en conjunto - las excepciones de incompetencia deducidas, para luego pronunciarse sobre la excepción de caducidad incoada mediante escrito del 13 de febrero de 2017 contra la primera pretensión de la segunda acumulación de pretensiones de fecha 28 de diciembre de 2016 presentada por el contratista, siendo ella también debidamente absuelta por el contratista.
- 6.4. Dicho esto, el Tribunal Arbitral procede al análisis respectivo.

#### **DE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA**

- 6.5. Las excepciones de incompetencia planteadas por el PEHCBM se apoyan en que la pretensión del demandante no es materia arbitrable al no estar considerada dentro de los alcances del convenio arbitral inserto en el Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM, para la ejecución de la Obra “Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza”; es decir, según el PEHCBM, la pretensión del contratista no sería materia arbitrable al no estar su objeto comprendido dentro de los alcances previstos en las condiciones de la contratación (numeral 22.1 del punto 22): no se habría generado una controversia arbitrable inserta en la pretensión del contratista en tanto no se trata si el Supervisor tomó o no una decisión que esté fuera de sus facultades o que fuera desacertada, pretendiéndose unilateralmente incluir una condición en la relación contractual lo

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

cual no procede vía controversia. Incluso, señala, si se quisiese evaluar ésta pretensión en el marco de la LCE tampoco sería posible al no estar la pretensión del contratista dentro de los temas señalados expresamente por la ley, donde puedan surgir controversias ya que la pretensión del contratista está referida a una supuesta condición del expediente técnico y no sobre el contrato entre las partes.

- 6.6. Frente a ello, INCOT SAC absuelve el traslado arguyendo que la excepción de incompetencia planteada carecería de toda fundamentación y sentido lógico jurídico pues se pretende que las pretensiones demandadas sean desestimadas liminarmente sólo por el hecho que no se encuentran literalmente descritas en las condiciones de contratación, y aún cuando ellas se adecuan perfectamente a la cláusula contractual de carácter normativo general contenida en el punto 22 de las Condiciones de Contratación. Agrega que la Entidad Contratante se atreve a citar el tenor textual del punto 22 de las Condiciones de Contratación, que alude a que se puede someter a controversia las decisiones no acertadas del ingeniero, como prueba que nuestras pretensiones no se encuentran dentro del marco contractual sub-materia, cuando en verdad ellas si se encuentran dentro de él, tal y como se demuestra de su sola lectura, pues nuestra parte cuestiona la decisiones que consideramos no acertadas emitidas por el ingeniero dentro de la última parte de la ejecución contractual.
- 6.7. Asimismo, indica que se pretende ofender la mínima lógica con el planteamiento de la excepción de incompetencia irregularmente planteada puesto que cuando la Entidad Contratante arguye que tampoco la pretensión demandada estaría dentro de los alcances del artículo 52º de la Ley de Contrataciones que se refiere a las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, cuando es obvio que nuestras pretensiones claramente se refieren a la ejecución contractual, concluyendo que si siguiéramos tal razonamiento, tampoco las pretensiones contenidas en la reconvención serían arbitrables, al no estar descritas literalmente en las regulaciones señaladas.
- 6.8. Sobre el particular, y evaluadas las posiciones de ambas partes, el Tribunal Arbitral visualiza que la excepción se encuentra dirigida contra la pretensión inserta en la primera ampliación de la demanda, cuyo contenido es el siguiente:

"Que, expresamente declare que el Expediente Técnico de la Obra elaborado y aprobado por la propia Entidad Contratante adolece de deficiencias sustanciales y que, como consecuencia de ello, declare que todos los daños presentes y futuros que se generen en la obra, derivados directa o indirectamente de tales deficiencias, son de exclusiva responsabilidad de la Entidad Contratante"

- 6.9. El PEHCM señala que el objeto de ésta pretensión no se encontraría comprendido dentro de los alcances previstos en las condiciones de contratación, las que señalan en su numeral 22.1 del punto 22:

"22. CONTROVERSIAS

22.1 Si el Contratista considerase que el Ingeniero ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá en primera instancia al PEHCBM; en caso de continuar la divergencia será sometida al Conciliador dentro de los 14 días siguientes"

- 6.10. El Tribunal aprecia, en términos sustanciales, que lo que propone el PEHCBM es que estando delimitado el ámbito de las controversias por el punto 22 de las Condiciones de Contratación a los supuestos en que exista una decisión del ingeniero que esté fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, por lo que la pretensión del contratista, al no estar referida a ello sino a peticionar que el Colegiado expida una declaración en torno a los posibles daños presentes y futuros que se generen en la obra, derivados directa o indirectamente de tales deficiencias, son de exclusiva responsabilidad de la Entidad Contratante

- 6.11. Ciertamente, basta un acercamiento netamente literal para colegir que la pretensión del contratista no estaría comprendida en el punto 22.1 de las condiciones generales de contratación, más debe advertirse, también dentro de su literalidad, que éste no establece un listado de controversias arbitrables sino sólo regula específicamente las controversias surgidas de las decisiones del ingeniero, las que ciertamente no pueden agotar toda la gama de posibles controversias que pueden surgir o que se deriven del denominado *iter contractual*, no pudiendo el Tribunal restringir el derecho de ninguna de las partes a someter a su competencia las controversias vinculadas a la relación contractual, tal y como resulta calificada la pretensión del contratista, pues de lo contrario se estaría contraviniendo la propia esencia de la tutela jurisdiccional efectiva y el mandato constitucional que la ampara.

- 6.12. Por otro lado, el PEHCBM señala que la pretensión del contratista tampoco se encontraría en los alcances del numeral 1 del artículo 52º de la LCE que preceptúa:

"Artículo 52.- Solución de controversias

52.1 *Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes"*

- 6.13. Nuevamente el Colegiado estima sólo necesario, en este caso, remitirse al tenor del artículo señalado a los fines de establecer que éste comprende a las controversias que surjan durante la ejecución contractual, siendo en esta fase que se enmarca la pretensión del contratista al peticionar un pronunciamiento en torno a los eventualidad de los daños presentes y futuros a la obra dentro del lapso en que se ejecuta el contrato.
- 6.14. A mayor abundamiento, el Colegiado tiene a bien precisar que la pretensión del contratista es calificable como una pretensión declarativa, que tiende a eliminar un estado de incertidumbre mediante un pronunciamiento que resuelva acerca de la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica: solo reconoce una situación jurídica preexistente, no generándose ni modificándose situaciones jurídicas ni imponiéndose condenas al demandado; las que se pueden proyectar en dos direcciones según sea que el estado jurídico se discuta realmente (pretensiones declarativas en sentido amplio), o bien que se base en un litigio eventual en virtud de la puesta en duda de esa situación jurídica (pretensiones meramente declarativas)<sup>3</sup>. El contratista solicita que el Tribunal estime una situación jurídica preexistente, es decir, la posible imputación de responsabilidad a la Entidad Contratante por los daños presentes y futuros al verificarce que la obra se ejecutó siguiendo los parámetros de un expediente técnico defectuoso.
- 6.15. En este orden de ideas el Colegiado estima que las excepciones de incompetencia deben ser declaradas INFUNDADAS.

## DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

<sup>3</sup> PALACIOS PAREJA, Enrique *Reflexiones sobre la tutela preventiva en IUS ET VERITAS, Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Católica del Perú, N° 31, Lima, 2005, p. 232.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 6.16. La excepción de caducidad planteada tiene como sustento material el momento cronológico en que la Entidad Contratante decidió resolver el contrato mediante Resolución Gerencial N° 527-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 01 de diciembre de 2015, señalándose que el plazo de diez días impuesto por el artículo 209º del RLCE para recurrir a los mecanismos de solución de controversias en torno a la resolución del contrato habrían vencido sobradamente antes de presentada la demanda.
- 6.17. El contratista INCOT absuelve el traslado señalando que la Entidad Contratante intenta inducir a error al Tribunal Arbitral en tanto no se cuestiona, ni se pretende cuestionar, la resolución del contrato operada por el PEHCBM, que se encuentra consentida, siendo en verdad la materia controvertida en el proceso - entre otras pretensiones conexas - la ampliación de plazo para el levantamiento de observaciones así como la recepción de la obra que deberá efectuar la Entidad que no guardan relación alguna de carácter sustancial con la resolución del contrato a la que se alude; pretendiéndose entonces, dice el contratista, ofender la mínima lógica con el planteamiento de la excepción de caducidad irregularmente planteada pues se pretende tomar a la resolución contractual como un hecho controvertido y cuestionado por nuestra parte cuando en verdad no lo es.
- 6.18. Como puede verse objetivamente, la primera pretensión de la segunda ampliación de la demanda peticiona:  
*"Que, expresamente se declaren inoponibles al Contratista los efectos de lo dispuesto en el segundo resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRS-PEHCBM/GG fechada el 01 de diciembre de 2015, en el extremo que señala que el Contratista mantiene la responsabilidad por defecto establecida en las condiciones de la contratación de la ejecución del Proyecto "Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza"*
- 6.19. De tal constatación se tiene que INCOT SAC sólo cuestiona la mantención de responsabilidad por defecto más no la resolución del contrato por lo que el conteo del plazo de caducidad no debe ser realizado necesariamente en función al momento en que se expidió la Resolución Gerencial N° 527-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 01 de diciembre de 2015 sino siguiendo los plazos genéricos de conteo señalados en el artículo 52 de la LCE que establece que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, el cual en el caso de obras es concordante con lo dispuesto en el art. 212 del RLCE<sup>4</sup>.

- 6.20. Al respecto, el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley o LCE) establece que "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad..." (subrayado nuestro); Téngase presente, en este sentido, que el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje respecto a ésta pretensión en particular, no ha sido previsto de modo expreso, sino que corresponde a una fórmula abierta, carente de un plazo específico de vigencia.
- 6.21. Se entiende así que la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la LCAE, limitada únicamente con la vigencia del contrato.
- 6.22. Dado que la Entidad Contratante ha aducido para excepcionar un hecho que no se extrae de los actuados, y que resulta ser no constatable, la excepción debe ser declarada IMPROCEDENTE.

### **CUESTIÓN PREVIA: IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA**

- 6.23. Paralelamente, la Entidad ha interpuesto como cuestión previa a lo largo de su defensa en el presente arbitraje, la afirmación de que diversas pretensiones de la demanda y acumulaciones de demanda de INCOT serían de plano improcedentes, señalando como sustento que la cláusula 23 de las Condiciones de Contrataciones establece un iter procedural que exige, como primera etapa en la solución de cualquier controversia entre las partes, el recurso a una etapa conciliatoria según los pasos definidos en subsecuentes numerales de la mencionada cláusula, y que solo

<sup>4</sup> **Artículo 212.- Efectos de la liquidación**

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

*Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso.*

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

luego podría ventilarse una controversia al arbitraje propiamente dicho.

6.24. Este Tribunal no comparte la tesis planteada por el demandado. Basta una lectura integrada de (1) la cláusula décimo novena del Contrato, sobre solución de controversias, (2) la cláusula 22 de las Condiciones de Contratación, y (3) la cláusula 23 de este último documento, para entender el carácter facultativo del proceso conciliatorio. Veamos:

- La Cláusula Décimo Novena del Contrato dispone que:

*"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 la ejecución contractual conforme a lo contemplado en los términos de las Bases de Licitación y/o Condiciones del Contrato.*

**Facultativamente**, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas.

*El procedimiento a seguir para la solución de controversias será de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 23 de las Condiciones de Contratación.*

*El Conciliador determinado de mutuo acuerdo entre las partes es:*

*Nombre del Conciliador: Ing. Juan José Velásquez Díaz*

*Registro CIP : 4096*

*Árbitro : 155*

*DNI N° : 08238372".*

*(El énfasis es agregado)*

6.25. Por su parte, la cláusula 22 de las Condiciones de Contratación permite entender que es la decisión del Ingeniero, de la que el contratista pudiera discrepar, lo que es materia de proceso conciliatorio según el procedimiento definido en la cláusula 23:

## "22 CONTROVERSIAS

22.1 Si el Contratista considerase que el Ingeniero ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá en primera instancia al PEHCBM; en caso de continuar la divergencia será sometida al Conciliador dentro de los 14 días siguientes.

(El énfasis es agregado)

- 6.26. De este modo, es incorrecto, a entender del Tribunal, excluir el acceso directo al arbitraje para el caso de aspectos contractuales controvertidos entre las partes distintas de los especificadas en la cláusula 22 – decisiones del Ingeniero. Más aún cuando una lectura directa de la cláusula décimo novena nos informa del carácter facultativo de la conciliación –entendiéndose por dicho término, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la característica de opcional–; y brinda a las partes la autorización expresa a someter a arbitraje administrativo cualquier controversia derivada de la ejecución del Contrato.
- 6.27. En ese sentido, las alegaciones de IMPROCEDENCIA del demandado devienen en INFUNDADAS.

## VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

### CONSIDERANDO:

- 7.1. Que, luego de haberse examinado la actuación probatoria y el posicionamiento de las partes, así como los puntos controvertidos sobre los que el Tribunal Arbitral deberá emitir pronunciamiento, se puede nítidamente visualizar que el núcleo central sobre el que se plasma la controversia suscitada entre las partes gira en torno al desenvolvimiento concreto del procedimiento de recepción de la obra, es decir del conjunto de actos sucedáneos y concatenados dirigidos a la verificación del cumplimiento sustancial de las prestaciones a cargo del contratista.
- 7.2. Esta calificación del Tribunal Arbitral se limita sólo a advertir que en la regulación normativa de la recepción de la obra nos

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

encontramos frente a una *fattispecie* de carácter complejo<sup>5</sup>, denominada por la teoría general del derecho como procedimiento, en la que la producción del efecto jurídico - materializado en la liberación del contratista, vía cumplimiento del contrato - se verifica a través de hechos (actos) coaligados por una función unitaria y dispuestos en un determinado orden cronológico y lógico, orden necesario para su regular desenvolvimiento<sup>6</sup>, que precisamente finaliza en la emisión de un acta de recepción de obra que contiene una declaración plurilateral de conocimiento (o "de ciencia", como imprecisamente se suele anotar)<sup>7</sup> en cuanto quienes la suscriben dan cuenta del cumplimiento, de una manera similar a lo que ocurre con la emisión de un recibo de pago, con la sola diferencia de que los intervenientes en el son los miembros de un Comité de Recepción, el Jefe de Supervisión de Obra y el Residente de Obra, mientras que el recibo contiene la declaración unilateral del acreedor de la prestación, pues en ambos casos la o las prestaciones se dan por ejecutadas.

- 7.3. Lo aseverado se corrobora en el propio tenor del artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante RLCE), que rige la recepción de la obra, tal y como se puede apreciar de su sola lectura, impone la realización de una serie de actos concatenados, ordenados y sucesivos por parte de la Entidad Contratante y el Contratista (incluso colocando plazos muy estrictos para cada uno ellos) que tienen una funcionalidad unitaria dirigida a formalizar la constatación del cumplimiento del contratista en diversas etapas, estableciéndose en ellas deberes y derechos atribuidos, según sea el caso, a cada una de las partes en tutela del equilibrio y de la justicia contractual<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> La *fattispecie* compleja es conceptualizada como el conjunto de los elementos y requisitos que las normas a ella relativas hipotizan para su eficacia. En tal sentido, nos recuerda su valor descriptivo, más no conceptual, SCOGNAMIGLIO, Renato *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)* en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, Anno VIII, p. 343.

<sup>6</sup> Sobre la noción de procedimiento, ver SANTORO PASSARELLI, Francesco *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012, pp. 103-104.

<sup>7</sup> Ver, por todos: SACCO, Rodolfo y CISIANO, Paola *Il fatto, l'atto, il negozio* en "Trattato di diritto civile" diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2005, pp. 319 y ss.

<sup>8</sup> Que, en tal orden de ideas el Tribunal Arbitral, debe dar concreción a uno de los principios más importantes que rigen el ordenamiento normativo regulatorio de la contratación pública: el *principio de equidad* que se erige como la base dogmática para la protección del equilibrio económico del contrato y que ha sido normativamente impuesto como un criterio de interpretación<sup>8</sup>. El principio de equidad según se desprende del literal "I" del artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1017, señala expresamente que "las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)", en tutela de la onerosidad y del carácter sinalgámático del contrato de obra

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.4. Punto de particular relevancia es la etapa de levantamiento o subsanación de las observaciones detectadas por el Comité de Recepción en la que precisamente se centran las principales pretensiones del contratista.
- 7.5. Visto ello, y teniendo presente que la naturaleza de la recepción de la obra se identifica con la de un procedimiento, este Tribunal Arbitral hace, desde ya explícito su posicionamiento en torno a la metodología en el desarrollo y análisis de los hechos a los fines de resolver convenientemente la controversia. En tal sentido, y con el propósito de revelar una metodología que permita visualizar una clara línea de razonamiento, se ha optado por asumir *ab initio* el orden cronológico del devenir de los hechos que, al margen de ser un indiscutible criterio objetivo, permite entrever la secuencialidad idónea de los acontecimientos relevantes (sin perjuicio de haberse evaluado todo el desarrollo factual y sus consecuencias en el plano lógico-jurídico), así como determinar el punto sustancial de la presente controversia identificado en la interpretación de los numerales 5 y 7 del artículo 210º del RLCE, a partir de lo cual podrán ser resueltos ordenada y coherentemente los puntos controvertidos subsiguientes insertos en el presente arbitraje.
- 7.6. Así, en el plano procedural-formal se tiene que establecer la concordancia de la secuencia de declaraciones y comportamientos de las partes del contrato con las reglas establecidas en los numerales atinentes del artículo 210º del Reglamento, que contiene los parámetros exigibles a ambas partes en la fase de Recepción de la Obra sobre la que se desarrolla toda la controversia en el presente proceso.
- 7.7. Congruentemente con lo anotado se procede a desarrollar los considerandos del presente laudo atendiendo principalmente al orden cronológico de los hechos relevantes y no necesariamente en relación con el orden formal esbozado al momento de determinación de los puntos controvertidos.

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR VÁLIDA Y POR TANTO OPOSIBLE A LA ENTIDAD LA SOLICITUD**

pública, a lo que se debe añadir que la parte final del propio artículo señala que "estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la siguiente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**CONTENIDA EN LA CARTA N° 067-15 DEL 15 DE MAYO DE 2015, RELACIONADA CON ADICIONAR AL PLAZO DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES EL 'PERÍODO DE DEMORA' EN QUE LA CONTRATISTA INCURRIÓ POR CAUSAS QUE NO LES SON IMPUTABLES A ÉSTA, ASCENDENTE A 27 DÍAS CALENDARIO, EN CONCORDANCIA CON LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 7 DEL ARTÍCULO 210° DEL RLCE; POR LO QUE, EN ATENCIÓN A ELLA, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO O DECLARAR INAPlicable LO DISPUESTO POR LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG DE FECHA 17 DE JUNIO DE 2015, A TRAVÉS DE LA CUAL (I) SE DECLARÓ IMPROCEDENTE LA SOLICITUD ANTES MENCIONADA; Y, (II) SE DISPUSO CUANTIFICAR LA PENALIDAD A APLICARSE, DE ACUERDO A LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 210° NUMERAL 5 DEL RLCE.**

- 7.8. A partir del análisis de las alegaciones de las partes en el proceso se tiene, en primera instancia, que un punto central de la controversia es la cuestión jurídica consistente en la interpretación del numeral 7 del artículo 210° del RLCE, en cuanto el adecuado sentido normativo de tal punto de regulación inserto en el *iter contractual* (vía integración) es vital para construir la *ratio decidendi* del pronunciamiento resolutivo a emitirse por el Tribunal Arbitral en el marco de los hechos que han dado lugar a la controversia.
- 7.9. Delimitada la importancia de la interpretación para resolver la controversia, el Tribunal estima oportuno recordar que la ley, a la par que el negocio jurídico, requiere de un procedimiento operativo de dinámica posterior el que tiene como finalidad hacer que la norma no quede en letra muerta, sino que se mantenga viva y vigente en la órbita del ordenamiento jurídico particular. La interpretación requiere y exige la intervención del intérprete para hacer que el objeto de la misma constantemente se vivifique, y pueda así realizarse el "sentido" práctico de la ley o del negocio. El intérprete está llamado a realizar una labor más compleja que la de poner en orden los hechos que van a dar lugar a la aplicación de la norma, excluyendo un eventual automatismo en la asignación de los efectos jurídicos, al menos en la forma de verificar cuales son los presupuestos factuales sobre los cuales ellos habrán de incidir<sup>9</sup>, denunciándose así un vicio recurrente en la aplicación de las normas jurídicas que lamentablemente se encuentra presente en muchos pronunciamientos jurisdiccionales y que se concreta en la **irreflexiva tendencia a hacer prevalecer una aplicación normativa basada en el automatismo** que ciertamente excluye el sustrato de la interpretación. Tal razonar ha conllevado a una necesidad de

<sup>9</sup> BETTI, Emilio *Teoria generale della interpretazione* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, vol. I, p.69.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

renovación en el devenir de la construcción dogmática, dotándola del sentido práctico planteado a propósito de la interpretación: no se trata de invertir el curso del procedimiento de abstracción y construcción de los conceptos, sino de enderezarlo hacia la meta, eligiendo y perfeccionando los instrumentos de la dogmática, como parte integrante de la interpretación jurídica. La construcción dogmática debe llevar su construcción no con vanos y rígidos esquemas inadaptados a la realidad sociológica y refractarlos a la dinámica histórica del derecho, sino iluminando en su íntima coherencia lógica las valoraciones que determinan y justifican las soluciones legislativas de los problemas<sup>10</sup>.

De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un negocio jurídico que suscita, en quien se enfrenta a ellos, dudas en relación a su contenido.

Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración que la norma de contratación estatal sub-materia se encuentra inserta dentro del contenido contractual que vincula a las partes de lo que se desprende también la propia aplicabilidad de los criterios de interpretación concernientes al negocio jurídico, es decir, no se puede dejar de atender a que la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos<sup>11</sup>.

- 7.10. Establecido el marco donde se desarrollará la labor interpretativa, veamos que señala el numeral 7 de la norma:

"Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

(...)

<sup>10</sup> Ver por todos BETTI, Emilio *Las categorías civilísticas de la interpretación* en BETTI, Emilio *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de José Luis De Los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 43.

<sup>11</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Medellín 1983, p. 236.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora"

- 7.11. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera conveniente dividir el análisis en dos momentos diferenciados. Por un lado, dilucidar cuál es su ámbito de aplicación y funcionalidad dentro de la recepción de obra y, por otro, establecer si en el caso concreto se verifican los requisitos para su aplicación.
- 7.12. Bajo el primer aspecto, el numeral citado reconoce un derecho potestativo de prórroga de plazo a favor del contratista dentro del procedimiento de recepción de obra en la hipótesis en que por causas ajenas a éste no se observen los plazos<sup>12</sup> legalmente impuestos a ambas partes, ello sin que se señale un momento determinado para su aplicación concreta, es decir, el numeral no indica si será aplicable al inicio, durante, o finalizado el procedimiento de recepción de la obra.
- 7.13. En tal sentido, el Tribunal Arbitral no puede, sin incurrir en arbitrariedad, restringir su ámbito de aplicación, en razón de lo cual estima que este numeral es inmediatamente aplicable a cualquiera de los momentos del procedimiento de recepción de obra, según fuere el caso, en que se constate una inobservancia de plazos derivada de causas ajenas al contratista y siempre que afecte su actividad dirigida a la verificación del cumplimiento de las prestaciones contractuales a su cargo.
- 7.14. Cabe anotar que el criterio asumido ahora por el Tribunal Arbitral discrepa de la Opinión N° 026-2014/DTN, alegada por la Entidad Contratante, según la cual el numeral 7 del artículo 210º del RLCE "tiene por finalidad evitar la imposición de penalidades al contratista por retrasos imputables a la Entidad y, sobre todo, reconocer los mayores costos que asumirá el contratista por la demora de la Entidad durante la recepción de la obra". Sobre el particular se denota cómo la interpretación de la Dirección Técnico

<sup>12</sup> Nótese que el numeral sub-materia se refiere a una pluralidad de plazos, más no sólo a un plazo particular, como sería el plazo de inicio de la recepción de obra, rasgo que excluye *ab initio* un ámbito de aplicación restrictivo a la fase inicial del procedimiento.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

Normativa (DTN) del OSCE se aparta del tenor literal del numeral 7 al sustituir el concepto de causa ajena por el de causa imputable a la Entidad, orientación que no cuenta con un fundamento sólido que permita justificar el apartamiento del tenor literal, que en el devenir interpretativo, resulta siendo el punto de partida necesario para la averiguación de su sentido normativo. Así también debemos considerar que una opinión de una instancia administrativa (la DTN) no es un elemento objetivo para sustentar un posicionamiento definitivo sobre el ámbito de aplicación del numeral 7 (máxime cuando el OSCE es una entidad estatal al igual que una de las partes contractuales), como sí lo son, por ejemplo, el análisis de carácter sistemático o la propia utilización de los principios inmanentes al sistema.

- 7.15. Nótese, además que las opiniones emitidas por la DTN del OSCE son sólo vinculantes a nivel de los órganos administrativos internos de las entidades públicas - según lo reconoce la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE al señalar que *las resoluciones y pronunciamientos del OSCE en las materias de su competencia tienen validez y constituyen precedente administrativo, siendo de cumplimiento obligatorio* - pero de ninguna manera pueden serlo en relación a los particulares o, en su caso, ser opuestas en un proceso judicial o arbitral frente a los órganos jurisdiccionales competentes.
- 7.16. Nos encontramos entonces frente a un remedio que tiende a la protección del interés contractual del contratista durante el procedimiento de recepción, que adquiere relevancia jurídica cuando se presente una causa *no imputable* que le impida observar los plazos establecidos en relación a la actividad que le corresponde realizar de acuerdo a la naturaleza de la etapa en que se encuentre este procedimiento, y que tiene como consecuencia inmediata una extensión del plazo por el lapso que dure la imposibilidad.
- 7.17. El Tribunal es plenamente consciente de que el límite de la exigibilidad de un deber, cualquiera fuere su alcance y naturaleza – dejando de lado las excepciones expresamente reconocidas y justificadas por el ordenamiento - es la imposibilidad de su realización específica. Es sintomático para el Tribunal Arbitral que en el numeral materia de análisis se haya insertado un remedio para proteger al contratista de las situaciones negativas en que se haga imposible la observancia del deber específico.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.18. Un rasgo sintomático de la norma son las consecuencias jurídicas que se asumen por las partes contratantes al verificarse la *fattispecie*, las que consisten en a) que el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la fase pertinente de la actividad de recepción y b) el reconocimiento al contratista de los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.
- 7.19. Sobre ésta última cuestión el Tribunal Arbitral advierte que es materia controvertida solamente la primera consecuencia, es decir, si concretamente en el período de subsanación de observaciones se debe adicionar al plazo legal, el lapso de duración de la causa no imputable al deudor identificada en el llamado caso fortuito, a cuyos efectos debemos recurrir a la regulación vertida en el Código Civil (artículo 1315º C.C) a lo que nos avocaremos en los párrafos subsiguientes.
- 7.20. Ello, en tanto, la segunda consecuencia jurídica dirigida al reconocimiento de los gastos generales debidamente acreditados en que se hubiese incurrido durante la demora, ha sido objeto de renuncia expresa por parte del contratista, según obra en autos.
- 7.21. Bajo el segundo aspecto, que se refiere a establecer si en el caso concreto se verifican los requisitos para su aplicación, el Tribunal debe detenerse en el análisis de la solicitud del contratista contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015 en la que se peticiona adicionar al plazo de levantamiento de observaciones el período de demora, ascendente a veintisiete (27) días calendario en que incurrió por causas que no les son imputables.
- 7.22. Así, nótese que el supuesto de hecho del numeral 7 considera un elemento base para entregar su aplicación concreta: la causa no imputable, enmarcada dentro de la solicitud del contratista en el caso fortuito al que precisamente se le identifica con las lluvias y derrumbes acaecidos en el lugar donde se desarrolla la obra. Como se ha señalado, vista la necesidad de recurrir a la regulación vertida en el Código Civil (artículo 1315º C.C), desarrollemos los perfiles teórico - normativos de los conceptos de causa no imputable y, una de sus categorías, el caso fortuito (en adelante, fortuito) a los efectos de proceder a calificar la solicitud del contratista quién invoca ésta figura para sustentar su posición.

- 7.23. El artículo 1315º C.C. define el fortuito como la causa no-imputable (al deudor), consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación (*rectius*, de la prestación) o determina su cumplimiento parcial tardío o defectuoso (art. 1315), y cuyo efecto es la extinción de la relación obligatoria (art. 1316º C.C.).
- 7.24. La causa no-imputable se impone, ante todo, como un *límite* a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Recuérdese que el fundamento y los límites de la responsabilidad del deudor por incumplimiento de la obligación no son más que el aspecto negativo del vínculo en el que se resume el contenido de la relación, y por lo tanto, no es posible determinar en qué consiste el vínculo si no se verifica y determina, por un lado, cómo y cuándo el deudor, que no cumple la obligación, incurre en dicha forma de responsabilidad, que se concreta en el deber de resarcir el daño que se deriva del incumplimiento para el acreedor, y por otro lado, cuándo y por qué no se incurre en dicha responsabilidad<sup>13</sup>.

Fijemos ahora posición en torno a los atributos legales del caso fortuito.

- 7.25. En relación a la extraordinariedad, podemos señalar que lo extraordinario (es decir, lo que se ubica fuera de lo ordinario) se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales del contexto en que se produce el hecho; por demás 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<sup>14</sup>, esto último será vital para la calificación de la solicitud del contratista.
- 7.26. En relación a la imprevisibilidad adviértase que, según se sostiene, la imprevisibilidad no constituye un atributo del caso fortuito, dada la irrefutable comprobación de que existen hechos perfectamente previsibles (fenómenos atmosféricos de gran dimensión, por ejemplo, susceptibles de ser pronosticados por los meteorólogos) que pueden, con todo, revestir carácter liberatorio de responsabilidad, precisándose que el criterio de la previsibilidad reviste trascendencia al momento de distinguir los daños, para

<sup>13</sup> OSTI, Giuseppe, "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año VIII, 1954, p. 593.

<sup>14</sup> BRECCIA, Umberto, *Le obbligazioni*, en Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, p. 479.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

efectos de limitar al solo caso de dolo el resarcimiento de los daños imprevisibles<sup>15</sup>. Precisando que el dato positivo no puede ser ignorado, es oportuno establecer una pauta para interpretar el requisito de la imprevisibilidad: a los fines de juzgar un evento como imprevisible hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten en el caso concreto.

- 7.27. En relación a la irresistibilidad, se exige que el fortuito impida al deudor proceder de una manera que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por el deudor. Para evaluarla debemos comparar el proceder del deudor específico y el proceder del individuo ordinario, normalmente diligente, ubicado en las mismas circunstancias externas que el agente; se debe examinar si el que alega la causa no-imputable adoptó todas las medidas posibles para superar el impedimento<sup>16</sup>.
- 7.28. Establecidos nuestros parámetros de valoración del caso fortuito es preciso ahora detenernos en la solicitud del contratista contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, en la que se plantea adicionar al plazo de levantamiento de observaciones el 'período de demora' en que éste incurrió por causas que no les son imputables que asciende a veintisiete (27) días calendario, fundamentando su solicitud en lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 210º del RLCE.
- 7.29. Es oportuno indicar que a lo largo del proceso no se ha negado ni cuestionado por parte de la Entidad Contratante la presencia de lluvias (de mayor magnitud a las descritas en el expediente técnico) y derrumbes en la zona donde se ejecutaba la obra o a la duración de la alegada afectación en la actividad de subsanación de observaciones; por ello, el Tribunal estima conveniente analizar la situación surgida durante la subsanación de manera específica atendiendo a los hechos precisos que motivaron la controversia. En sus diversas articulaciones, el PEHCBM hace principalmente referencia, frente a la pretensión del contratista, a la interpretación-aplicación del artículo 210º del RLCE y a la conceptuación del fortuito, materias sobre las que el Colegiado ha asumido posición en las anteriores consideraciones.

---

<sup>15</sup> VISINTINI, Giovanna, *La responsabilità contrattuale*, Jovene, Nápoli, 1979, p. 373.

<sup>16</sup> Idem.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.30. La solicitud del contratista, contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, plantea adicionar al plazo de levantamiento de observaciones el "período de demora" ascendente a veintisiete (27) días calendario, en que éste incurrió por causas que no les son imputables, según se encuentra registrado en los asientos 539 y 545 del cuaderno de obra.
- 7.31. En esta solicitud el contratista señala que durante el período del 04 de febrero al 15 de abril del 2015 la ocurrencia de lluvias y sus efectos colaterales no han permitido el normal trabajo del personal así como la regular movilización de maquinarias y equipos necesarios para el levantamiento de observaciones se califican como eventos extraordinarios donde las precipitaciones diarias y las acumuladas en un cierto período superan a las que consigna el expediente técnico; dejándose constancia en el acta de verificación de observaciones de fecha 24 de abril de 2015, de que debido a las condiciones desfavorables y ajenas a su voluntad no se ha cumplido con los ítems observados y que siendo que el desarrollo de los eventos ocurridos se ha registrado en los asientos 511, 513, 515, 518, 519, 521, 525, 526-A, 527, 529, 530, 539, 542, 544 y 545 del cuaderno de obra, concluyéndose, de acuerdo a lo analizado en el sustento técnico que se tiene un retraso justificado de 41 días en los meses de febrero, marzo y abril 2015, a pesar de lo cual se han utilizado solamente 27 días adicionales que son los que peticiona se adicionen al plazo de levantamiento de observaciones.
- 7.32. El PEHCBM, como ya se ha anotado, no ha cuestionado bajo ningún aspecto el aspecto técnico de la solicitud, más si cuestiona su aspecto legal, de acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores, argumentación materializada concretamente en las consideraciones de la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 17 de junio de 2015, notificada el 22 de junio de 2015.
- 7.33. Procedamos al análisis de ésta decisión contractual del PEHCBM que, en el caso concreto, asume la forma de una resolución administrativa.
- 7.34. En términos sustantivos, la señalada resolución gerencial se apoya en sendos informes de naturaleza estrictamente legal, emitidos por la Dirección de Obras y la Oficina de Asesoría Legal, según los cuales el numeral 7 del artículo 210º del RLCE no resultaría aplicable dado que éste se refiere a los casos de retardo de inicio de

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

recepción de obra, en mérito de lo cual procede a declarar improcedente la solicitud del contratista y a disponer la aplicación de la penalidad que corresponda en aplicación del numeral 5 del artículo 210º del Reglamento, encargándose a la Dirección de Obras su cuantificación.

- 7.35. El Tribunal Arbitral ha asumido postura con relación al ámbito de aplicabilidad del numeral 7 del artículo 210º del RLCE en el sentido de no considerar viable, dentro del marco del tenor literal de la norma y en atención a considerar a la recepción de obra como un procedimiento, una interpretación restrictiva limitada a la demora del inicio de la recepción obra, es decir, a la transgresión del plazo para que se inicie éste procedimiento a pesar que el numeral submateria no se refiere a uno de sus plazos en particular, sino en general a los plazos establecidos para la recepción de la obra en el artículo 210º del RLCE.
- 7.36. Por ende, este fundamento de la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG jurídicamente no se ajusta a los parámetros de la normativa de contratación estatal.
- 7.37. A mayor abundamiento, el Tribunal Arbitral, aunque ello no fue tomado como fundamento de la antedicha resolución gerencial pero sí en los actos de contradicción de la Entidad Contratante, estima necesario analizar concretamente si las lluvias y los consecuentes derrumbes ocasionados en la zona donde se ejecutaban los trabajos de subsanación de observaciones pueden ser catalogados como una hipótesis de fortuito al ser considerados como un hecho impeditivo que justifique la aplicación directa del numeral 7 del artículo 210º del RLCE. Así, en el plano factual, nótese que el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB emitido por la Entidad Contratante con fecha 27 de abril de 2015, obrante en autos, se reconoce diversos daños a la estructura del canal provenientes de lluvias y derrumbes que no permiten su operatividad. Asimismo, en la Carta N° 482-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 22 de mayo de 2015, también obrante en autos, se hace alusión directa a la constatación de derrumbes y aguas obstruidas; mientras que el Informe Sustentatorio N° 098-2015-GRSM/PEHCBM/ACO-ADAP señala que las aguas se desbordaron por los derrumbes ocasionados por las lluvias. Estas comunicaciones fueron respondidas por el contratista mediante Carta N° 070-15-INCOT indicando que no tiene que asumir ningún costo por desastres y/o por defectos de diseño, siendo que los daños

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

generados se encuentran bajo la responsabilidad y riesgo de la Entidad Contratante.

- 7.38. A partir de estas declaraciones contractuales, insertas en las comunicaciones señaladas, ha quedado perfectamente configurada y establecida la existencia de derrumbes por lluvias que, entre otras consecuencias, han generado que no se puedan subsanar dentro del plazo las observaciones planteadas por la Entidad Contratante.
- 7.39. Habiéndose asumido la conceptuación subjetiva del fortuito, según la cual éste debe evaluarse en cada caso individual, es decir, según la particular situación del deudor que afronta la imposibilidad, así como que sus características (extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad) no tienen por qué presentarse de manera conjunta, siendo lo decisivo que en el caso concreto se presente una circunstancia suficientemente determinante a la que se pueda reconocer el efecto liberatorio. El Tribunal observa que las lluvias, consecuencias (derrumbes y afectaciones al suelo) y efectos en la actividad del contratista (retraso) durante el levantamiento de observaciones no han sido cuestionados en el proceso arbitral por el PEHCBM. Sin perjuicio de ello, se estima por el Tribunal Arbitral que las lluvias y sus consecuencias producidas en la obra, en la magnitud en que acontecieron en el caso concreto, sí resultan siendo un evento extraordinario e imprevisible, pues superaron los índices establecidos en el Expediente Técnico suministrado por la propia Entidad, además de que se pudo constatar, a través del Acta de Verificación del 24.04.2015, los derrumbes acontecidos en el lugar de la obra, siendo estos considerados irresistibles en cuanto el contratista no podía hacer nada para evitarlos, tal es así que ello es reconocido por la propia entidad en el Informe N. 01-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB del 27 de abril del 2015 que señala en su numeral 1 y 2 del acápite IV.- Estado Situacional de la Obra, lo siguiente: “1.- Daños en el canal principal a consecuencia de las fuertes precipitaciones pluviales registradas en la zona, se presentan vistas fotográficas donde se muestra el colapso del tramo. (...); 2.- Es importante indicar que los derrumbes y acontecimientos geológicos ocurridos en el Canal de Irrigación Ponaza, se han originado después de la formulación del Acta de Observaciones de fecha 29 de enero del 2015. (...)"

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.40. Por los fundamentos expuestos este Tribunal considera que corresponde declarar fundada la solicitud del contratista, contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015.
- 7.41. Queda ahora por evaluar el segundo fundamento de la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG, que diera lugar a la decisión de la Entidad Contratante de aplicar una penalidad al contratista, en aplicación del numeral 5 del artículo 210º del RLCE, no pudiendo limitarse el Colegiado a la simplicidad de asumir como infundada la penalidad por el sólo hecho de haber desaparecido el retraso al haberse declarado como fundada la solicitud del contratista; por el contrario, es imperativo proceder a establecer también el alcance de éste numeral a los fines de presentar una visión sistémico-funcional de la controversia y más sólido el posicionamiento acogido.
- 7.42. El Tribunal Arbitral, en tal orden de ideas, de inicio aprecia en el numeral sub-materia una inmediata referencia normativa a un "retraso" en la subsanación de observaciones que de acuerdo a su literalidad es considerado como demora a los fines de aplicar las penalidades que correspondan o viabilizar la resolución del contrato.

Veamos la norma.

**"Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos**

(...)

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que excede del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

- 7.43. En sus alegaciones el PEHCBM ha sostenido reiteradamente que la norma impondría una cualificación ultra-objetiva a cualquier retraso sin que pudiese oponerse ningún supuesto de impedimento (llámese fortuito) que permita valorar la posibilidad de un retraso justificado aduciendo que:

"el período de subsanación de observaciones a la obra, es un tiempo de riesgo del contratista y no del propietario, en este caso la Entidad, desde que éste período corresponde para subsanar una obra responsabilidad del contratista que presenta defectos o construcción defectuosa, que no se ajusta a los planos o especificaciones técnicas, entre otros; es decir, la obra ejecutada no cumple con los fines del contrato, por tanto el contratista no puede pretender sobre sus errores u omisiones por dolo o culpa, agregar un plazo que lo beneficie y por lo que además podría pretender el reconocimiento de gastos generales" (pag. 15 de la contestación de la demanda).

- 7.44. Lo que en buena cuenta está argumentando el PEHCBM, en términos sintéticos, es que el contratista asume un riesgo frente a toda demora durante el período de subsanación de observaciones dado que sería su responsabilidad subsanar una obra que presenta defectos al no ajustarse a los planos o especificaciones técnicas: el hecho de no haber cumplido perfectamente dentro del plazo contractual lo haría asumir cualquier evento que pudiera obstaculizar su actividad dirigida a subsanar un cumplimiento defectuoso. Así, se pretendería visualizar una hipótesis de traslado de riesgo similar a la descrita en el artículo 1340º del Código Civil para los casos de *mora credendi* (mora del acreedor).
- 7.45. El Tribunal Arbitral es del parecer que la teoría del riesgo dentro del derecho de las obligaciones tiene cómo premisas factuales la pérdida o deterioro de la prestación debida que determinan una imposibilidad de cumplimiento, según se desprende primordialmente de los artículos 1138º, 1154º, 1155º, 1156º del Código Civil, y que tiende a resolver la cuestión acerca de si se le atribuye al acreedor o al deudor el impacto de la imposibilidad de su pérdida o deterioro dentro del marco de una relación obligatoria simple o compleja, como lo sería la relación contractual de obra estatal en el caso concreto.
- 7.46. Si se observa la problemática sometida a controversia se tiene que ella no guarda ninguna relación con la pérdida o deterioro de la prestación debida; al contrario, la controversia gira sobre el momento oportuno de perfeccionar el cumplimiento del contratista luego de entregada la obra, el que de por sí no se encuentra en situación moratoria, no pudiéndose establecer algún acercamiento o punto de contacto con la lógica planteada por el PEHCBM.

- 7.47. No se puede atribuir las consecuencias de cualquier imposibilidad - derivada de una causa no imputable (fortuito) que incidan sobre la subsanación de observaciones - a la esfera del contratista por el sólo hecho de que existan observaciones por parte de la Entidad en cuanto, al margen que éstas podrían resultar impertinentes o insustentadas, la propia normatividad (artículo 210º del RLCE) otorga a ambas partes una serie de derechos, y también deberes, instrumentalizados a la verificación del cumplimiento exacto del contratista. Sería impropio insertar una hipótesis de traslado del riesgo dentro de un procedimiento regulado a tales fines por el RLCE que encuentra basamento en la experiencia de la contratación pública al reconocer que en no pocos casos las obras presentan observaciones a ser subsanadas por el contratista a instancia de la Entidad Contratante.
- 7.48. En suma, el plazo concedido para que el contratista subsane las eventuales observaciones es un plazo legal, basado en una constatación de la realidad, por lo que durante utilización no se puede per se deducir de su hecho generador (el cumplimiento inexacto) consecuencias negativas para el contratista fuera de las que han sido estipuladas expresamente frente a situaciones concretas, y menos aún, pretender interpretar ultraobjetivamente el posible retraso en la subsanación de las observaciones dejando de lado el sentido asumido por la preceptuación general del artículo 210º del Reglamento que, como hemos visto, otorga relevancia liberatoria a los hechos impeditivos ajenos a la esfera de control del deudor, es decir, a las causas ajenas al contratista.
- 7.49. De allí que no se pueda interpretar el retraso descrito en el numeral 5 del artículo 210º del RLCE como una situación que se desvincule de todo supuesto de injerencia de una eventual causa no imputable y reconocerla como asidero factual para la aplicación de una penalidad. Ello contravendría, además, la logicidad propia de las reglas de la penalidad en materia de contratación estatal. Detengámonos sobre ello a continuación.
- 7.50. Como se ha señalado durante el desarrollo del presente arbitraje la norma bajo análisis no resulta autónoma, es decir no puede ser aplicada aisladamente sino de manera sistemática en relación con lo dispuesto por el artículo 165º del RLCE que regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación

**Artículo 165º.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación**

*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.*

(...)

- 7.51. Éste artículo se apoya en el segundo párrafo del artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) según el cual la aplicación de las penalidades al contratista se sujeta a la existencia de un incumplimiento injustificado,

**Artículo 48º.- Intereses y penalidades**

(...)

*El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista que deben aplicarse ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento.*

(...)

- 7.52. Se tiene entonces que en toda contratación pública la aplicación de una penalidad requiere de un retraso injustificado, es decir, sin justificación relevante, que califique a dicho retraso como una lesión al interés de la Entidad Contratante, no existiendo ninguna limitación a la probanza de la justificación que haga inaplicable la normativa reseñada. Para liberarse de una penalidad bastaría, en estricto, acreditar una justificación objetiva, tal como el fortuito, que se valore atendiendo a las expectativas tuteladas de las partes y al desarrollo concreto de la relación contractual en lo que concierne a la ejecución del contrato.
- 7.53. Como se ha visto, en nuestro caso, la justificación objetiva para evitar la aplicación de la penalidad se tiene en hechos

sobrevinientes que escapan a la esfera de control del contratista, consistentes en lluvias y derrumbes que impidieron levantar las observaciones planteadas, hechos y efectos no cuestionados en su materialidad por el PEHCBM.

- 7.54. En lo concreto, revisada y planteada la cuestión, se tiene que coherentemente no se puede obviar que el retraso descrito en el numeral 5 del artículo 210º del RLCE tenga que ser calificado como injustificado a los efectos de aplicar una penalidad al contratista, lo que, por demás, no se ajusta a los actuados al haberse demostrado tanto el hecho generador y sus consecuencias (lluvias y derrumbes) así como que su calificación jurídica corresponde a un fortuito.
- 7.55. No cabe entonces negar la exclusión de la penalidad contra el contratista.
- 7.56. En atención a las consideraciones antedichas cabe declarar FUNDADA la primera pretensión del contratista, contenida en el primer punto controvertido.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD PROCEDA A LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA.**

- 7.57. En este punto, el Tribunal Arbitral, luego de considerar que la solicitud del contratista, contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, ostenta validez - eficacia jurídica y resultando materialmente oponible a ambas partes, advierte que la consecuencia inmediata de ésta decisión radica en que se adicione al plazo de levantamiento de observaciones el "período de demora" ascendente a veintisiete (27) días calendario, con lo que éste plazo se extendería al 12 de mayo del 2015.
- 7.58. Con la finalidad de ordenar la actuación de las partes durante el procedimiento de recepción tomando como punto de referencia las fechas en que se verificaron los actos relevantes para discernir la cuestión inserta en este punto controvertido, hagamos un breve recuento de los hechos de acuerdo a la información que obra en autos, precisamente en la demanda-contestación y en la documentación obrante en el proceso, la que no ha sido materia objeción por el PEHCBM.

Veamos.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

1. A través del asiento del Contratista del 31 de diciembre del 2014 (Asiento N°. 507) se anota la culminación de la obra informando la culminación de la misma al 30.12.2014 y solicitando la recepción.
  2. El procedimiento de recepción de obra se inició con fecha 20 de enero de 2015, al momento en que se instaló el Comité de Recepción designado por el PEHCBM.
  3. El Acta de Observaciones expedida dentro del proceso de recepción de obra fue expedida y suscrita por ambas partes el 29 de enero del 2015.
  4. El plazo del contratista para efectuar el levantamiento de las observaciones planteadas venció el 15 de abril del 2015.
  5. Vencido el plazo el contratista no cumplió con subsanar la totalidad de las observaciones planteadas según se desprende del Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015.
  6. Ante ello el contratista presenta la solicitud contenida en la Carta N° 067-15 del 15 de mayo de 2015, invocando que la 'demora' en el levantamiento de observaciones se debió a causas no imputables, solicitando que se adicionen veintisiete (27) días calendario al plazo vencido.
  7. El contratista informa que cumplió con levantar las observaciones descritas en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones, con fecha 12 de mayo del 2015.
  8. El Comité de Recepción señala en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015 que, a pesar de lo manifestado por el contratista en el sentido que había concluido el 12 de mayo de 2015 con subsanar todas las observaciones pendientes de levantar, en su apreciación aún el 03 de junio de 2015 no se había cumplido con subsanar totalmente la observación relacionada con la "tubería de conducción"
- 7.59. Visto el devenir de los hechos el Tribunal visualiza que, al haberse declarado válida y eficaz la solicitud del contratista, este punto de la controversia referido a la suscripción del Acta de Recepción de la Obra se contrae a verificar si en el plano material-formal el contratista cumplió realmente con la subsanación de observaciones aún dentro del plazo extendido de acuerdo a su propia solicitud, pues este resulta siendo el presupuesto material para la procedencia de la suscripción del Acta de Recepción según numeral 2 *in fine* del artículo 210º del RLCE.

- 7.60. Es decir, el problema se traslada a verificar si al vencimiento del plazo extendido, es decir el 12 de mayo del 2015, el contratista efectivamente subsanó totalmente las observaciones planteadas en el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero del 2015, tomando a éste documento como punto de referencia en razón a que tales observaciones son las únicas que resultan exigibles al contratista dentro del proceso de recepción de obra.

7.61. Sobre el particular, la observación materia de subsistencia y que determina si la obra fue subsanada dentro de los plazos vigentes, es la señalada en el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero del 2015, respecto a:

1. Tú llevas las tareas de apoyo para tu herma.

## 10. INSPECCIÓN DE LA TUBERÍA PERFILADA

1. Bz 06+275 – Bz 06+563; corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos).
  2. Bz 00+500 – Bz 00+779.64; corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos).
  3. Otros, al respecto de las observaciones del ítem 10 ( numeral 1,2), manifiesta lo siguiente: El Contratista, presentará las aclaraciones al respecto y/o justificaciones sobre las observaciones realizadas a este ítem.

## 11. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

- #### 1. Resane y nivelación de muro junto a compuerta lado Izquierdo del lateral N°01

Siendo las 18:45 horas del día 29 de enero del presente año, se dio por concluido el acto, y se procedió a firmar la presente Acta de observaciones de la obra, en 05 ejemplares, en señal de conformidad.

Se otorga el plazo para la subsanación de las observaciones, contabilizados según la normalidad vigente. Artículo N° 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**POR EL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA**

- 7.62 Conforme se verifica, en dicha acta de constatación la observación referida a la Tubería perfilada, numeral 2 es: "Tramo del Bz. Km. 0 + 500 - Bz. 0 + 779.64; corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos)".

En el acta referida no consta objeción alguna por parte del Contratista, sin embargo, si señala que realizaría las aclaraciones al respecto y/o justificaciones sobre las observaciones realizadas en este tramo.

- 7.63 Ahora bien, con fecha 24 de abril del 2015, mediante Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones, se señala respecto a dicha observación lo siguiente:

**10. INSPECCIÓN DE LA TUBERÍA PERFILADA**

1. Bz 06+275 – Bz 06+563; corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos).

*Comentario: SUBSANADA.*

2. Bz 00+500 – Bz 00+779.64; corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos).

*Comentario: La comisión ha verificado el día de hoy 24/04/2015 que se encuentra en proceso de levantamiento de la observación.*

3. Otros, al respecto de las observaciones del ítem 10 ( numeral 1,2), manifiesta lo siguiente: El Contratista, presentará las aclaraciones al respecto y/o justificaciones sobre las observaciones realizadas a este tramo

*Comentario: SUBSANADA.*

**11. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA**

1. Resane y nivelación de muro junto a compuerta lado izquierdo del lateral N°01.

*Comentario: SUBSANADA.*

El contratista manifiesta que debido a las condiciones desfavorables y ajenas a su voluntad, no se ha cumplido con los ítems observados.

El comité de recepción en pleno manifiesta, que al haber observaciones no subsanadas, **NO SE RECEPCIONA LA OBRA**, en consecuencia se procederá de acuerdo al Art. 210 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Siendo las 17:30 horas del día 24 de abril del presente año, se dio por concluido el acto de verificación de subsanación, y se procedió a firmar la presente Acta, en 05 ejemplares, en señal de conformidad.

En el acta referida consta la observación por parte del Contratista, señalando que presentaría las aclaraciones al respecto y/o justificaciones sobre las observaciones realizadas en este tramo, comentado: SUBSANADA.

- 7.64 Como consecuencia de ello, posterior a dicha Acta de Verificación, el Comité Especial emite el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015, identificando diversas observaciones que el contratista no había aún subsanado, bajo sus consideraciones. Este actuar, entendemos, se enmarca dentro de lo dispuesto en el art. 210, numeral 3<sup>17</sup> del RLCE.

En este informe se señala a manera de conclusión lo siguiente:

<sup>17</sup> Art. 210. 3 del RLCE: En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

"La obra no se encuentra en condiciones operativas por dos razones:

a. El contratista no ha terminado de subsanar las observaciones en la tubería de conducción Km. 0 + 500 al Km. 0 + 700 (en cuatro puntos ubicados entre las progresivas antes indicadas) no se ha podido realizar la prueba hidráulica del canal, debido a que el contratista está trabajando en subsanar observaciones pendiente.

b. Durante el período de febrero, marzo y abril se han presentado precipitaciones pluviales en el área del proyecto, que han tenido como consecuencias derrumbes de taludes y deslizamiento de laderas que han causado colapsos en la estructura del canal en diversas progresivas. Es importante dejar constancia que los daños mayores se presentan en las progresivas Km. 2 + 600 al 2 + 800, del Km. 5 + 365 al Km. 5 + 480 y del Km. 10 + 660 al Km. 10 + 710 respectivamente, en estos tres tramos es importante indicar que afecta al canal y la carretera departamental Picota - Shambuyacu".

- 7.62. Sobre el particular, el contratista indica que al 12 de mayo de 2015 - fecha en la que vencieron los veintisiete (27) días calendario ahora adicionados al plazo de levantamiento de observaciones- cumplió con subsanar las observaciones pendientes de levantar que se encuentran descritas en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril de 2015 (que guardan coincidencia sustancial con las efectuadas en el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero del 2015).
- 7.63. Sin embargo, así también lo manifiesta el contratista, el Comité de Recepción señala en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015 que, a pesar de lo manifestado por el contratista en el sentido que había concluido el 12 de mayo de 2015 con subsanar todas las observaciones pendientes de levantar, en su apreciación aún el 03 de junio de 2015 no se había cumplido con subsanar totalmente la observación relacionada con la deformación de la tubería de conducción, de acuerdo a lo siguiente:

"2.- De la verificación de la subsanación de observaciones pendientes.-

Constituidos (en) la obra (...) el Comité de Recepción en pleno manifiesta, que el contratista ha subsanado parte de las observaciones pendientes y que persisten observaciones en el tramo del Bz. Km. 0 + 500 - Bz. 0 + 779.64 de acuerdo al siguiente detalle:

#### 10. INSPECCION DE LA TUBERIA PERFILADA

2. Corregir tramo de tubería perfilada deformada (deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos).

Verificación: En el tramo observado en las progresivas del Km. 0 + 720, Km. 0 + 743, Km. 0 + 749, Km. 0 + 759, la tubería perfilada observada, no ha sido subsanada, se aprecian filtraciones de agua y daños en la tubería (ver imágenes)

(...)

Igualmente en la progresiva Km. 0 + 754, la tubería perfilada presenta una deformación mayor, apreciándose un diámetro interior de 1440 mm defecto que no ha sido corregido (...)"

- 7.64. A lo expuesto se agrega que el Comité de Recepción se constituyó recién el 03 de junio de 2015, con once días de retraso, debiendo haberse respetado el plazo de siete (07) días (numeral 2 artículo 210º RLCE) en cuanto que, con fecha 12 de mayo de 2015 se indicó al Supervisor la conclusión del levantamiento de observaciones. Alude además a que no se respetó el procedimiento del numeral 3 del artículo 210º del RLCE pues se omitió la elaboración de un acta violentando el derecho a formalizar su discrepancia y a que las observaciones se habrían levantado pues caso contrario el Supervisor no habría informado para su debida comprobación.
- 7.65. Precisamente, mediante Carta N° 542-2015-GRSM-PEHCBM/GG recibida el 12 de junio de 2015 se indica que no se ha concluido con la subsanación de todas las observaciones detalladas en el Acta de Observaciones de fecha 24 de abril de 2015, apoyándose en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO donde se dan por levantadas casi todas las observaciones pendientes, menos aquella derivada de la deformación de la tubería, concluyéndose que la obra no es recepcionable en aplicación del tercer párrafo del 210º

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

del RLCE), para finalmente aludir a un retraso de cuarenta y nueve (49) días en la subsanación final de las observaciones.

- 7.66. Ante ello, el contratista arguye que la observación realizada en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015, y que incide sobre la tubería perfilada, no se ubica dentro de los parámetros de las observaciones efectuadas en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015, la que a su vez guarda relación de continencia con las observaciones descritas por el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero del 2015.
- 7.67. El PEHCBM ha señalado en su escrito de contestación de la demanda que en el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero de 2015 se había establecido observaciones con relación al tramo de tubería perfilada comprendido entre los buzones correspondientes a i) las progresivas 06+275 – Bz 06+563 (corregir tramo de tubería perfilada deformada, deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos) y a ii) las progresivas km 0+500 y 0+779.64 (corregir tramo de tubería perfilada deformada, deformaciones superiores a las permisibles, tramos críticos), indicando en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015 que la observación descrita en i) habría quedado subsanada mientras que la descrita en ii) se encontraba en proceso de levantamiento; agregándose que el contratista luego había afirmado que había terminado con subsanar ésta observación sustancial con fecha 12 de mayo de 2015, más el Comité de Recepción habría verificado con fecha 03 de junio de 2015 que el contratista aún no terminaba las reparaciones y que incluso el 22 de junio del 2015 se continuaban con dichos trabajos.
- 7.68. Es interés del Colegiado analizar los hechos (comportamientos y declaraciones) acaecidos a partir de la suscripción del Acta de Observaciones de fecha 29 de enero de 2015, momento en que el comité de recepción junto con el contratista se constituyeron en la obra a los efectos de plantear las observaciones que, en lo sucesivo, serán tomadas como relevantes durante todo el procedimiento de recepción. Se denota un comportamiento contractual conjunto destinado a corroborar la efectividad del cumplimiento del contratista mediante la posterior subsanación de las observaciones correspondientes, así como sendas declaraciones contractuales que deben de ser convenientemente analizadas según el criterio

interpretativo de la buena fe, contenido en el artículo 168º del Código Civil que, vale la pena señalarlo, adquiere naturaleza vinculante<sup>18</sup> y, por ende, necesariamente aplicable a toda actividad contractual, sea privada o pública, en concordancia con la experiencia y casuística emanada de los operadores del derecho de la contratación pública.

- 7.69. Así, el Tribunal Arbitral se resalta que la buena fe es calificada como un deber de lealtad de conducta constreñible en las relaciones intersubjetivas de los contratantes que, de todas formas, resulta exigible a ellos, y que, en todo caso, es un módulo de valoración necesario para la actividad investigatoria del intérprete que se verá forzado, frente a las declaraciones y comportamientos a ser interpretados, a establecer el sentido que se desprenda contextualmente del propósito contractual, cuyo real equilibrio no puede ni debe darse por supuesto a priori, sino luego de una apreciación de la autorregulación conducida a la luz de dicho principio, claro está, en el entendido que los sujetos a los que resultan atribuibles ellos lo han exteriorizado en respeto a los deberes de corrección y lealtad. Ello tiene como consecuencia también el reconocer que la buena fe, en su categoría de criterio hermenéutico, resulta importante en la apreciación del material interpretativo, al excluir los denominados indicios de significación, es decir, las declaraciones o comportamientos que tengan una connotación nimia o irrelevante, como por ejemplo se tiene en las alegaciones del PEHCBM dirigidas a oponer situaciones contractuales – acreditadas en sendas actas - acaecidas antes el procedimiento de recepción de obra, tales como reclamos para la subsanación de tuberías, los que son calificables como irrelevantes e inoportunos en cuanto la controversia no gira en torno a ese momento contractual, más aún cuando no se tomaron las medidas que el caso hubiese ameritado en resguardo del interés contractual del PEHCBM.

---

<sup>18</sup> El interpretar jurídico no es cualquier entender, sino el entender practicado y conseguido a través de métodos prescritos. Y, por lo tanto, la teoría de la interpretación jurídica se resuelve en una teoría de los cánones establecidos por el legislador. Ello conlleva a que el cambio de las reglas, de los métodos previstos, lleve a un cambio de significado (obtenido). Aunque el significado no varíe, al cambiar el instrumento (cánones normativos), se tendrá que admitir que tal significado será el que corresponda exclusivamente a tal instrumento. En tal dirección IRTI, Natalino *Principi e problemi di interpretazione contrattuale* en Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, anno LIII, n. 4, pp. 1140-1141.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.70. De allí la importancia de que las expresiones utilizadas y los comportamientos de las partes contractuales, valoradas según buena fe, deben en todo caso servir como base objetiva a través de la cual el intérprete pueda proceder al desentrañamiento del sentido del acto negocial-contractual en cada caso particular.
- En el caso concreto, el Tribunal Arbitral aprecia que ésta controversia gira:

- a) En torno a que si el contratista habría concluido con el levantamiento de observaciones con fecha 12 de mayo de 2015.
  - b) En torno a que si existe coincidencia o no entre las observaciones planteadas en el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero de 2015 con las observaciones no subsanadas a las que se hace referencia en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015 emitido por el Comité de Recepción.
- 7.71. En relación a lo primero, se aprecia de los actuados, el contratista apoya su posición en el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015, emitido por el Comité de Recepción luego de suscrita el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015, identificando diversas observaciones que el contratista no habían aún subsanado.

En este informe se señala que:

"La obra no se encuentra en condiciones operativas por dos razones:

a. El contratista no ha terminado de subsanar las observaciones en la tubería de conducción Km. 0 + 500 al Km. 0 + 700 (en cuatro puntos ubicados entre las progresivas antes indicadas) no se ha podido realizar la prueba hidráulica del canal, debido a que el contratista está trabajando en subsanar observaciones pendiente.

b. Durante el periodo de febrero, marzo y abril se han presentado precipitaciones pluviales en el área del proyecto, que han tenido como consecuencias derrumbes de taludes y deslizamiento de laderas que han causado colapsos en la estructura del canal en diversas progresivas. Es importante

dejar constancia que los daños mayores se presentan en las progresivas Km. 2 + 600 al 2 + 800, del Km. 5 + 365 al Km. 5 + 480 y del Km. 10 + 660 al Km. 10 + 710 respectivamente, en estos tres tramos es importante indicar que afecta al canal y la carretera departamental Picota - Shambuyacu".

- 7.72. Sin perjuicio de que expresamente se reconozca la existencia de precipitaciones pluviales en el área del proyecto que han tenido como consecuencia derrumbes de taludes y deslizamiento de laderas que han causado colapsos en la estructura del canal en diversas progresivas que no se imputan al contratista, lo importante para el Tribunal Arbitral es que el Comité de Recepción identifica preclusivamente la ubicación geográfica de las observaciones pendientes no levantadas al momento de suscripción del Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015, relacionadas a la tubería de conducción, delimitando la subsistencia de cuatro puntos ubicados en las progresivas antes indicadas, sin precisar cuales, no pudiéndose realizar la prueba hidráulica del canal debido a que el contratista está trabajando en subsanar observaciones pendientes, esto según su Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB, documento que el Comité Especial emite de conformidad con el numeral 3 del art. 210 del RLCE.
- 7.73. El Tribunal Arbitral constata y aprecia que de la comparación del contenido de ambos informes suscritos por el propio Comité de Recepción de Obra sobre la ubicación de las observaciones que inciden sobre la "tubería perfilada", se denota una falta de coincidencia. Mientras el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015 señala que las observaciones pendientes de levantar inciden sobre la tubería perfilada en los puntos ubicados entre las progresivas del Km. 0 + 500 al Km. 0 + 700, el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015, señala que aún se encontraría pendiente de subsanar las observaciones de la tubería perfilada que se ubican en las progresivas del Km. 0 + 720, Km. 0 + 743, Km. 0 + 749, Km. 0 + 759, así como en la progresiva Km. 0 + 754. Esto es más allá de la progresiva señalada en la conclusión del Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB.
- 7.74. Aquí el Tribunal Arbitral debe atender al criterio interpretativo de la buena fe a los fines de resolver la sucesiva no coincidencia entre ambos informes emitidos por el propio Comité de Recepción dando

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

relevancia a la confianza suscitada en el destinatario de su declaración contractual (contratista) al momento en que se emite el primero de ellos dándole prevalencia sobre la declaración contenida en su segundo informe emitida treinta y seis (36) días después, sin que se haya alegado ni probado algún vicio en alguna de las declaraciones que permita discutir su validez formal. Es más, si se analiza con mayor detalle el contexto se podrá advertir que el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015 tiene como sustento el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 24 de abril del 2015, suscrita por ambas partes, lo que evidencia un consenso en la determinación de las observaciones pendientes, más ello no ocurre con el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015 que constituye una declaración unilateral, al no ser consecuencia de un acta que avale la conformidad de ambas partes o la simple posibilidad de intervención de una de éstas, excluyéndose, por tanto, que sea producto de un consenso, por lo que no puede otorgársele una virtualidad modificatoria de una actuación contractual anterior. Asimismo, debe tenerse presente, lo manifestado por la Supervisión de obra, cuya declaración formulada en el Asiento N° 546 no se condice con lo señalado en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO sobre la subsistencia de las observaciones, siendo lógico asociar el levantamiento de las mismas, de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015, en el que, el propio Comité Especial concluyó en que las observaciones pendientes de levantar incidían sobre la tubería perfilada en los puntos ubicados entre las progresivas del Km. 0 + 500 al Km. 0 + 700

CP N° 31812 Contratista en Sistema de Verificación Parada	ACTA Jefe de Supervisión
<b>ASIENTO N° 546 DSR SUPERVISIÓN FECHA 13.5.2015</b>	
1 - HEMOS TOMADO NOTA EN CONTRATISTA, ASIENTO 545 Y HEMOS VERIFICADO QUE EL DÍA 12 SE TERMINÓ EN PROCESO LA TERMINACIÓN DE PREGRESO DE TUBERÍA DE TUBERÍA OBTENIDA (13.00 Metros).	
EL DÍA DE HOY 13 SE HA VERIFICADO QUE DÍA 20 DE DICIEMBRE DEL MISMO SE REPITIÓ UN SÍGO RECLAMACIÓN DOS DE POR CUMPLIDO LOS TRABAJOS PENDIENTES DE GRSMA NO CUMPLIENDO 27 DÍAS DESPUÉS DEL PUSO PENITENTE.	
2 - HEMOS TOMADO NOTA EN ASIENTO 545-(2) AQUÍ SE INDICA DÍA 20 DE DICIEMBRE NUMERAL 5 DE AL. 2015	

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM



**GOBIERNO REGIONAL SAN MARTÍN**  
**PROYECTO ESPECIAL HUALLAGA CENTRAL Y BAJO MAYO**

**V.- Conclusiones y Recomendaciones**

- ✓ El Contratista no ha cumplido con subsanar las Observaciones al 15 de abril del 2015, fecha límite que manda la ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (Art. 210), cuyo plazo es 1/10 de la duración del plazo del contrato vigente, es decir 70.5 días contados a partir del 04/02/15
- ✓ La Obra no se encuentra en condiciones operativa por dos razones:
  - a- El Contratista no ha terminado de subsanar las observaciones en la tubería de conducción KM. 0+500 al Km 0+700, (en cuatro puntos ubicados entre las progresivas antes indicadas) no se ha podido realizar la prueba hidráulica del canal, debido a que el Contratista está trabajando en subsanar observaciones pendiente.
  - b- Durante el periodo de febrero-marzo y abril se han presentado precipitaciones pluviales en el área del proyecto, que han tenido como consecuencias desprendimientos de taludes sobre el canal, deslizamiento de laderas que han causado colapsos en la estructura del canal en diversas progresivas. Es importante dejar constancia que los daños mayores se presentan en las progresivas Km 2+600 al 2+800, del Km.5+365 al km. 5+480, y del Km. 10+660 al Km 10+710 respectivamente, en estos tres tramos es importante indicar que afecta al canal y la carretera Dptal Picota –Shambuyacu.

- 7.75. De allí que el Tribunal Arbitral considere que habiéndose establecido un parámetro objetivo - en concordancia con el Acta de Observaciones de fecha 29 de enero de 2015 - para identificar las observaciones pendientes de subsanación que se encuentra inserto en el Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB de fecha 27 de abril de 2015, se tenga certeza que las observaciones planteadas por el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015, exceden del tramo Km. 0 + 500 al Km. 0 + 700 en contraposición a lo asumido por la entidad en su primer informe, lo cual fue aceptado por el contratista, como ubicación de las observaciones, resultando de esta constatación que ellas sean normativamente calificadas como nuevas observaciones (sobre las que el contratista tiene la facultad de subsanarlas o no sin comprometer su posición contractual), siendo de aplicación lo dispuesto por el penúltimo párrafo del numeral 2 del artículo 210º del RLCE que prescribe que durante la comprobación que realizará el Comité de Recepción se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.76. Es más, a partir de ello, y siendo éstas nuevas observaciones las únicas que se constatan en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015, el Tribunal Arbitral tiene por sentado que las demás observaciones planteadas con anterioridad por el Comité de Recepción han sido subsanadas al no hacerse ya mención a ellas en el pronunciamiento acotado.
- 7.77. Téngase en cuenta además que, el Informe emitido por el Comité Especial, Informe N° 001-2015-GRSM-PEHCBM/PCRO-JEYB, termina siendo de especial relevancia, ya que éste es emitido bajo el contexto de lo señalado en el numeral 3 del art. 210 del RLCE ya que, es a través de dicho documento en el que se sustentan las observaciones que, bajo criterio del Comité Especial, subsisten a cargo del Contratista, y es a partir del mismo que, la entidad emite su pronunciamiento (Carta N° 447-2015-GRSM/PEHCBM), delimitando de ésta manera la existencia de discrepancias o no que puedan dar inicio a un procedimiento de solución de controversias, sobre ésta aspecto en particular que, finalmente no surgió.
- 7.78. En ese sentido, compulsando e interpretando las declaraciones y comportamientos de las partes el Tribunal Arbitral estima que el contratista si cumplió con subsanar la totalidad de las observaciones planteadas, por lo que, en tal orden de ideas, y acudiendo a la utilización de su potestad, el Tribunal Arbitral estima por conveniente aplicar la regulación del procedimiento de Recepción de la Obra, que se describe en el numeral 2 del artículo 210º del Reglamento que expresamente preceptúa:

Artículo 210º.- Recepción de la Obra y plazos  
(...)

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

(...)"

- 7.79. De allí que el PEHCBM y el contratista deben proceder a la suscripción del Acta de Recepción correspondiente, la que según lo actuado deberá considerar como fecha en que se tienen por levantadas las observaciones el día 12 de mayo de 2015, atendiendo a que con fecha 03 de junio del 2015, la Entidad reconoció tácita e indubitablemente que las observaciones planteadas habían sido levantadas, debiendo ésta pretensión debe ser declarada FUNDADA, debiendo ambas partes ceñirse precisamente a lo ordenado por el Tribunal Arbitral.
- 7.80. Sin perjuicio de lo expuesto, éste Tribunal arbitral precisa que, de acuerdo al numeral 8 del artículo 210 del Reglamento, si durante el proceso de verificación de subsanación de observaciones, el comité de recepción advierte la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, no obstante suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.
- 7.81. En esa medida, para dilucidar si un determinado "vicio" o "defecto" difiere de las observaciones formuladas originalmente por el comité de recepción, a efectos de solicitar su subsanación; corresponde evaluar si estos constituyen -en efecto- "**vicios ocultos**", y si redundan en los mismos aspectos de la obra que fueron observados por la Entidad.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.82. Sobre el particular, Max Arias Schreiber Pezet<sup>19</sup> señala que “La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquiriente a su adecuada utilización”; el mismo autor citando a Tartufari indica que, “(...) por vicio o defecto debe precisamente entenderse cualquier anormalidad o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o integridad. Para hablar propiamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo (...). (El subrayado es agregado). De esta manera, los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos o alteraciones cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad; los cuales no permiten que dicha prestación sea empleada de conformidad con los fines de la contratación.
- 7.83. Precisado lo anterior, es importante señalar que el artículo 50 de la Ley establece que “*El contratista es el responsable por la calidad ofrecida de los bienes o servicios ofertados (...)*”; asimismo, dispone entre otros aspectos<sup>20</sup>, que “*En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra*, según corresponda”. (El subrayado es agregado). De esta manera, se advierte que en un contrato de ejecución de obra, la existencia de defectos o vicios ocultos puede ser advertida durante el procedimiento de verificación de subsanación de observaciones para la recepción de la obra<sup>21</sup>, e incluso después de la liquidación del contrato de obra y de efectuado el pago<sup>22</sup>; ante lo cual, la Entidad puede solicitar al contratista la subsanación de dichos

<sup>19</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica S.A; Primera Edición, 2006, página 310.

<sup>20</sup> Conforme a lo establecido en dicho dispositivo, en los contratos de bienes y servicios, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada de la Entidad.

<sup>21</sup> Conforme a lo señalado en el numeral 8 del artículo 210 del Reglamento.

<sup>22</sup> Tal como lo establece el artículo 212 del Reglamento.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

defectos o vicios ocultos (distintos a las observaciones formuladas por el comité de recepción de obra) y, de ser el caso, someter las controversias –relacionadas a estos- a conciliación y/o arbitraje, hasta quince días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato, que no debe ser menor a siete (7) años contados desde la recepción de la obra. Siendo ello concordante con la cláusula décima tercera del contrato materia del presente arbitraje.

**PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PRIMERA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DEL CONTRATISTA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL EXPEDIENTE TÉCNICO DE LA OBRA ELABORADO Y APROBADO POR LA ENTIDAD ADOLECE DE DEFICIENCIAS SUSTANCIALES Y QUE, COMO CONSECUENCIA DE ELLO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE TODOS LOS DAÑOS PRESENTES Y FUTUROS QUE SE GENEREN EN LA OBRA, DERIVADOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE TALES DEFICIENCIAS, SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD.**

- 7.84. Para resolver con precisión y claridad este punto controvertido el Colegiado debe señalar ante todo que nos encontramos, según se desprende de su desarrollo en el escrito correspondiente, frente a una pretensión del contratista mediante la que solicita, en términos intrínsecos, se emita un pronunciamiento de orden declarativo referido al supuesto en el que si se constatase que el expediente técnico elaborado y aprobado por el PEHCBM adolecería de deficiencias, tal y como lo alega la parte demandante, todos los daños a la obra derivados serían de su responsabilidad.
- 7.85. Se trata entonces de la petición de un pronunciamiento declarativo sobre la responsabilidad por los daños en la obra que tendría el PEHCBM en el caso se verifique que el expediente técnico submateria sea calificado como deficiente de acuerdo principalmente a las consideraciones técnicas expuestas en las conclusiones de las pericias actuadas durante el proceso, en las que precisamente se deja establecido, por lo menos meridianamente, que aquél adolece de ciertas imperfecciones técnicas que podrían haber derivado de forma negativa en la correcta realización de la obra.
- 7.86. Tal calificación acerca de la naturaleza del pronunciamiento a emitirse se concatena en perfecta sintonía con las consideraciones dirigidas a i) que el eje del proceso gire sobre materias que presuponen afectaciones externas que inciden sobre una normal

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

ejecución contractual, y a ii) la exclusión de legitimación concreta por parte del Tribunal Arbitral para emitir un pronunciamiento concreto en torno a la estructura del expediente técnico elaborado y aprobado por el PEHCBM, el mismo que no fuera, por demás, observado formalmente por el contratista, lo que no obsta a que éste pudiera ser tenido como defectuoso atendiendo a su posible inadecuación a alguna situación particular durante la ejecución de la obra, lo que pudiera ser materia de otro proceso arbitral.

- 7.87. A ello se suma el hecho que el contratista no ha acreditado exactamente los daños generados en la obra a la fecha de su demanda y menos aún la existencia de una relación de causalidad que permita, conjuntamente con la eventual acreditación de la defectuosidad del expediente técnico, evaluar un supuesto de responsabilidad contractual generado por la actuación del PEHCBM por su elaboración y aprobación.
- 7.88. Es cierto que durante el proceso de ejecución de la obra el contratista efectuó una pluralidad de anotaciones en los asientos del cuaderno de obra, según se detalla en el tenor de la primera ampliación de la demanda, a través de los que se comunican deficiencias del expediente técnico elaborado y/o aprobado por el PEHCBM. Específicamente, se señalaba en la demanda que el expediente técnico no previó ni tomó en consideración determinadas situaciones reales y concretas que afectaban a la zona de ejecución de la obra a partir de lo que se evidencia su deficiente elaboración refiriéndose, en lo esencial, al estudio de suelos y al estudio geológico, y que por tal circunstancia la obra ejecutada sea susceptible de sufrir daños, verificados inclusive durante su proceso de recepción; no pudiéndosele atribuir al contratista ninguna responsabilidad en cuanto no estuvo a cargo de su elaboración y menos aún de su aprobación, de lo que se colige que tales deficiencias escaparon a su esfera de control.
- 7.89. Por su lado, el PEHCBM señala que el contratista no habría dado sustento, ni analizado las supuestas deficiencias sustanciales de los estudios básicos del expediente técnico y que se debe considerar que durante el proceso de licitación se entregó toda la documentación a los postores, en la que se incluye el expediente técnico y los estudios básicos para su elaboración tales como los estudios de topografía, geología y geotecnia, estudios hidrológicos e hidráulicos, memorias de cálculo hidrológicas, hidráulicas y estructurales; indicando que si alguno de los postores hubiese

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

encontrado deficiencias sustanciales en el expediente técnico o en los estudios básicos debió haberlo manifestado o haber solicitado aclaraciones al respecto durante el período del proceso de licitación, lo que no ocurrió, es decir, no hubo ninguna observación de los postores, incluido INCOT, al expediente técnico en relación a las presuntas deficiencias sustanciales de los estudios de hidrología y geología como se pretende ahora cuestionar.

- 7.90. Agrega que el contratista dio la conformidad en el sentido de que el expediente técnico no tenía deficiencias técnicas, por lo que ahora señalar que éste las tiene es ir en contradicción de sus propios actos, lo que demuestra la mala fe de la demandante; y que INCOT ahora alude deficiencias sustanciales después de más de cuatro (4) años del proceso de licitación, después de haber terminado la obra y haber solicitado su recepción, lo que resulta fuera de lugar, más aún cuando sólo menciona deficiencias, en estudios hidrológicos y geológicos, sin ningún análisis ni sustento técnico que lo acredite; por lo tanto carece de validez su pretensión.
- 7.91. Ambas partes han procedido, además, a sustentar profusamente su posición, desde diversos puntos de vista, utilizando el contenido de varios asientos del cuaderno de obra, tal y como se puede apreciar de los escritos de demanda y contestación, advirtiéndose como el PEHCBM admite, de manera indirecta, pero incontrovertible, la posible existencia de deficiencias a las que denomina ajustes, los que tuvieron que ser efectuados en el expediente técnico durante la ejecución contractual en vista a la situación particular del terreno o condiciones extrínsecas que afectaban a la actividad de cumplimiento del contratista.
- 7.92. La secuencialidad de los acontecimientos calificados por el Colegiado como causas no imputables, puede permitir tener cierto grado de certidumbre en torno a la existencia de defectuosidades en el expediente técnico que se reflejen en posibles eventos dañinos que perjudiquen la estructura de la obra y su funcionalidad, incluso en el futuro.
- 7.93. Sin embargo, este Tribunal puede también constatar que, al menos en los términos en que la presente pretensión ha sido formulada y desarrollada, no se logran identificar aspectos puntuales, defectos concretos de la obra, respecto de cuya ocurrencia, presente o futura, el demandante busque una declaración liberatoria de responsabilidad contractual. Antes bien, la pretensión se dirige a

excluir responsabilidad futura por cualquier daño que pueda verse verificado en la obra aún después de entregada esta y liquidado el contrato, lo que, a entender de este Tribunal, no puede ser amparado en tanto que una declaración tal terminaría brindando blindaje excesivo al contratista en detrimento de los derechos de la Entidad contratante por concepto de vicios ocultos de la obra, en concordancia con la normativa civil que regula la materia.

- 7.94. Así, pues, este Tribunal es de la postura de desestimar la presente pretensión por imprecisa y porque dicha solicitud no se corresponde con los fines de cualquier arbitraje, cual es la resolución de controversias e incertidumbres jurídicas claramente identificables.
- 7.95. Por tales consideraciones, la presente pretensión debe ser declarada INFUNDADA.

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR INOPONIBLES AL CONTRATISTA LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PUNTO RESOLUTIVO DE LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG FECHADA EL 01 DE DICIEMBRE DE 2015, EN EL EXTREMO QUE SEÑALA QUE EL CONTRATISTA MANTIENE LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTO ESTABLECIDA EN LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO “CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE IRRIGACIÓN PONAZA”**

- 7.96. De la revisión de la demanda y la contestación, el Tribunal Arbitral considera que el cuestionamiento que realiza el contratista INCOT SAC se dirige específicamente contra el segundo punto resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG fechada el 01 de diciembre de 2015, solamente en el extremo que señala que el contratista mantiene la responsabilidad por defecto establecida en las condiciones de la contratación de la ejecución del Proyecto “Construcción del Sistema de Irrigación Ponaza”.
- 7.97. Se señala, por demás, que la pretensión incide sólo contra los efectos de uno de los extremos del segundo punto resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG, precisamente el que pretende imponer que el contratista mantenga la responsabilidad por defecto establecida en las condiciones de la contratación, por lo que han quedado consentidos los otros extremos de la citada decisión (relevantes

para la controversia). En parecer del contratista habría quedado consentida la resolución contractual por conveniencia del Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM amparada en el literal 57.4 de la disposición general. 57: resolución del contrato de las condiciones de la contratación; añadiendo que la resolución del contrato opera *ex nunc*, no tiene visos de retroactividad en relación a lo efectivamente ejecutado por la empresa contratista.

- 7.98. La importancia de precisar ello, se agrega, radica en que la pretensión (de corte estrictamente jurídico) se apoya en la resolución del contrato por conveniencia operada por la Entidad. Se plantea que ésta es una hipótesis de resolución diversa a la que se genera por incumplimiento y que constituye un mecanismo de extinción contractual del que no puede desprenderse responsabilidad alguna de carácter posterior para el contratista y que supone, desde el momento de su consumación, la total y autónoma extinción de los efectos contractuales.
- 7.99. Frente a esto el PEHCBM ha señalado que la pretensión del Contratista es temeraria y contra la buena fe, pues busca sustraerse de una obligación claramente establecida en la cláusula decimo tercera del contrato: responsabilidad por vicios ocultos, cuyo plazo ha sido definido en siete años.
- 7.100. Valorando debidamente los argumentos expuestos por las partes el Colegiado procede a emitir pronunciamiento sobre el particular.
- 7.101. La impugnación inserta en ésta pretensión, que se contrae a que se declare la inoponibilidad-ineficacia de uno de los extremos del segundo punto resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG fechada el 01 de diciembre de 2015, debe entenderse directamente dirigida contra la decisión resolutoria contractual contenida en dicho acto administrativo, estando el Tribunal Arbitral perfectamente legitimado para su revisión de acuerdo a los parámetros que estime convenientes, pues no se trata de la impugnación de un acto administrativo que solo sirve de continente a una decisión contractual de la Entidad Contratante.
- 7.102. Analizados detenidamente los argumentos y pruebas ofrecidas y actuadas en el proceso, tenemos que la resolución por conveniencia operada por el PEHCBM es un mecanismo extintivo de efectos contractuales inserto expresamente en el contenido del Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM, específicamente en el

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

literal 57.4 del Disposición General 57: Resolución del Contrato de las Condiciones de la Contratación, lo que para el Tribunal Arbitral resulta siendo un acuerdo perfectamente viable que, sin embargo, lleva consigo sólo la extinción del cúmulo de deberes que constituye la prestación principal, más no de todas las situaciones contractuales que rigen el contrato.

- 7.103. Por otro lado, mientras que la parte demandante ha hecho alusión específica de la responsabilidad por defectos que es materia de regulación en el numeral 33 de los "Datos del Contrato"; mientras que la parte demandada ha planteado su defensa en torno a un invocado derecho a mantener la responsabilidad por vicios ocultos en virtud de la cláusula décimo tercera del Contrato.
- 7.104. Ahora bien, dado que ambas estipulaciones contractuales difieren en su plazo de aplicación y sobre todo en su naturaleza operativa, este Tribunal debe efectuar una interpretación armonizadora que permita la conservación de la eficacia abstracta de ambas<sup>23</sup>.
- 7.105. Pues bien la noción del vicio oculto en nuestro ordenamiento jurídico está principalmente vinculada a la existencia de deterioros, anomalías y/o defectos i) existentes al momento de la transferencia ii) no reconocibles utilizando la diligencia ordinaria de acuerdo a la aptitud personal del adquirente y circunstancias concomitantes y iii) generadores de una afectación al derecho del adquiriente a la adecuada utilización del bien, según fluye de los artículos 1782°, 1783°, 1503°, 1504° y 1505° del Código Civil. En lo que concierne a la caracterización anotada, se ha precisado autorizadamente que el vicio debe ser "oculto", por la imposibilidad de conocerlo inmediatamente en la que se encuentra el adquiriente; "importante", por no permitir que el bien sea destinado a la finalidad para la cual fue adquirido; y, "preexistente" a la transferencia o concomitante con ella aun cuando sus efectos se manifiesten después<sup>24</sup>.
- 7.106. En el Contrato materia del presente arbitraje, la cláusula décima tercera ha fijado el plazo de responsabilidad por vicios ocultos en siete (7) años.

<sup>23</sup> Conforme al principio de conservación del contrato, la interpretación debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última. (DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo I. Madrid: Tecnos, 1979. Pág. 252.)

<sup>24</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001. Pág. 535-540.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.107. Por su parte, la responsabilidad por defectos a que se hace referencia en el numeral 33 de los "Datos del Contrato" fue fijada en un (1) año. Una interpretación razonada y consecuente con el principio de conservación de los efectos del Contrato, apunta a considerar este tipo de responsabilidad como circunscrito a defectos cognoscibles de la Obra que deben ser subsanados dentro del plazo establecido al haber sido advertidos hasta antes de la recepción, mecanismo distinto y ajeno al campo de los vicios ocultos que, no siendo cognoscibles *ab-initio*, pudieran ser identificados posteriormente.
- 7.108. Dado que el Demandante circscribe su petitorio a una solicitud de ineficacia de la responsabilidad por defectos en específico, y no a la responsabilidad por vicios ocultos (que se considera un mecanismo de tutela diverso), el Tribunal debe circunscribir su decisión a este aspecto contractual.
- 7.109. Pues bien, se tiene que en el presente proceso el Tribunal ha determinado que el Contratista cumplió con las prestaciones del Contrato y se ordena a las partes proceder formalmente con el acto de recepción de la Obra. Ello involucra, en secuencia lógica, la conclusión de que no cabe ya efectuar cuestionamiento por la presencia de defectos advertibles y/o cognoscibles en la Obra, pues ya se ha establecido que las nuevas observaciones establecidas en el Informe N° 002-2015-GRSM-PEHCBM/CRO de fecha 03 de junio de 2015, son inoponibles al Contratista, resolviéndose así toda cuestión controvertida relacionada con las prestaciones pendientes de INCOT.
- 7.110. Por tanto, debe declararse ineficaz lo establecido por la Entidad en el segundo punto resolutivo de la Resolución Gerencial N° 527-2015-GHRSM-PEHCBM/GG.
- 7.111. Finalmente, debe aclararse que ni aun una conformidad de obra (menos aun una resolución por conveniencia) excluye per se los derechos derivados para la Entidad Contratante por una eventual emergencia de defectos o vicios ocultos. Por tanto, corresponde a este Tribunal declarar FUNDADA la presente pretensión, circunscrita estrictamente dicha declaración a la responsabilidad por defectos regulada en el numeral 33 de los "Datos del Contrato"; dejándose a salvo la eficacia y vigencia de la cláusula decimotercera sobre responsabilidad por vicios ocultos.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD PROCEDA A LA INMEDIATA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, ASUMIENDO ADEMÁS EL TOTAL DE LOS COSTOS FINANCIEROS OCASIONADOS POR LAS SUCEIVAS RENOVACIONES DE LA REFERIDA FIANZA, DE ACUERDO A LOS COSTOS PREVISTOS EN EL CONTRATO, DESDE LA FECHA EN QUE SE RESOLVIÓ EL CONTRATO POR CONVENIENCIA HASTA SU DEVOLUCIÓN EFECTIVA, MÁS LOS INTERESES QUE CORRESPONDAN**

- 7.112. Esta pretensión del contratista implica un análisis del Colegiado destinado a la constatación de la legitimidad del PEHCBM para exigir la continuación de la eficacia, a través de la decisión de mantenerlas bajo su posesión, de las cartas fianza que garantizan el fiel cumplimiento del contrato.
- 7.113. A efecto de resolver la presente controversia, se tiene a la vista la disposición contenida en el artículo 158º del RLCE que formalmente señala que sólo procederá la devolución de las cartas fianza luego de aprobada la liquidación final del contrato.
- 7.114. Así, a entender de este Tribunal, se debe reconocer formalmente a toda Entidad Contratante como legitimada a conservar en su poder la o las cartas fianza de fiel cumplimiento hasta el momento en que quede consentida la liquidación final del contrato, tal como expresa el artículo 158º del Reglamento, pues es obligación del contratista mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento hasta que la liquidación del contrato de obra haya quedado consentida, es decir, hasta que la liquidación del contrato pueda ser ejecutada y aplicada, por cuanto una vez practicado el proceso de liquidación se podrá tener recién el valor real de la obra, con saldos a favor o en contra de la entidad; y, en el caso de ser a favor de la entidad, el Contratista tiene la obligación de honrar dicho saldo, teniendo como garantía precisamente la carta de fiel cumplimiento del contrato.
- 7.115. En ese sentido, aun cuando el Tribunal Arbitral considera que el contratista ha cumplido con todas las prestaciones a su cargo en forma satisfactoria y sin observaciones oponibles de ninguna naturaleza –habiéndose incluso declarado el deber de ambas partes a suscribir el Acta de Recepción correspondiente–; también es cierto que la norma de contrataciones establece un momento

distinto para la liberación de dichas garantías, cual es la liquidación de obra que establecerá de manera definitiva el balance de la obra y determinará si no existe de parte del Contratista ninguna deuda pendiente que deba ser cubierta con la garantía mencionada. De este modo, este extremo de la pretensión deviene en INFUNDADO.

- 7.116. Por otro lado, y no obstante lo anterior, sí corresponde a la Entidad Contratante reconocer todos los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha en que se resolvió el contrato (conforme a lo solicitado por el Contratista) hasta su devolución final, más los intereses que correspondan, pues se ha constatado un comportamiento antijurídico que ha generado varias consecuencias negativas al contratista que sin mediar justificación alguna tuvo que asumir gastos que no le hubiesen correspondido si es que la Entidad Contratante hubiese actuado de acuerdo a Derecho.

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 13.07.2017**  
**28.12.2016 POR PARTE DE LA ENTIDAD: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO**  
**ORDENAR A INCOT SAC CONTRATISTAS GENERALES, EL PAGO DE LA**  
**PENALIDAD IMPUESTA POR LA SUMA ASCENDENTE A S/.3'288,261.44 (TRES**  
**MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UNO**  
**44/100 SOLES) CON LOS REAJUSTES E IGV POR CONCEPTO EN EL RETRASO EN**  
**LA SUBSANACIÓN DE LA OBSERVACIONES TAL COMO LO ESTABLECE EL**  
**ARTÍCULO 210° NUMERAL 5 DEL RLCE.**

- 7.117. La presente pretensión reconvencional va dirigida a obtener del Tribunal Arbitral una decisión de condena por concepto de penalidad a cargo del Contratista en virtud de lo establecido en el artículo 210°, numeral 5 del RLCE.
- 7.118. Este Tribunal ha tomado postura respecto de la invalidez del segundo fundamento de la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG, que dio lugar a la decisión de la Entidad Contratante de aplicar una penalidad al contratista en aplicación del numeral 5 del artículo 210° del RLCE.
- 7.119. En ese sentido, haciéndose remisión a los fundamentos oportunamente expresados en el primer punto controvertido de la demanda de INCOT, corresponde de manera lógica desestimar la presente pretensión de la reconvención de la Entidad.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 13.07.2017**  
**POR PARTE DE LA ENTIDAD: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE**  
**INCOT SAC CONTRATISTAS GENERALES INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN**  
**CONTRACTUAL DE CONTRATAR UNA PÓLIZA DE SEGUROS SIN LA FIRMA DEL**  
**PEHCBM, COMO LO ESTABLECE LAS CONDICIONES GENERALES DE**  
**CONTRATACIÓN.**

- 7.120. En virtud de esta pretensión, la Entidad afirma que INCOT contrató la póliza de seguros emitida por Seguros Pacífico N° 7960354, sin la firma del PEHCBM y con una cobertura menor a la establecida en el Contrato, causando de esta manera un perjuicio económico dicha Entidad.
- 7.121. Puede advertirse, de los términos de esta pretensión, que la solicitud de la entidad no es una de imputación de responsabilidad contractual en sentido estricto, y refiere aún menos a una petición indemnizatoria, al no hacerse en ningún momento referencia concreta a la ocurrencia de un daño cierto y cuantificado – la Entidad se limita a afirmar que se le ha provocado “un perjuicio económico”, sin más. Estamos, en realidad, frente a una pretensión orientada únicamente a lograr un pronunciamiento declarativo de incumplimiento contractual. Por tanto, a esto se limitará el análisis del Tribunal.
- 7.122. Pues bien, la cláusula 11 de las Condiciones de Contratación señala lo siguiente:

“11.1 El Contratista deberá contratar seguros a nombre conjunto del Contratista, PEHCBM y KfW, para cubrir las siguientes eventualidades durante el periodo comprendido entre la fecha de iniciación y el vencimiento del periodo de responsabilidad por defectos, por los montos totales y sumas deducibles estipulados en los datos del contrato, para los siguientes eventos que son de riesgo del contratista cuyos montos se indican en los Datos del Contrato:

- (a) pérdida de o daños a las obras, planta y materiales (seguro contra todo riesgo);
- (b) pérdida de o daños a los equipos por el monto indicado;
- (c) pérdida de o daños a la propiedad (exceptuando las obras, planta, materiales y equipos) relacionada con el Contrato; y
- (d) lesiones personales o muerte.

11.2 El Contratista deberá entregar al Ingeniero, para su aprobación, las pólizas y los certificados de seguro antes de la fecha de iniciación especificada en los Datos del Contrato. Dichos seguros deberán proporcionar compensación pagadera en los tipos y proporciones de monedas requeridos para rectificar la pérdida o perjuicio ocasionados.

11.3 Si el Contratista no proporciona las pólizas y los certificados exigidos, el PEHCBM podrá contratar los seguros cuyas pólizas y certificados debería haber suministrado el Contratista y podrá recuperar las primas pagadas por el PEHCBM de pagos que se adeuden al Contratista, o bien, si no se le adeudara nada, considerarlas una deuda del Contratista.

11.4 Las condiciones del seguro no podrán modificarse sin la aprobación del Ingeniero.

11.5 Ambas partes deberán cumplir con las condiciones de las pólizas de seguro.

11.6 Los pagos por concepto de seguros correspondientes a lo indicado en los incisos a) y c) de la subcláusula 11.1, deben efectuarse en una cuenta especial que sea administrada conjuntamente por el PEHCBM y el KfW."

7.123. Ahora bien, el Tribunal estima que, estando a los términos del Contrato, se tiene que, al margen de la existencia de un deber obligacional, se ha autorizado al Contratista para contratar seguros a nombre conjunto del PEHCBM, del KfW y de él mismo para cubrir determinadas eventualidades durante el periodo comprendido entre la fecha de iniciación y el vencimiento del periodo de responsabilidad por defectos, por lo que no cabría imputación alguna de incumplimiento con relación a la ausencia de firma del PEHCBM. Además, es importante, con relación también al monto de la póliza contratada, tener en cuenta la exigencia de congruencia en el comportamiento contractual, a partir de lo cual se extrae que la pretensión del PEHCBM carece de fundamento pues en los debates suscitados entre las partes a propósito de la sustentación de pericias e informes orales ha quedado establecido con claridad que esta entidad procedió al cobro del seguro correspondiente al encontrarse la póliza a su nombre tal y como lo estipulaba el Contrato, no siendo atendible que ahora cuestione el monto

contratado que debe entenderse como satisfactorio de su interés sustancial.

- 7.124. En ese contexto, consideramos que es de aplicación la denominada **Doctrina de los Actos Propios** (*venire contra factum propium non valet*) en los siguientes términos: "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"<sup>25</sup> , cuyos elementos configurativos son:
1. Que existan una conducta previa emanada de la misma persona, que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Es decir, que exista identidad de partes y unidad de situación jurídica.
  2. Que la conducta previa sea válida, y que revista sentido unívoco y cierto, de modo de poder ser interpretada como una **voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica y despertar así la confianza de la contraparte** esto es, una conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.
  3. Que tal conducta (o sus consecuencias necesarias) y tal pretensión sean contradictorias, o sea, incompatibles entre sí; y,
  4. Que no haya una norma que autorice la contradicción.

En pocas palabras, la doctrina de los actos propios nos informa que cuando una persona ha sostenido o admitido, frente a otra, la existencia o inexistencia de un determinado hecho, no puede luego invocar frente a esa misma persona y en detrimento de esta última la inexistencia o existencia, respectivamente, de ese hecho. El EFECTO DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS ES LA INADMISIBILIDAD DE LA CONDUCTA CONTRADICTORIA.

- 7.125. En cualquier caso la pretensión debe declararse infundada por cuanto, no existe un defecto de legitimación formal en la contratación de la póliza submateria, a lo que se debe agregar la

---

<sup>25</sup> Héctor A. Mairal, La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1994, p. 4.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

valoración del comportamiento vinculante del PEHCBM, materializado en su **cobro efectivo**, lo que equivale, a criterio del Tribunal, a una ratificación tácita de conformidad del monto contratado, así como que el contrato de seguro celebrado por INCOT SAC tuvo como parte beneficiada al PEHCBM en observancia de los términos contractuales.

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA ACUMULACIÓN DE FECHA 13 DE JULIO DE 2017 POR PARTE DE LA ENTIDAD: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DETERMINE QUE LOS ADICIONALES DE OBRA SUPERARON EL 15%, POR LO TANTO, CARECERÍAN DE COMPETENCIA PARA CONOCER EL PRESENTE PROCESO.**

- 7.126. En torno a esta pretensión, la Entidad cita el artículo 208º del RLCE, que señala lo siguiente:

"Artículo 208º.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)  
Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual deberá ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computará a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República hará conocer a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, (...)"

- 7.127. Luego, la Entidad afirma que los adicionales de obra que fueron objeto de contratación entre las partes superan el 15%, circunstancia que no ha sido acreditada a lo largo del proceso, y

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

que, a partir de lo regulado en el artículo citado, el Tribunal carece de competencia para conocer el presente proceso.

- 7.128. En otras palabras, la Entidad cuestiona la competencia del Tribunal en el proceso en curso o, lo que es lo mismo, en términos sustanciales, opone excepción de incompetencia contra todas las pretensiones del proceso arbitral, lo que incluye, de modo lógico, sus propias pretensiones reconvencionales.
- 7.129. A este respecto, el Tribunal debe ser enfático en señalar que la Ley de Arbitraje ha establecido plazos preclusivos para oponer defensas formales (excepciones en el presente caso) frente a las pretensiones de la contraparte procedural. También en el acta de instalación<sup>26</sup> del proceso se definieron como plazos máximos para la presentación de excepciones procesales, los momentos de la demanda, contestación y reconvención, según fuera el caso.
- 7.130. Fluye entonces con claridad que la presente pretensión, siendo en términos materiales una excepción procesal de incompetencia, resulta extemporánea en su presentación y por tanto deberá ser desestimada por IMPROCEDENTE.

**PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN: DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PARTE CORRESPONDE O NO ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.**

- 7.131. Llegados a este punto y con respecto a la "pretensión" de que se reconozcan los costos y costas del proceso, este Tribunal Arbitral, toma posicionamiento en el sentido de no considerar como una pretensión determinada dicho pedido efectuado por el demandante, procediendo, como punto final del análisis, sin embargo a determinar, con arreglo a las prescripciones que imperan en el arbitraje, la distribución de los costos administrativos y honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, catalogados como costos.

---

<sup>26</sup> Acta de Instalación de fecha 3 de setiembre de 2015:

"De las excepciones y defensas previas

29. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral así como cualquier otro tipo de excepción y/o defensa previa, deberá ser opuesta por las partes a más tardar en la contestación de la demanda o, con respecto a una reconvención, en la contestación de la reconvención"

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

- 7.132. En el campo del arbitraje de contratación pública este tema está regido por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071, que brinda una serie de criterios a los árbitros sobre cómo efectuar la distribución, y los faculta a disponer el prorratoe de los costos cuando éste sea considerado razonable.
- 7.133. El Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta los motivos que han llevado a las partes a discutir en este arbitraje sus respectivas posiciones, considera que tales costos deben distribuirse en partes proporcionales.
- 7.134. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia de haber valorado con objetividad, detalle e integridad, para fines de su pronunciamiento, la totalidad del material probatorio aportado por las partes, aun cuando no haya tenido la ocasión de hacer mención puntual de cada una de las pruebas al exponer los fundamentos de la decisión adoptada, en definitiva, acerca de los puntos controvertidos.

**VIII. LAUDO**

El Tribunal Arbitral, en función del análisis efectuado, en DERECHO, procede a laudar en los términos siguientes:

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA** formulada por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo mediante escrito del 28 de diciembre de 2016 contra la primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA** formulada por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo mediante escrito del 29 de diciembre de 2016 dedujo la excepción de incompetencia contra la primera acumulación de pretensiones de fecha 07 de noviembre de 2016 presentada por el Contratista,

**TERCERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD** formulada por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo mediante escrito del 13 de febrero de 2017 contra la segunda acumulación de pretensiones de fecha 28 de diciembre de 2016 presentada por el Contratista.

**Arbitraje:**

INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

**CUARTO: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión de la demanda arbitral de INCOT S.A.C. Contratistas Generales de fecha 18 de abril de 2016. En ese sentido, (1) **SE DECLARA** válida y por tanto oponible a la Entidad Contratante la solicitud contenida en la Carta N° 067-15 - del 15.MAY.2015, relacionada con **adicionalar** al plazo de levantamiento de observaciones el 'período de demora' en que la contratista incurrió por causas que no les son imputables a ésta, ascendente a 27 días calendarios; y (2) **SE DEJA SIN EFECTO** lo dispuesto por la Entidad Contratante en la Resolución Gerencial N° 241-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 17.JUN.2015, a través de la cual (i) se declara **IMPROCEDENTE** la solicitud antes mencionada; y, (ii) se dispone cuantificar la penalidad a aplicarse.

**QUINTO: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda arbitral de INCOT S.A.C. Contratistas Generales de fecha 18 de abril de 2016. En ese sentido, **SE ORDENA** al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo a proceder con la suscripción del Acta de Recepción de Obra.

**SEXTO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda acumulada de INCOT S.A.C. Contratistas Generales presentada mediante escrito del 21 de julio de 2016.

**SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión de la demanda acumulada de INCOT S.A.C. Contratistas Generales presentada mediante escrito del 17 de octubre de 2016; conforme a las precisiones efectuadas en el numeral 7.111 del Laudo.

**OCTAVO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión de la segunda demanda acumulada de INCOT S.A.C. Contratistas Generales presentada mediante escrito del 17 de octubre de 2016, **EN EL EXTREMO** en que se solicita que la Entidad asuma el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, lo cual deberá cuantificarse al momento de la liquidación final del Contrato.

**NOVENO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención de fecha 13 de julio de 2017.

**DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la reconvención de fecha 13 de julio de 2017.

**DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal de la reconvención de fecha 13 de julio de 2017.

**DÉCIMO SEGUNDO: DISPONER** que cada Parte se haga cargo de las costas de

**Arbitraje:**

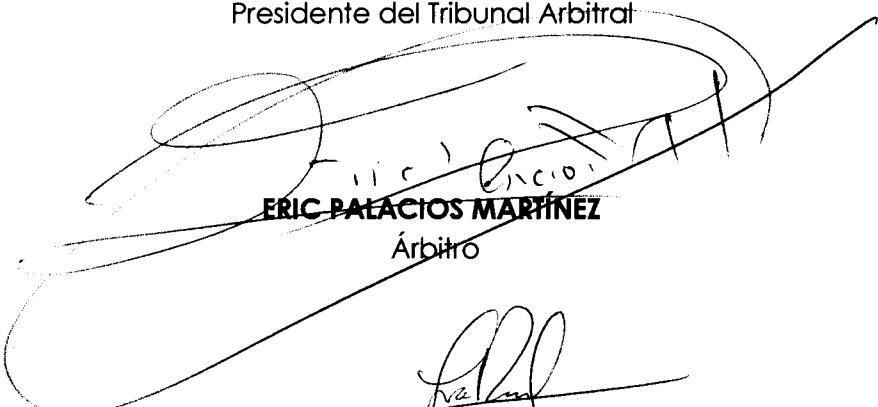
INCOT S.A.C. Contratistas Generales – Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo  
(PEHCBM)  
Contrato N° 093-2012-GORESAM-PEHCBM

su propia representación y asistencia técnica y legal y que cada Parte  
sufrague en partes iguales de las costas del Tribunal y la Secretaría Arbitral.



**OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO**

Presidente del Tribunal Arbitral



**ERIC PALACIOS MARTINEZ**

Árbitro



**PATRICIA MARY LORA RÍOS**

Árbitro