

xp. N° 798-202-15

Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR) – Empresa de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) Sucursal del Perú

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)
(en adelante, PROCOES o, en su defecto, el DEMANDANTE)

DEMANDADO: Empresa de Transformación Agraria S.A.
(TRAGSA) Sucursal del Perú (en adelante, TRAGSA o, en su defecto, el DEMANDADO)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: Mario Castillo Freyre (Presidente) ✓
Augusto Eguiguren Praeli ✓
David Aníbal Flores Ligarda

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaría General de Conciliación y Arbitraje del
Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

Resolución N° 20

En Lima, a los 30 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

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

1.1 El Convenio Arbitral

Contenido en la Cláusula 25.3 del Contrato 058-2014-PNSR/PROCOES "Obras de Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en la Región Apurímac – Lote 3: Obras en la provincia de Andahuaylas, distrito de Huancarama".

Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 5 de febrero de 2016, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

Serán de aplicación al presente proceso el Contrato, las normas del Código Civil, la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1017, y el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO).

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

III. De la Demanda Arbitral presentada por PROCOES, con fecha 31 de marzo de 2016

Mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2016, PROCOES interpone demanda arbitral contra TRAGSA, señalando como pretensiones las siguientes:

3.1. Pretensiones de la demanda

a) PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral **RECONOZCA** a **TRAGSA** lo dispuesto en la Conciliación Decisoria (Expediente N° 730-134-15); referido al reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios por un monto ascendente a S/. 111,546.65 sin incluir IGV o intereses, correspondientes al plazo de 31 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 07".

b) SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a TRAGSA el pago de las costas y costos que se generen en el presente proceso arbitral.

3.2. Respecto a los fundamentos de hecho

- 3.2.1.** Con fecha 28/11/2013 se inicia el proceso de Licitación Pública Nacional N° 03-2013-MVCS/PNSR/PROCOES - Región Apurímac. En este marco se dio el pliego de aclaraciones a los documentos de Licitación, siendo una de ellas la aclaración y respuesta N° 14, referida al plazo de ejecución y las condiciones climáticas propias de la zona en donde se construirán las UBS.
- 3.2.2.** PROCOES, en su condición de unidad ejecutora del Programa de Mejoramiento y Ampliación de Servicios de Agua y Saneamiento en el Perú, con fecha 08/05/2014 celebró con TRAGSA el CONTRATO N° 058-2014-PNSR/PROCOES. Asimismo, suscribió Contrato de Servicios de Consultoría N° 084-2014-PNSR/PROCOES con la empresa INGESA NAZCONSUL (en adelante, la Supervisión o Gerente de Obras).
- 3.2.3.** Con fecha 22/10/2014, las partes suscriben la Adenda N° 01, en la cual se precisó la cláusula referida a la autorización del Gerente de Obras por la que autoriza el cambio de personal clave. Asimismo, con fecha 05/05/2014, suscriben la Adenda N° 02, con la cual se amplió el plazo en 31 días, por validación de padrón de usuarios. Con ello, se amplió el plazo de ejecución hasta el 17/04/2015, sin incremento de mayores gastos. De la misma manera, con fecha 05/05/2015, las partes suscribieron la Adenda N° 03. Con ello, modificaron el plazo el 52 días por efectos de las lluvias, siendo el nuevo plazo de ejecución hasta el 08/06/2015, sin el incremento de mayores gastos, de acuerdo a lo aprobado por la Supervisión. Del mismo modo, con fecha 09/06/2015 suscribieron la Adenda N° 04, donde se amplió el plazo en 31 días calendario, por efecto de lluvias, siendo el nuevo plazo de ejecución 09/07/2017.
- 3.2.4.** Por otro lado, con fecha 06/08/2015, el CENTRO notificó a PROCOES sobre la Decisión Conciliatoria de fecha 31/07/2015, emitida por la conciliadora María Elena Rivarola Rodríguez, donde declaró que procedente el reconocimiento y pago de los gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 31 días naturales de Ampliación de Plazo N° 07 por un monto ascendente a S/. 111,546.65, sin IGV ni intereses.
- 3.2.5.** En consecuencia, PROCOES refiere que el contrato en cuestión es a suma alzada o suma global, que deberá interpretarse conforme al marco de

disposiciones normativas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de las cláusulas del contrato.

- 3.2.6. De ese modo, asevera que por un Contrato a Suma Alzada (o Suma Global) se entiende que éste es un acuerdo por una suma fija, en el cual el contratista se compromete a completar el trabajo por un precio fijo y el propietario del proyecto se compromete a pagar al contratista el precio global. Asimismo, indica que conforme la norma (normativa del BID) que gobierna al presente contrato, no se precisa el reconocimiento de gastos generales por ampliación de plazo, pues dicha norma tiene una *ratio* distinta a la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento; Ley y Reglamento que no se aplican al presente caso.
- 3.2.7. Asimismo, sobre los precios, en los artículos 2.21 al 2.23 se hace referencia a los mismos. De igual manera, en los artículos 2.24 y 2.25 se expresa lo concerniente a los ajustes de Precio.
- 3.2.8. Al respecto, expresa que en ninguno de los numerales se hace referencia a los mayores gastos generales; asimismo, se señala que los precios que coticen los oferentes deben ser precios globales, los mismos que deberán incluir todos los derechos, impuestos, gravámenes; es decir, deberán ser a todo costo, suma global. Además de ello, los ajustes de precio se darán únicamente para aquellos casos en que se aumente o disminuya las metas previstas de la obra (adicionales y deductivos) y no se contemplan Mayores Gatos Generales, los mismos que no están previstos en este tipo de contratos a Suma Global y que han sido en todo momento de conocimiento de TRAGSA.
- 3.2.9. En ese sentido, expresa que el demandado no hizo ninguna consulta u observación con relación al sistema de contratación (Suma Global), pues éste se basa en los documentos de licitación en los que presentó su propuesta técnica y jurídica; y es en base a esa información presentada que se le otorgó la buena pro. No obstante, la Conciliadora Ing. María Eliana Rivarola Rodríguez, pretende desconocer la naturaleza de dicho contrato, y reconoce de manera errónea el pago de los mayores gastos por los 31 días de ampliación de plazo.
- 3.2.10. En ese sentido, respecto al orden de prioridad de interpretación de los documentos que conforman el Contrato N° 058-2014-PNSR/PROCOES, cita el Informe N° 001-2015/VIVIENDA/VMCS/PNSR/ UGP PROCOES/ADO/MRS.
- 3.2.11. Asimismo, cita el numeral 2.3 del CONTRATO, donde se señala el orden de interpretación de los documentos, de interpretación del contrato.

3.2.12. De ese modo, expresa que lo referido en la Conciliación Decisoria en cuestión es contrario al concepto de Suma Alzada recogido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, donde en cuestiones de interpretación, los planos priman a las especificaciones técnicas, conforme al artículo 40º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En consecuencia, asevera que no debe confundirse entre un contrato a SUMA ALZADA, bajo las normas establecidas en el *CONTRATO y las normas del BID*, y un contrato a SUMA ALZADA bajo la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.

3.2.13. Por otro lado, cita la cláusula 1 Definiciones. Así, afirma que conforme al Oficio N° 06-2014, de fecha 05/08/2014, comunicó a TRAGSA que el Gerente de Obra es el Consorcio INGESA NAZCONSUL. Asimismo, expresa que se aplica Cláusula 4. Decisiones del Gerente de Obras. Numeral 4.1.

3.2.14. Por todo ello, expresa que queda establecido que el Gerente de Obras es el representante del contratante; por consiguiente, ha cumplido con emitir dentro de sus atribuciones los documentos que justifican la denegatoria del reconocimiento de mayores gastos por los 31 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 07.

3.3. Respecto a los fundamentos de derecho, señala lo siguiente

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

3.3.1. PROCOES señala que la Decisión sometida al presente proceso arbitral ordena de manera errónea el pago a favor de TRAGSA de la suma de S/ 111,546.64 Soles, sin incluir IGV o intereses, por el concepto de gastos generales variables diarios por los por 31 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 07. Para ello, cita la cláusula 44.2 de las CGC.

3.3.2. En ese sentido, refiere que el Gerente de Obras, mediante Oficio N°119-2015, de fecha 04/06/2015, decidió que la fecha prevista de terminación de obra debe prorrogarse en 31 días calendario hasta el 09/07/2015, sin incremento de costo, la misma que ha sido definida en la adenda 04 al Contrato N° 058-2014-PNSR/TRAGSA, y que fue suscrita y aceptada por ambas partes. Ella se sustenta en el numeral 8-v.

3.3.3. Al respecto, precisa que el Supervisor recomendó tramitar la adenda contractual sin mayor reconocimiento de costos. Así, TRAGSA al suscribir la adenda N° 04 del contrato, que considera sólo prórroga de plazo y no considera el pago de mayores costos, está tácitamente aceptando las condiciones.

- 3.3.4. Asimismo, manifiesta que TRAGSA en la solicitud de prórroga de plazo no solicitó el reconocimiento de mayores gastos, y a través de la Carta N° SU-187-2015-AP/PE de fecha 21.05.2015, presenta un cronograma sin que los precios del calendario se modifiquen, aceptando la prórroga sin mayor costo, conforme a la Cláusula 38 numeral 38.1 de las CGC.
- 3.3.5. De ese modo, se puede constatar que la justificación de los 31 días obedece a las consecuencias de las lluvias, que no han permitido la ejecución de las obras. Así resalta que en el mes que cita TRAGSA (marzo) haber sido afectado, éste ha venido ejecutando y presentando su "valorización mensual", la misma que ha sido aprobada por el Supervisor y no objetada por el Contratista; en consecuencia, si se ha venido pagando la valorización mensual con un avance promedio, demostrando que las obras no han estado paralizadas, el reconocérsele un mayor pago sería una duplicidad en el pago, el cual generaría en grave perjuicio para PROCOES.
- 3.3.6. Asimismo, destaca que a la fecha, conforme al cronograma presentado por TRAGSA, ya se ha concluido con la causal de la agenda N° 04 y no se ha concluido con la ejecución de las obras. Demostrando que tampoco han tomado las acciones necesarias para acelerar el ritmo de avance de las obras, pues nunca han presentado documento alguno que demuestre su deseo de mejorar el avance de la obra ante las demoras presentadas. Asimismo, no se han adoptado medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le genere gastos adicionales, como lo estipula la cláusula 28.1 de las CGC.
- 3.3.7. Añade que durante el periodo de ejecución de la obra, TRAGSA ha venido registrando un avance de obra muy parejo (entre 3 % a 9 % mensual, siendo en promedio mensual de 5.3 % de avance hasta el 15/05/2015); el mismo que, refiere, no les permitirá poder culminar las obras dentro de los plazos establecidos; asimismo, demuestra que los eventos compensables invocados en su solicitud de ampliación de plazo N° 07, no han afectado de manera considerable el bajo avance de obra que han venido presentando durante la ejecución del presente Contrato de Obra.
- 3.3.8. En ese sentido, precisa que el Gerente de Obras mediante el Oficio N° 122-2015, de fecha 11/06/2015 se ha vuelto a manifestar sobre el reconocimiento de Gastos Generales en las prórrogas de plazo concedidas al contratista.

Al respecto, cita el Pliego de Aclaraciones a los documentos de la Licitación-LPN N° 003-2013 - MVCS/PNSR/PROCOES, disponible en la página WEB del PROCOES, y de acceso Público.

- 3.3.9. Es por tales motivos, que expresa que las posibles condiciones climáticas y los plazos para prever dichos efectos estuvieron establecidos en el plazo contractual y fueron de conocimiento previo de TRAGSA desde el inicio de los procesos de contratación y previo a la ejecución de las obras, por lo que no corresponde pagar mayor costo adicional por un plazo que TRAGSA debió prever.
- 3.3.10. En consecuencia, solicita al Tribunal Arbitral que declare fundada la primera pretensión de la demanda; y, en consecuencia, se deje sin efecto el reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios por el monto ascendente a S/. 111,546.65 Soles sin incluir IGV o intereses, correspondientes al plazo de 31 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 07, que el Conciliadora Decisora Ing. María Eliana Rivarola Rodríguez ordenó a favor de TRAGSA.

RESPECTO LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 3.3.11. PROCOES, señala que TRAGSA debe asumir los costos y costas que se generen del proceso arbitral, por cuanto el presente proceso se generó por responsabilidad exclusiva de TRAGSA. En ese sentido, solicita al Tribunal Arbitral que declare fundada la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, en consecuencia, se ordene a la demandada el pago de los costos y costas del arbitraje.

IV. De la contestación de la demanda presentada por TRAGSA con fecha 29 de noviembre de 2016

Que, mediante escrito de fecha 29/11/16, TRAGSA contesta la demanda, señalando, respecto a los antecedentes y fundamentos de hecho, lo siguiente:

4.1. Antecedentes y fundamentos de hecho

- 4.1.1 Que se inició el proceso de Licitación Pública Nacional N° 03-2013-VCMS/PNSR/PROCOES, con el objeto de seleccionar a una firma contratista que se encargase de la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación de los servicios de agua potable y saneamiento en la Región Apurímac”.
- 4.1.2 Asimismo, refiere que con fecha 08/05/2014, se suscribió el Contrato N°058-2014-PNSR/PROCOES, de ejecución de Obra, entre el PNSR y TRAGSA, cuyo objeto consistió en la ejecución de obras de agua y saneamiento básico en una serie de localidades de la provincia de Andahuaylas, distrito de Huancarama, en el departamento de Apurímac: San Lorenzo de Karhuacahua, Ahuanuque,

Lambraspata y California. La misma que consistía en la implementación en cada vivienda de los referidos poblados de una Unidad Básica de Saneamiento (UBS).

- 4.1.3 Al respecto, expresa que el plazo de ejecución de la Obra se pactó en ciento ochenta días (180) días naturales, según las Condiciones Especiales del Contrato relativas a la CGC. Asimismo, según la Cláusula Segunda del Contrato, el monto de la Obra ascendería a S/. 7'992,067.02 (Siete millones novecientos noventa y dos mil sesenta y siete con 02/100 Nuevos Soles), sin incluir el Impuesto General a las Ventas.
- 4.1.4 PROCOES afirma que los actores involucrados en la obra son: PNSR como Unidad Ejecutora; con el objetivo de supervisar la ejecución de las obras y administrar el contrato el Consorcio INGESA NAZCONSUL y, finalmente TRAGSA, la demandada.
- 4.1.5 Por otro lado, cita lo referido en el numeral 28.2, 32.1,44.4 de las Condiciones Generales del Contrato, donde se establece el marco normativo de los Eventos Compensables y sus efectos, tanto en la fecha prevista de terminación de obra como en el precio del contrato, donde se expresa lo siguiente:
- 4.1.6 Al respecto, los numerales referidos establecen los lineamientos a seguir por TRAGSA, a efectos de que el Supervisor reconozca la existencia de un Evento Compensable y los efectos producidos por éste, tanto en tiempo como en dinero. Así, refiere que la existencia de un Evento Compensable puede otorgar el derecho a que se prorrogue la fecha prevista de terminación de obras y se paguen los gastos generales.
- 4.1.7 De esa manera, expresa que se establece una lista taxativa de supuestos de hecho que califican como Eventos Compensables en el numeral 44.1 de sus Condiciones Generales. Así para que TRAGSA sea compensada por ellos, el Contrato ha establecido lineamientos en los numerales 28.2; 32.1; y 44.4 de las Condiciones Generales del Contrato.
- 4.1.8 De ese modo, refiere que se puede distinguir entre la Advertencia Anticipada de un Evento Compensable y la solicitud de la ampliación de plazo basada en la existencia del referido evento. En efecto, cuando el Contrato establece que se tiene que dar aviso oportuno de la demora se refiere a que se debe advertir anticipadamente de la causal que podría originar una solicitud de ampliación de plazo; mientras que la formulación de la solicitud misma es un paso posterior, en respuesta a un pedido del Gerente de Obras, el cual debe cumplirse *“tan pronto como le fuera razonablemente posible al Contratista”*.

- 4.1.9 De esa manera, asevera que la pérdida del derecho al pago de una compensación está supeditada a la falta de aviso oportuno de la existencia del Evento Compensable y no de la presentación de una estimación de sus efectos. Esto lo confirman los numerales 28.2 y 44.4 de las Condiciones Generales del Contrato.
- 4.1.10 Al respecto, expresa que no existe controversia respecto a la existencia del Evento Compensable, ni la Advertencia Anticipada del mismo. En efecto, PROCOES ha reconocido la existencia del mismo al suscribir la Cuarta Adenda del Contrato, donde consta que, mediante la Carta N° SU-177/2015-AP/PE del 22/05/2015, TRAGSA cumplió con dar aviso oportuno de la demora, solicitando al Supervisor una ampliación de plazo y la consiguiente postergación de la Fecha Prevista de Terminación de Obras por treinta y un (31) días calendario (Ampliación de Plazo N° 7).
- 4.1.11 Asimismo, la referida Ampliación de Plazo ha sido otorgada por PROCOES, reconociendo como Evento Compensable el que *“las condiciones de terreno son más desfavorables que lo que razonablemente se podría inferir antes de la emisión de la carta de aceptación”*.
- 4.1.12 Sin embargo, manifiesta que a pesar de que concurrían los elementos requeridos por el Contrato para que se le reconocieran también los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 7, la Entidad los desconoció. Es por ello que, en la misma Adenda, TRAGSA se reservó el derecho de recurrir a los mecanismos que prevé el Contrato para solicitar los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 7.
- 4.1.13 Así, refiere que el 23/06/2015 presentó su petición de conciliación decisoria para solicitar el reconocimiento de los gastos generales no otorgados por la Entidad. Así, se originó el proceso de Conciliación Decisoria seguido bajo el Expediente N° 730-134-15, a cargo de la Ingeniera María Elena Rivarola Rodríguez (Conciliadora), el cual finalizó con la Decisión Conciliatoria emitida por la referida profesional, quien reconoció el derecho de TRAGSA de percibir los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 7.
- 4.1.14 De ese modo, refieren que tal como se verifica en la Decisión Conciliatoria que recae en el Expediente N° 730-134-15, la Conciliadora declaró procedente la solicitud de TRAGSA reconocimiento de gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 7, por un monto ascendente a S/. 111,546.65 (Ciento once mil quinientos cuarenta y seis con 65/100 Soles).

- 4.1.15 Asimismo, refiere que la conclusión de la Conciliadora descansa en dos argumentos fundamentales: En primer lugar, que el numeral 44.2 del Contrato prevé la posibilidad de la variación de su precio, por lo que el monto del mismo no es inmutable; y en segundo lugar que, dado que las condiciones climatológicas que afectan el cronograma de la obra no deben impactar económicamente los gastos generales del Contratista, corresponde reconocerle los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación. Así, no obstante lo verificado por la Conciliadora, PROCOES pretende que se desconozcan los mayores gastos generales asociados a la Ampliación de Plazo N° 7.
- 4.1.16 Así, asevera que en *el Contrato materia de controversia resulta aplicable la normativa BID; la misma que no precisa ni determina el reconocimiento de gastos generales por ampliación de plazo*. Como se sabe, los gastos generales son una modalidad de costos indirectos, lo cuales son todos aquellos costos que no pueden aplicarse a una partida específica, sino que tienen incidencia sobre todo el costo de la obra respectiva. Dentro de este género, los gastos generales son definidos por el artículo 2º del Decreto Supremo No. 011-79-VC como aquellos que debe efectuar el contratista durante la construcción, derivados de la propia actividad empresarial del mismo, por lo cual no pueden ser incluidos dentro de las partidas de la respectiva obra.
- 4.1.17 Por su parte, cita el numeral 44.2 de las CGC, donde se establece que *"[s]i un evento compensable ocasiona costos adicionales o impide que los trabajos se terminen con anterioridad a la Fecha Prevista de Terminación, se deberá aumentar el Precio del Contrato y/o se deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación [...]"*. Así pues, las consecuencias de un Evento Compensable (o causal de ampliación de plazo) son: (i) el aumento de Precio de Contrato; y/o (ii) la prórroga de la Fecha Prevista de Terminación de Obras.
- 4.1.18 Al respecto, sobre si reconocería gastos generales como consecuencia de fenómenos no imputables al contratista que afecten la ejecución de la obra, la Entidad no respondió señalando que el contrato a ser suscrito no contemplaba siquiera la posibilidad de que se incrementara el precio del contrato a través del reconocimiento de mayores gastos generales, sino que se limitó a señalar que las paralizaciones causadas por eventos no imputables al contratista se analizarían en su momento y por cada localidad.
- 4.1.19 Asimismo, manifiesta que no se debe dejar de lado que el Contrato de Consultoría para la Supervisión de las Obras de Agua y Saneamiento en las Provincias de Cotabambas, Abancay y Andahuyalas – Región de Apurímac [Anexo 6-K], es decir, el contrato celebrado por PROCOES con el Gerente de Obras, prevé expresamente

que este último puede incrementar el precio del Contrato como consecuencia del reconocimiento de una ampliación de plazo. Sobre ello, cita el numeral 5.2.4 del referido Contrato de Gerencia de Obras, donde se regula el denominado "*Control del Costo de Ejecución de Obra*", el cual es definido como el conjunto de actividades dirigidas a verificar que los pagos efectuados al Contratista por la ejecución de las obras y Eventos Compensables se ajusten a las disposiciones del Contrato.

- 4.1.20 Así, expresa que dentro de estas actividades propias del control del costo de la ejecución de la Obra se encuentra: "*Preparar la documentación que sea necesaria para atender o denegar las ampliaciones de plazo que puedan solicitar los Contratistas*", lo cual pone de manifiesto que el acento en cuanto a esta tarea está en el análisis de sus efectos sobre el precio del Contrato, esto es, en el reconocimiento de mayores gastos generales.
- 4.1.21 De ese modo, manifiesta que el Contrato admite el reconocimiento de mayores gastos generales, toda vez que resulta claro que el impacto que pueda tener un Evento Compensable en el precio del Contrato, no es más que una forma indirecta de hacer referencia a los mayores gastos generales asociados a una ampliación de plazo reconocida en virtud de la existencia de un Evento Compensable. Por otro lado, es necesario precisar que el Convenio de Financiamiento No Reembolsable de Inversión del Fondo Español de Cooperación para Agua y Saneamiento en América Latina y el Caribe N° GRT/WS-12127-PE y el Documento GN-23497 – Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, habilitan el reconocimiento de un incremento al precio del Contrato, en general, o que vaya asociado específicamente a una prórroga del plazo de ejecución de las obras.
- 4.1.22 Así, asevera que el Convenio de Financiamiento prevé expresamente en su artículo 6.04, el supuesto de "*un alza del costo estimado del Proyecto*", en el marco del régimen relativo a los recursos adicionales necesarios para la completa e ininterrumpida ejecución del Proyecto, bajo la cual se puede cubrir precisamente los costos indirectos que constituyen los mayores gastos generales derivados de una ampliación del plazo de ejecución de las obras.
- 4.1.23 En ese sentido, precisa que la referida previsión es ratificada por lo establecido en el inciso (ii) del literal b del numeral 7.01 del mismo Convenio de Financiamiento:

"Artículo 7.01. Sistema de Información y Control Interno
[...]

(b) *El Beneficiario o el Organismo Ejecutor o el Organismo Contratante, según corresponda, se compromete a conservar los registros originales del Proyecto*

por un período mínimo de tres (3) años después de la fecha estipulada para el último desembolso de la Contribución de manera que:

[...]

(ii) consignen, de conformidad con el sistema de gestión y administración contable y financiero que el Banco haya aprobado, las inversiones en el Proyecto, tanto con los recursos de la Contribución como con los demás fondos que deban aportarse para su total ejecución;

[...]"

- 4.1.24 Ahora bien, manifiesta que dicha previsión se desarrolla en todos sus posibles alcances a través de lo previsto en el numeral 4 del Apéndice 3 de las Políticas del BID. Así, cita el referido numeral, donde se establece lo siguiente:

"El Banco ha publicado Documentos Estándar de Licitación (DEL) para diversos tipos de contrataciones. Como se señala en el párrafo 2.12 de estas Políticas, el Prestatario está obligado a usar estos documentos, con el mínimo de cambios necesarios para tomar en cuenta condiciones específicas del país y del proyecto. Los documentos de precalificación y licitación son finalizados y emitidos por el Prestatario." (Subrayado añadido)

- 4.1.25 En ese sentido, expresa que se demuestra que el Convenio de Financiamiento y las Políticas del BID habilitan e incluso reconocen expresamente el reconocimiento de mayores gastos generales asociados a una ampliación de plazo otorgada. Así, precisa que la diferencia entre el modelo de las Políticas del BID y el Contrato, está en la explicitación de los supuestos en que el precio del Contrato se puede modificar como consecuencia de una prórroga en el plazo de ejecución de las obras.

- 4.1.26 Asimismo, refiere que se debe tomar en cuenta que el Contrato de Gerencia de Obras, prevé expresamente que se puede incrementar el Precio del Contrato como consecuencia del reconocimiento de una ampliación de plazo. Adicionalmente, precisa que a pesar de que el Contrato se haya suscrito bajo el sistema de suma global, ello no implica que TRAGSA haya consentido el no percibir mayores gastos generales cuando se le ampliara el plazo de ejecución de las obras, como en anteriores casos ha señalado la Entidad de forma incorrecta. Al respecto, refiere que existen numerosas cláusulas que prueban que no es cierto que el monto contractual deba mantenerse inmutable porque el Contrato se haya pactado a suma global.

- 4.1.27 Al respecto, manifiesta que los documentos que integran el Contrato prevén efectivamente la posibilidad de variar el precio del contrato. Ello, porque el sistema a suma alzada o global tiene como premisa la certeza de las calidades y magnitudes

a ser desarrolladas, de manera que un quebrantamiento de esa premisa provoca una potencial revisión del precio. Asimismo, si bien el Contrato no especifica el sistema de contratación de las obras, en respuesta a la consulta efectuada a través de la Carta N° SU-40-2014-GT/GG del 17/12/2014, PROCOES manifestó en su Carta N° 006-2015-VIVIENDA-VMCS-PNSR/UGP-PROCOES, del 19/01/2015, que el sistema de contratación de obras bajo el que se suscribió el Contrato no fue otro que la suma alzada.

4.1.28 Por otro lado, expresa que TRAGSA efectuó su oferta considerando la ejecución de todos los trabajos en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario. Modificado éste, es ilógico que se pretenda mantener inalterable las otras condiciones iniciales pactadas (metas y costos).

4.1.29 Por su parte, manifiesta que las Bases de la Licitación Pública Nacional N° 03-2013-VMCS/PNSR/PROCOES establecen, en el numeral 14.1 de su Sección I, que “[e]l Contrato comprenderá la totalidad de las Obras especificadas en la Subcláusula 1.1 de las IAO (Información Acerca de la Oferta), sobre la base del Calendario de Actividades valoradas presentada por el Oferente”. En esa misma línea, cita su Carta de Aceptación, según el modelo consignado en la página 62 de las citadas bases, donde se precisó lo siguiente:

“La presente tiene por objeto comunicarles que por este medio nuestra Entidad acepta su Oferta con fecha [indique la fecha] para la ejecución del Obras de Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en la Región Apurímac – Lote [...] por el Precio del Contrato de [indique el monto en cifras y en palabras] Nuevos Soles, de conformidad con las Instrucciones a los Oferentes.” (Subrayado añadido)

4.1.30 En consecuencia, expresa que se demuestra que el marco contractual aplicable admite el reconocimiento de mayores gastos generales, porque resulta claro que el impacto que pueda tener un Evento Compensable en el precio del Contrato, no es más que una forma indirecta de hacer referencia a los mayores gastos generales asociados a una ampliación de plazo reconocida en virtud de la existencia de un Evento Compensable.

4.1.31 *De otro lado, refiere que las posibles condiciones climáticas y los plazos para prever dichos efectos estuvieron incorporados en el plazo contractual y fueron de conocimiento previo de TRAGSA desde la emisión del Pliego de Aclaraciones a las Bases.* Así, conforme a la parte final de la Aclaración N° 14, PROCOES concluye que los efectos de los eventos climáticos imprevistos sobre la obra fueron

considerados en el plazo pactado en el Contrato, siendo supuestamente ésta la razón por la que se adicionó sesenta (60) días calendario al plazo previsto originalmente en las bases, de ciento veinte (120) días.

- 4.1.32 Así, TRAGSA manifiesta que dicho razonamiento carece de lógica y fundamento. El plazo de sesenta (60) días calendario se otorgó tomando en cuenta las condiciones climáticas de las localidades donde se ejecutarían las Obras en el año 2013, fecha en la que se emitió el Pliego de Aclaraciones a las Bases. El plazo total inicial fue pactado en ciento ochenta (180) días calendario para que las condiciones climáticas previstas para ese año en concreto no retrasasen sustancialmente el inicio de la ejecución de las UBS, el cual estaba previsto en una fecha anterior al período en que se produjo el Evento Compensable que motivó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7.
- 4.1.33 De esa manera, TRAGSA precisa que la Respuesta N°14 también prevé que *"Las paralizaciones de obra por causales no imputables al contratista se analizarán en su momento y por localidad"*, es decir, en función a la verificación del surgimiento de un Evento Compensable, de acuerdo a un régimen expresamente previsto en el Contrato para la ampliación de plazo y postergación de la Fecha Prevista de Terminación de Obras. Así refiere que en la Cuarta Adenda del Contrato, suscrita por PROCOES, se establece que *"Las condiciones del terreno son más desfavorables que lo que razonablemente se podría inferir antes de la emisión de la carta de aceptación"*.
- 4.1.34 En efecto, conforme a la Carta N° SU-186-2015-AP/PE, las constantes lluvias ocurridas en los meses de marzo y abril de 2015 generaron huaycos, deslizamientos de lodo y piedras, derrumbes de viviendas y bloqueos de las vías en las carreteras de la región de Apurímac. Así, tal como lo comunicó el Residente de Obra en los cuadernos de obra anexos a la referida comunicación, estos fenómenos climáticos afectaron el desarrollo de la obra, pues generaron paralizaciones de la misma, necesidad de traslado de insumos, necesidad de construcción de canales, entre otros sucesos que afectaron la ruta crítica.
- 4.1.35 Asimismo, TRAGSA señala que el reporte del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú – SENHAMI del año 2013, presentado también en la Carta N° SU-177-2015-AP/PE, determinó que la precipitación pluvial normal de dicha región llegara hasta los 113.69 m.m., la cual habría sido superada los treinta y un (31) días del mes de marzo de 2015, por lo que se procedió a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7. Asimismo, de acuerdo al Informe N° 124-2015/VIVIENDA/PNSR-PROCOES-APURÍMAC/LBENITES del 8/06/2015, el Coordinador de Obra de

INGESA-NAZCONSUL S.A. comunicó al Coordinador Técnico de PROCOES que corresponde que se reconozca a favor de TRAGSA la Ampliación de Plazo N° 7.

- 4.1.36 De ello se desprende que PROCOES reconoció que el fenómeno bajo comentario no había sido previsto por las partes y que la paralización de la obra resultante no era imputable al Contratista. Asimismo, TRAGSA precisa que las condiciones climáticas que afectaron al terreno fueron oportunamente comunicadas a la Entidad, a través de la Carta N° SU-177-2015-AP/PE. Por ello, al configurarse un Evento Compensable que fue advertido anticipadamente, corresponde que se reconozcan a favor de TRAGSA los mayores gastos generales respectivos. Dichos gastos fueron sustentados ante la Entidad a través de la Carta N° SU-172-2015-AP/PE del 19/05/2015, la cual incluye un calendario valorizado que recogió las fechas en las que se produjo el Evento Compensable objeto de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7. Asimismo, se presentó una memoria de cálculo como anexo "J" de la solicitud de Conciliación Decisoria, la cual sirvió precisamente de sustento para que la Conciliadora reconociera los mayores gastos generales, cuyo contenido no fue cuestionado por PROCOES, ni en el proceso de conciliación decisoria, ni en la demanda que ha presentado en el presente proceso arbitral.
- 4.1.37 *Por otro lado, TRAGSA refiere que los Eventos Compensables de la Ampliación de Plazo N° 7 no han afectado la ruta crítica de la Obra, porque se ha presentado valoraciones el mes de marzo, las cuales han sido canceladas; y porque habiendo pasado el plazo otorgado por la Cuarta Adenda del Contrato, las Obras se encontrarían inconclusas.* Así remarca que en el presente proceso arbitral no estaba en controversia el otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 7. Y ello se debe a que PROCOES y TRAGSA suscribieron una adenda en la que pactaron expresamente el reconocimiento de esa ampliación.
- 4.1.38 Al respecto, TRAGSA indica que nunca ha sido objeto de controversia el reconocimiento mismo de la ampliación, ni mucho menos si se afectó la ruta crítica o si el plazo reconocido le era suficiente a TRAGSA para concluir las obras. Por lo demás, con carácter previo a la suscripción de la Cuarta Adenda, el Supervisor de PROCOES corroboró en el Informe N° 124-2015/VIVIENDA/PNSR-PROCOES-APURÍMAC/LBENITES, de fecha 8/06/2015, que en el presente caso se había producido una afectación al calendario de obra previsto, tal como se desprende de la sección "Antecedentes" de la Cuarta Adenda del Contrato.
- 4.1.39 Finalmente, TRAGSA manifiesta que cuando en el Contrato se han querido prever supuestos específicos en que TRAGSA perdería su derecho a que un Evento Compensable sea tomado en consideración para la determinación de una nueva Fecha Prevista de Terminación de Obras, lo ha hecho expresamente, tal como es

el caso de la denominada Advertencia Anticipada, exigida en los numerales 28.2 y 44.4 de las Condiciones Generales del Contrato. Y no ha hecho algo semejante con el supuesto en el que el contratista no concluya las obras dentro del plazo total de ejecución que habría resultado del otorgamiento de la ampliación respectiva.

Sobre la pretendida condena de costos y costas en contra de TRAGSA

- 4.1.40 Finalmente, TRAGSA expresa que este proceso no se generó por responsabilidad exclusiva de TRAGSA, por lo que la demandante debería pagar los costos y costas del arbitraje. En primer lugar, este proceso versa sobre pretensiones de PROCOES. En segundo lugar, este proceso no versa sobre ningún trabajo defectuoso de TRAGSA. Finalmente, señala que PROCOES no ha explicado de qué manera este punto resulta relevante para que se condene a TRAGSA en el presente proceso al pago de costas y costos.
- 4.1.41 En el sentido de todo lo expuesto, TRAGSA solicita que las pretensiones formuladas por PROCOES sean declaradas INFUNDADAS en su oportunidad.

V. CUESTIÓN PREVIA

De las excepciones deducidas por TRAGSA con fecha 11 de noviembre de 2016.

Deduce excepción de extinción del convenio arbitral

- 5.1.1. Afirma que deduce excepción innominada de “extinción del convenio arbitral” respecto de las pretensiones formuladas por PROCOES, puesto que ha iniciado el presente arbitraje transgrediendo los plazos resolutivos previstos en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del contrato (en adelante, CGC), acordado por las partes, en donde el Tribunal Arbitral debe declarar concluido el proceso.
- 5.1.2. Indica que ambas partes se sometieron al acuerdo contemplado en el numeral 25.2 de las CGC a dos modalidades en conjunto: un plazo resolutivo y un plazo suspensivo. Sobre el primero, se estableció que el derecho de efectuar una impugnación de la Decisión Conciliatoria del expediente Exp. 730-134-15 debía ejercerse dentro del plazo de veintiocho (28) días calendario después de haber sido notificado. Respecto a la segunda modalidad, se acordó que cumplido el plazo referido, la Decisión Conciliatoria sería definitiva y obligatoria para las partes.
- 5.1.3. Al respecto, refieren que la eficacia del negocio jurídico constituido por la cláusula arbitral, al estar sujeto a una modalidad del plazo resolutivo, depende de un evento

futuro y cierto; en el presente caso, se trata de una certeza en el tiempo pactada por las partes. Asimismo, refiere que el plazo establecido se complementa con lo dispuesto en el artículo 14° del Reglamento de Arbitraje PUCP, pues cuando se presenta una petición de arbitraje dentro del plazo señalado en el convenio y no cumple con los requisitos del artículo 13° del CENTRO, ese último deberá otorgar un plazo de tres (3) días hábiles para que las omisiones sean subsanadas.

- 5.1.4. En esa línea, resalta lo referido en la Segunda Disposición Final y Transitoria del Reglamento del CENTRO, entre los que se encuentra lo dispuesto en el artículo 14°, podrán ser modificados si ambas partes así lo acuerdan. Entonces, manifiesta que queda claro que sólo el consentimiento mutuo de las partes podrá ampliar o reducir los plazos previstos en el Reglamento. Así, expresa que nunca hubo acuerdo de las partes sobre el punto, por lo que las reglas del Reglamento que PROCOES voluntariamente asumió en el contrato no han sufrido variación. Por ello, el único plazo aplicable será el resolutorio de la Cláusula Arbitral, complementada con lo dispuesto en el artículo 14° del Reglamento.
- 5.1.5. Del mismo modo, cita a LEÓN BARANDIARÁN HART, cuando explica que el plazo, entendido como una modalidad del acto jurídico "no hace más que postergar el ejercicio de los derechos a los que se refiere; pudiendo definirse por extensión, como el lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho". En razón a ello, pasado el plazo expreso en la Cláusula Arbitral, el derecho de cualquiera de las partes para impugnar se extingue. Así, en la línea de lo establecido en el artículo 178° del Código Civil, cita lo referido por Fernando Vidal Ramírez, sobre el vencimiento del plazo:

"Sí el plazo en la autonomía de la voluntad privada, es el plazo voluntario que se constituye como una modalidad del acto jurídico y determina una limitación deliberada puesta a la eficacia del que se han celebrado y que sustenta su relación jurídica, ya que, si ha sido pactado como resolutorio o extintivo, a su vencimiento deja sin efecto la eficacia del acto jurídico y extingue la relación jurídica creada, con el derecho integrado a ella. [...] [El plazo voluntario], salvo pacto en contrario, opera ex nunc, es decir, sin efecto retroactivo, y sólo para el futuro el derecho deja recién de existir".

- 5.1.6. Así también afirma TRAGSA que ese criterio ha sido asumido por la Corte Suprema del Perú, al resolver la Casación N° 24-T-97/PIURA, cuando confirma lo expresado por los citados autores, explicando que vencido un plazo resolutorio "dicho compromiso cesará sin efecto, quedando las partes liberadas de su promesa". Por ello, al haberse cumplido el plazo pactado en el Convenio Arbitral sin que PROCOES

haya iniciado un arbitraje válido y eficaz para impugnar algún extremo del expediente de la Decisión Conciliatoria N° 730-134-15, ese derecho a impugnar se habría extinguido, por lo que quedaría liberada de arbitraje.

- 5.1.7. Del mismo modo, precisa que, si se hubiera aplicado de manera estricta lo pactado por las partes conforme al artículo 14 del Reglamento de Arbitraje PUCP. La solicitud de arbitraje del presente proceso arbitral debió ser archivada, toda vez PROCOES se encontraba fuera del plazo previsto en el Contrato. Señala TRAGSA que ello demostraría que conforme el régimen contractual y reglamentario aplicable, se habría producido la pérdida irreparable de legitimidad para obrar activa. De esa manera, TRAGSA refiere que la decisión conciliatoria expedida bajo el Exp. 719-123-15 debe ser declarada definitiva y obligatoria.
- 5.1.8. Por todo ello, concluye en que si bien PROCOES presentó la solicitud de arbitraje dentro del plazo señalado en la Cláusula Arbitral, ésta no cumplió con los requisitos del artículo 13º del Reglamento; en concreto, con la acreditación del pago de la tasa por presentación de solicitud de arbitraje correspondiente al literal i) del artículo mencionado. Por ello, el inicio del arbitraje se encontraba sujeto a la subsanación de dicha omisión.
- 5.1.9. De ese modo, refiere que a lo largo de la etapa de tramitación de la petición de arbitraje presentada por PROCOES, el CENTRO no ha adecuado sus decisiones a lo establecido en la Cláusula Arbitral, pues permitió una indebida flexibilidad de los plazos de subsanación, hasta ciento trece (113) días calendario después de haber sido notificados con la Decisión Conciliatoria impugnada. Por ello, al no cumplir con los requisitos legitimadores para iniciar un arbitraje válido y eficaz, el convenio arbitral, para efectos de la presente controversia, se habría extinguido.
- 5.1.10. Por todo ello, solicita que el Tribunal Arbitral declare fundada la excepción por extinción de la cláusula arbitral en relación a las pretensiones formuladas por PROCOES en su escrito de demanda; y, en consecuencia, se declare concluido el presente proceso.

Deduce excepción de conclusión del proceso por conciliación

- 5.1.11. Arguye que la cláusula arbitral que legitima este arbitraje está sujeta a una modalidad de plazo suspensivo, la cual adquiere carácter de definitiva y obligatoria para las partes. Así, señala que dicho plazo suspensivo se refiere a los efectos de la Decisión Conciliatoria del Expediente 730-134-15, donde una vez cumplido el plazo de veintiocho (28) días, sin que alguna parte cuestione algún extremo de la

misma, a través de arbitraje iniciado válidamente, los extremos no impugnados serán definitivos y obligatorios.

5.1.12. Por estas consideraciones, indica que, habiendo ocurrido el evento futuro y cierto, referido al plazo de veintiocho días calendario, el acuerdo respecto al carácter de la referida decisión comenzará a surtir efectos. Al respecto, TRAGSA señala que PROCOES no ha iniciado un arbitraje dentro de dicho plazo conforme al Convenio Arbitral y el Reglamento de Arbitraje PUCP, por lo que los extremos impugnados de la Decisión Conciliatoria adquieran carácter de definitivos y obligatorios.

5.1.13. Asimismo, para mayor fundamentación, refiere que no existe conflicto pendiente de ser resuelto respecto a los extremos impugnados por PROCOES, dado que la decisión conciliatoria ya es definitiva y obligatoria. Por ello, solicita al Tribunal Arbitral que se declare fundada la excepción de conclusión del proceso por conciliación; y, en consecuencia, se declare concluido el presente proceso.

Deduce excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral.

5.1.14 Al respecto, afirma que no se ha cumplido con los requisitos establecidos en el Convenio Arbitral para el inicio de un arbitraje válido respecto a la impugnación de la Decisión Conciliatoria del expediente N° 730-134-15. En efecto, refiere que las partes pactaron que las controversias surgidas en la ejecución del presente contrato serían resueltas en dos (2) etapas sucesivas: (i) conciliación decisoria; y (ii) arbitraje. De ello, afirma que los convenios arbitrales del presente contrato serían "escalonadas" o "multitired". Así, cita a JOLLES cuando las define como "cláusulas contractuales que proveen distintas etapas, involucrando procedimientos distintos para solucionar conflictos".

5.1.15 Sin embargo, manifiesta que el consentimiento de las partes para avanzar de una etapa a otra, de conciliación decisoria a arbitraje, se encuentra sujeto a un plazo de veintiocho (28) días calendario. Así, expresa que las partes han prestado su consentimiento para que las controversias originadas a partir de una Decisión Conciliatoria sean conocidas en un Arbitraje únicamente cuando este último se haya iniciado dentro de dicho plazo, computado desde la notificación de la Decisión impugnada.

5.1.13 Asimismo, precisa que no sólo se agota el consentimiento de las partes para ser participantes de un arbitraje en la situación descrita, sino que la controversia suscitada ya no podría ser de competencia de un Tribunal Arbitral que se conformara a partir de la Cláusula Arbitral. Así, cita los artículos 10° y 13° del Reglamento de Arbitraje de la PUCP, pues el requisito i) del artículo 13° implica lo siguiente: (i) que

se haya pagado el monto de la tasa por solicitud de arbitraje que se encuentra disponible en el tarifario publicado en el sitio web del CENTRO, el cual no requiere de factura alguna; (ii) que se cancele el diez por ciento (10%) correspondiente a la detacción que afecta las actividades jurídicas; y (iii) que se acrediten los pagos de ambos montos, los cuales, sumados, conforman la tasa por solicitud de arbitraje.

- 5.1.14 Al respecto, reitera que dicho procedimiento de formalización del requisito de la petición de arbitraje, establecido en el Reglamento de Arbitraje PUCP, ha sido también indicado a PROCOES por el Centro de Arbitraje de la PUCP, a través de la Carta S/N del 09/09/2015. Así, en caso que existan defectos relativos a este requisito, se podrá otorgar un plazo de tres (3) días hábiles para subsanarlo. Dicho plazo pudo haber sido modificado mediante acuerdo entre las partes del proceso, hecho que no se cumplió.
- 5.1.15. Por otro lado, manifiestan que el CENTRO otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que PROCOES subsane dicha omisión, sin tomar en cuenta la voluntad de TRAGSA. A pesar de ello, la Entidad no subsanó la petición de arbitraje dentro de dicho plazo; por lo que el Centro no sólo flexibilizó arbitrariamente el plazo establecido en el Reglamento, sino que permitió que la Entidad acreditara el pago de la tasa administrativa el 27/11/2015; es decir, ciento quince (115) días después de haber sido notificado con la Decisión Conciliatoria impugnada. Es por ello que, a partir de dicha fecha, podría ser considerada subsanada y, por tanto, eficaz.
- 5.1.16. Por todo ello, refiere que la ineficacia del arbitraje implica que la misma no puede iniciar válidamente un arbitraje. Al no iniciarse válidamente dentro del plazo establecido, el presente arbitraje estaría desarrollándose fuera de la competencia determinada por la Cláusula Arbitral. Por ello, al no haberse ajustado el inicio del presente proceso a la voluntad de las partes. Asimismo, conforme al artículo 45° del Reglamento, los árbitros son los únicos facultados para decidir sobre su competencia, así como sobre los alcances del convenio arbitral.
- 5.1.17. En ese sentido, solicita al Tribunal Arbitral que declare fundada su excepción de incompetencia del mismo para conocer las pretensiones formuladas por PROCOES en su escrito de demanda; y así, dé por concluidas las actuaciones arbitrales del presente caso.

Deduce excepción de falta de legitimidad para obrar activa.

- 5.1.18. Refiere que deduce excepción de falta de legitimidad para obrar activa de parte de PROCOES para formular las pretensiones objeto de su escrito de demanda, en la medida de que no ha cumplido con los requisitos legitimadores establecidos en el

numeral 25.2 de las CGC y los artículos 13° y 14° del Reglamento de Arbitraje PUCP para el inicio válido y eficaz de un arbitraje en el presente proceso; razón por la cual la solicitud de arbitraje que inició el presente proceso debió ser archivada.

- 5.1.19. En ese sentido, expresa que la legitimidad para obrar ha sido delimitada voluntariamente por las partes, de manera que el demandante sólo está legitimado si su petición de arbitraje fue presentada válida y eficazmente dentro del plazo delimitado posterior a la notificación de la decisión conciliatoria que cuestionará en el arbitraje, cumpliendo para ello con los requisitos establecidos por el artículo 13° del Reglamento de Arbitraje PUCP.
- 5.1.20. De ese modo, para hacer referencia a la definición de la legitimidad para obrar, cita a Hernando DEVIS ECHANDÍA.
- 5.1.21. En esa línea, cita a Juan MONTERO AROCA, cuando refiere que la legitimación viene “determinada por la afirmación de un derecho subjetivo y de una obligación”. Donde se precisa que dicha conclusión explica que existen casos en que la legitimación viene restringida por un supuesto de hecho concreto que debe ser satisfecho para que una persona se encuentre legitimada.
- 5.1.22. En ese sentido, refieren que para determinar si PROCOES cuenta con legitimidad activa en el presente proceso, no puede tomarse como único criterio que la Entidad sea parte o no de la relación jurídica material; sino que, al existir un convenio arbitral y un Reglamento al que ambas partes se han sometido, el Tribunal debe analizar también que la legitimidad para obrar del demandante sea conforme a los requisitos pactados específicamente por las partes que legitiman la existencia de este proceso.
- 5.1.23. En esa línea, TRAGSA afirma que PROCOES no ha satisfecho el supuesto de hecho que exigían el marco contractual y reglamentario aplicable para formular pretensiones en el presente proceso arbitral, porque no se ha presentado una petición de arbitraje válida y eficaz, lo cual demuestra que los plazos legitimadores aplicables fueron incumplidos por PROCOES. Asimismo, expresa que la solicitud de arbitraje de PROCOES adquirió eficacia el 27 de noviembre de 2015.
- 5.1.24. Sobre lo último, al haberse agotado el plazo legitimador que surge del consentimiento de ambas partes, no sólo de PROCOES. Por ello, asevera que TRAGSA, al no ser parte del arbitraje por falta de consentimiento, no se verá vinculado a dicho proceso arbitral, pues conforme al literal c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, el que las actuaciones arbitrales no se ajusten a lo pactado entre las partes configura una causal de anulación de laudo. Por todo ello, solicita al Tribunal Arbitral que declare fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar

pasiva respecto de las pretensiones de PROCOES y proceda a declarar la conclusión del presente proceso arbitral

VI. De la absolución de las excepciones, presentada por PROCOES con fecha 19 diciembre de 2016

- 6.1. Dentro del plazo otorgado por la Resolución N° 9, de fecha 24 de noviembre 2016, y en concordancia con lo prescrito en la Regla 44 del Reglamento de Arbitraje del Centro, PROCOES absuelve las excepciones propuestas y solicita que sean declaradas infundadas, en razón a los siguientes fundamentos:

Respecto de la extinción del convenio arbitral

- 6.1.1. Afirma que su contraparte pretende cubrir la excepción de Caducidad con la presente excepción. Así, refiere que su argumento se basa en la transgresión de los plazos resolutivos previstos en el numeral 25.2 de las CGC. Al respecto, señala que los plazos de caducidad convencionales no se encuentran formalmente regulados en las normas de derecho común, las mismas que se aplican a la relación contractual conforme a lo estipulado en el numeral 3.1 de las Cláusulas Especiales del Contrato materia de controversia.
- 6.1.2. Refiere también que si bien es cierto que en el extremo de las CGC, las partes de común acuerdo han establecido los parámetros de la conciliación decisoria y la voluntad de ir a un arbitraje, en caso se encuentren disconformes con la decisión de la última, señalando un plazo de veintiocho (28) días para ello; también se debe tener presente que dicho plazo no puede ser considerado como plazo de caducidad, como pretende TRAGSA, pues tal interpretación resulta contraria a derecho, sino como un plazo contractual.
- 6.1.3. Asimismo, señala que la caducidad es una institución jurídica que se encuentra regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil. Donde se establece que la caducidad tiene efecto de extinguir un derecho y, con ello, la acción relacionada con el mismo. Así, afirma que la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo y que los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Por lo tanto, cita el artículo 2004°, donde se establece el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad. Ello, para que no se haga un uso abusivo de la misma. Dicho artículo establece: "Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario". Asimismo, citan la sentencia CAS N° 1802-99 (El Peruano 18.12.1999).

- 6.1.4. En esa línea, PROCOES asevera que se aprecia que las disposiciones del Derecho Común, de modo específico y especializado, han regulado el instituto de la caducidad o extinción de un derecho y la acción correspondiente, el que ha establecido que sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley, no pudiendo ser establecido por pacto entre las partes. Asimismo, refiere que la doctrina citada por TRAGSA no puede estar por encima del ordenamiento jurídico.
- 6.1.5. Al respecto, afirma que el plazo establecido en el numeral 25.2 de las CGC, resulta ser un plazo contractual, el mismo que ha sido cumplido y agotado por PROCOES con la solicitud de arbitraje de fecha 03/09/2015. Así, dicho arbitraje se estableció dentro del plazo contractual de 28 días, no configurándose —bajo ningún extremo— la caducidad alegada por TRAGSA.
- 6.1.6. Asimismo, expresa que TRAGSA al cuestionar el cumplimiento de los requisitos del artículo 13º del Reglamento de Arbitraje de la PUCP, no ha observado que la Secretaría a cargo del presente proceso aceptó una ampliación de plazo para cumplir con dicho pago. Asimismo, asevera que debe observarse que PROCOES es una “Entidad Pública”, y como tal se encuentra sujeta a un procedimiento administrativo de pago.
- 6.1.7. Finalmente, expresa que la excepción de Extinción del Convenio Arbitral debe ser desestimada, toda vez que no se puede deducir dicha excepción en el presente caso.

Sobre la excepción de conclusión del proceso por conciliación

- 6.1.8. Indica PROCOES que la solicitud de arbitraje fue presentada dentro del plazo previsto en el numeral 25.2 de las CGC, mediante escrito N° 01 de fecha 03/09/2015. Así, la conciliación decisoria del Exp. 730-134-15, ha sido impugnada dentro del plazo previsto en la cláusula arbitral. Así, desvirtúa lo manifestado por TRAGSA, pues la decisión conciliatoria aún no ha adquirido el carácter definitivo y obligatorio, como pretende que sea declarado por el Tribunal Arbitral.
- 6.1.9. Por todo lo referido, solicita al Tribunal Arbitral desestimar la presente pretensión.

Sobre la excepción de incompetencia arbitral

- 6.1.10. Arguye PROCOES que la incompetencia en la vía arbitral se encuentra ligada al principio de Kompetenz-kompetenz de los árbitros, en virtud al cual ellos son los competentes para pronunciarse sobre los alcances de su propia competencia frente a las excepciones. Al respecto, cita a CASTILLO FREYRE, cuando señala que a

través de la excepción de incompetencia se denuncia los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente —por lo general— cuando se interpone una demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje.

6.1.11. Por estas consideraciones, indica que TRAGSA al haber sustentado la presente excepción en una demora en el pago de la tasa administrativa arbitral, no ha sustentado que dicha demora genere la pérdida de competencia del Tribunal Arbitral. Asimismo, señala que TRAGSA no ha cuestionado la competencia del Colegiado en su contestación de solicitud de arbitraje, más aún, en el momento en que se llevó a cabo la audiencia de instalación.

Sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa y pasiva

6.1.12. Refiere PROCOES que la excepción deducida por TRAGSA se sustenta en el hecho de no haber acreditado el pago de la tasa por solicitud arbitral del presentarse la misma, a pesar de que el CENTRO accedió a conceder el plazo adicional para cumplir con dicho pago. Así, refiere que debe individualizarse a las partes, a efectos de que ellas tengan legitimidad para obrar, la misma que supone la correcta adecuación entre el demandante y el demandado en el proceso.

6.1.13. En esa línea, cita a MONROY GÁLVEZ, cuando se refiere a la legitimidad para obrar, la misma que “*consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva, sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica procesal. Si él o los titulares de la relación jurídica no son los mismos que en la relación procesal, no hay legitimidad para obrar (...).*”

6.1.14. En ese sentido, refiere que existe un criterio unánime en considerar que la legitimidad para obrar se refiere a quienes deben ser parte en un proceso concreto, es decir que las partes ocupen justificadamente su condición en el proceso para que la actividad jurisdiccional se realice con eficacia. Así, expresa que PROCOES cuenta con legitimidad para obra activa y TRAGSA con legitimidad para obrar pasiva en el presente caso, la misma que se encuentra determinada en la relación sustancial del Contrato N° 058-2014-PNSR/PROCOES, así como en el numeral 25.2 de las CGC.

6.1.15. De ese modo, especifica que TRAGSA no ha fundamentado fáctica y jurídicamente la presente excepción, sobre todo no se argumentado válidamente que PROCOES no cuente con legitimidad activa, puesto que no ha demostrado que el sustento de la demora en el pago de la tasa administrativa implique la pérdida de legitimidad activa y pasiva.

6.1.16. Finalmente, solicita al Tribunal Arbitral que se desestime las excepciones de falta de legitimidad para obrar activa y pasiva, pues la falta de pago de PROCOES no implica que las partes del presente proceso no posean legitimidad en el presente arbitraje.

VII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 20/02/2017, se fijaron de Puntos Controvertidos del presente proceso arbitral, los mismos que se detallan de la siguiente manera:

- 7.1. Respecto a la demanda presentada con fecha 4/03/2016; así como de la contestación de demanda presentada con fecha 15/09/2016**

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Primera Pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde reconocer a TRAGSA lo dispuesto en la Conciliación Decisoria (Expediente N° 730-134-15), referido al reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios por un monto ascendente a S/111,546.65 (Ciento Once Mil Quinientos Cuarenta y Seis con 65/100 Soles) sin incluir I.G.V. o intereses, correspondientes al plazo de 31 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 7.

- 7.2.** El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que se considere más conveniente, a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido. Asimismo, deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.
- 7.3.** Asimismo, el Tribunal Arbitral cumplió con precisar que en el caso de llegar a la conclusión de que, a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre algunos de los puntos controvertidos previamente establecidos, podrá prescindir de tal pronunciamiento sobre el fondo de la controversia motivando las razones de tal decisión.

VIII. Audiencia de Sustentación de Informe Pericial

Con fecha 29 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Pericial mediante el cual TRAGSA sustentó su pericia.

IX. Del cierre de la Etapa Probatoria y Alegatos Escritos

- 9.1 Mediante Resolución N° 14 del 22/05/17 se resuelve declarar concluida la etapa probatoria del presente proceso, la misma que fue notificada a las partes con fecha 23/05/2017.
- 9.2 Con fecha 30/05/2017 se tiene presente los alegatos escritos presentados por PROCOES y el TRAGSA.

X. De la Audiencia de informe Oral y Plazo para Laudar.

- 10.1 Que con fecha 28/09/2017 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, mediante el cual las partes expusieron sus posiciones respecto de la presente controversia.

XI. Del plazo para Laudar.

- 11.1 Que, mediante Resolución N° 17, de fecha 30/10/2017, se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual deberá contarse a partir del día hábil siguiente de notificada la referida Resolución.
- 11.2 Que, mediante Resolución N° 18, de fecha 5/12/2017, se estableció se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual vencerá el día 31 de enero de 2018.

XII. CONSIDERANDO

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Que, como se desprende de la reseña de la posición de las partes, TRAGSA ha empleado los mismos argumentos para fundamentar las cinco (5) excepciones deducidas.
2. Que, en efecto, TRAGSA señala que, en el presente caso, ni el PROCOES ni el Centro de Arbitraje respetaron los plazos establecidos en la Cláusula 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato (en adelante, CGC), en la Cláusula 25.2. de las Condiciones Especiales del Contrato (en adelante, CEC) y en el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, el Reglamento).
3. Que, como sabemos, el arbitraje nace mediante una declaración de voluntad común de las partes.

Que el arbitraje tiene ciertos límites y, a entender de Caivano,¹ ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

Que, asimismo, entre las limitaciones que las partes imponen podemos encontrar limitaciones temporales, relativas al momento en que se deben someter a arbitraje las controversias que puedan surgir.

4. Que la Cláusula 25 de las CGC establece lo siguiente:

«25. Procedimiento de la solución de controversias
(...)

- 25.2. El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquier parte podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.
- 25.3. El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución denominada en las CEC y en el lugar establecido en las CEC». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como podemos apreciar, las partes pactaron un límite temporal; a saber: 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador.

Que, asimismo, el convenio arbitral establece expresamente una consecuencia clara sobre qué pasa si no se respeta dicho límite temporal; a saber: la Decisión será definitiva y obligatoria.

¹ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 116.

5. Que, por su parte, la Cláusula 25.3 de las CEC establece lo siguiente:

«25.3. Los procedimientos de arbitraje serán: conforme a la legislación nacional sobre arbitraje de derecho y el reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, en otras palabras, el convenio arbitral incorpora las disposiciones del Reglamento, las cuales también serán de obligatorio cumplimiento para las partes, a efectos de iniciar válidamente un arbitraje.

6. Que, en el presente caso, no existe controversia en torno a que la solicitud de arbitraje sí fue presentada dentro del plazo de 28 días; sin embargo, TRAGSA cuestiona que la presentación de dicha solicitud no cumplió con el procedimiento establecido para tales efectos en los artículos 13 y 14 del Reglamento aplicable al presente caso.
7. Que, a entender de TRAGSA, no se cumplió, principalmente,² con uno de los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento, a saber: el establecido en el literal i) de dicho artículo, el cual establece lo siguiente:

«Requisitos de la solicitud de arbitraje
Artículo 13.-

La parte que desee recurrir al arbitraje deberá solicitarlo por escrito a la Secretaría General del Centro, debiendo incluir en su solicitud:

(...)

i) El comprobante de pago por concepto de tasa por presentación de solicitud de arbitraje.

(...)». (El subrayado y la negrita son nuestros).

² Todas las excepciones deducidas se centran en el tema del no pago de la tasa y/o en la no acreditación del mismo dentro de los plazos establecidos por el Reglamento; sin embargo, TRAGSA también menciona que el PROCOES no habría cumplido —de manera idónea— con la presentación del documento en el que conste el convenio arbitral (requisito establecido en el literal d del artículo 13).

En efecto, en el numeral 11 del escrito de excepciones se señala lo siguiente:

«11. En la referida comunicación, la Institución otorgó el plazo de tres (3) días hábiles amparándose, de manera contradictoria, en el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje PUCP, para que la Entidad subsanara otro defecto formal de la petición de arbitraje: presentar copias adicionales de las Cláusulas Especiales del Contrato que contendrían la Cláusula Arbitral».

Recién, mediante escrito n.º 3 presentando con fecha 5 de noviembre de 2015, PROCOES presentó las copias requeridas.

Que, como se puede apreciar, el citado artículo 13 establece expresamente todos los requisitos que son necesarios para que una solicitud de arbitraje pueda ser admitida (como veremos al analizar el artículo 14).

Que se debe resaltar que el Reglamento emplea un término imperativo (deberá) y no uno facultativo (podrá). Por ello, el Tribunal Arbitral entiende que cuando una parte presente una solicitud de arbitraje deberá cumplir con todos los requisitos ahí establecidos, a efectos de afirmar que la solicitud ha sido válidamente presentada.

8. Que, en efecto, la Real Academia Española establece que «requisito» es la «circunstancia o condición necesaria para algo».³ Sobre el particular, Cabanellas⁴ señala lo siguiente:

«REQUISITO. Circunstancia o condición necesaria para la existencia o el ejercicio de un derecho o facultad, para validez y eficacia de un acto jurídico y para exigencia de obligaciones o deberes. Cada negocio jurídico posee sus *requisitos* peculiares, expuestos en las voces desenvueltas con alguna extensión, y especialmente en los contratos.

Dentro de ellos, con carácter general, se distingue entre *requisitos esenciales, naturales y accidentales*, clase esta última en que no existe propiamente la necesidad que los *requisitos* “requieren”. *Esenciales* son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la discutida causa. *Naturales*, los propios de cada asunto o convenio; como el precio y la cosa en la compraventa. *Accidentales*, la condición, el plazo y el modo, y las cláusulas específicas». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como se puede apreciar, el cumplimiento de los requisitos es importante para el ejercicio de un derecho o facultad, como es el iniciar un arbitraje.

9. Que, en ese sentido, corresponde analizar qué sucede —según el Reglamento— cuando una parte no cumple con los requisitos taxativamente detallados por el artículo 13.

Que, al respecto, el artículo 14 del Reglamento regula el supuesto en que el solicitante no cumpla con alguno de los requisitos del artículo 13, de la siguiente manera:

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. En: <http://dle.rae.es/?id=W6xh4wt>

⁴ CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, vigésima primera edición, p. 171.

«Admisión a trámite de la solicitud de arbitraje

Artículo 14.-

El Centro verificará el cumplimiento de los requisitos de la solicitud de arbitraje.

(...)

En el caso que la solicitud de arbitraje no cumpliera con los requisitos establecidos en el presente Reglamento, se otorgará un plazo de tres (3) días para que subsane la omisión. En caso que no se subsanen las omisiones acotadas, el Centro dispondrá el archivo del expediente, salvo que se trate de lo exigido en los literales f), g) y h) del artículo 13; sin perjuicio del derecho del solicitante de volver a presentar su solicitud de arbitraje. La decisión emitida sobre el archivamiento del proceso es irreversible.

(...)». (El subrayado y la negrita son nuestros).

10. Que el citado artículo contempla el supuesto de otorgar un plazo adicional únicamente de tres (3) días, para que la parte interesada pueda subsanar alguno o varios de los nueve (9) requisitos.

Que en el caso de que no se cumpla con la subsanación dentro del plazo concedido, el Reglamento contempla una regla y una excepción; a saber:

Regla:

- Se dispone el archivo del expediente (mandato imperativo: dispondrá).⁵

Excepción:

- No se dispone el archivo del expediente, en caso el requisito no subsanado sea el f), g) o h).

Que, como resulta evidente, el Reglamento —cuyas reglas son de cumplimiento obligatorio por las partes, al haberlas incorporado en su convenio arbitral— no contempló como un supuesto de excepción el caso en que la parte no subsanase lo relativo al pago de la tasa dentro del plazo adicional concedido.

Que, dentro de tal orden de ideas, ante la no subsanación del requisito contenido en el literal i), corresponde aplicar la regla: el archivo del expediente.

⁵ No establece que el Centro podrá disponer el archivo. Es decir, no se contempla una facultad a ser ejercida a discrecionalidad.

11. Que, sin embargo, en el presente caso, se aprecia que el Centro no cumplió con la disposición del citado artículo 14, en tanto no otorgó el plazo de tres (3) días ni archivó el expediente.

Que, en efecto, en el presente caso, tenemos los siguientes hechos:

- Mediante escrito n.º 1, se presenta la solicitud de arbitraje (3 de septiembre de 2015).
- Mediante Comunicación de fecha 7 de septiembre de 2015 (notificada a PROCOES el 9 de septiembre de 2015), se observó la solicitud en los siguientes términos:

«Sobre el particular, debo informarles que de la revisión efectuada del referido documento se advierte que no se ha cumplido con el siguiente requisito para tramitar su solicitud:

• No se ha abonado la tasa por presentación de solicitud de arbitraje (literal "i" del artículo 13 del Reglamento de Arbitraje PUCP).

• Por otro lado no se han adjuntado tantas copias, de la solicitud, como partes y árbitros existan en el proceso (artículo 12 del Reglamento de Arbitraje PUCP), faltando adjuntar dos (2) copias adicionales.

• Así mismo se ha observado que se han adjuntado las Condiciones Generales del Contrato antes mencionado, pero no se han adjuntado las Condiciones Especiales del Contrato donde se estipula cómo y dónde se llevará a cabo el arbitraje.

Tratándose de una institución del estado el defecto señalado deberá ser subsanado en el plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la recepción de la presente carta y de la factura n.º F012-138 que se adjunta a la presente y siguiendo las instrucciones de la presente carta.

Así mismo le comunicamos que la mencionada factura fue (...) remitida al correo institucional: procuraduriavivienda@vivienda.gob.pe. (El subrayado forma parte de la cita).

Que, como se aprecia, la solicitud de arbitraje no cumplió —en estricto— con dos requisitos: el contenido en el literal d) y el contenido en el literal i) del artículo 13 del Reglamento.

Que ninguno de dichos requisitos está contemplado en la excepción del citado artículo 14, por lo que la no subsanación oportuna implicaba el archivo del expediente.

Que, asimismo, se aprecia que el Centro —en lugar de otorgar los tres (3) días establecidos en el artículo 14— concedió un plazo de quince (15) días, justificando ello en que se trata de una entidad del Estado (trato diferenciado que no fundamenta en ningún extremo del Reglamento ni en otra norma).

Que dicha modificación del plazo fue concedida *motu proprio* por el Centro, a pesar de que sólo las partes pueden modificar los alcances del convenio arbitral (recordemos que el Reglamento del Centro se incorporó al convenio arbitral en virtud de lo pactado por las partes en la Cláusula 25.3 de las CEC).

Que, en efecto, la Segunda Disposición Complementaria y Final del Reglamento establece expresamente lo siguiente:

«Segunda: Las partes podrán acordar modificar los diferentes plazos previstos en este Reglamento, salvo lo estipulado en la Sección relativa a Costos del Arbitraje. Si el acuerdo se ha adoptado después de instalados los árbitros, surtirá efectos sólo una vez aprobado por éstos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º literal a) del presente Reglamento». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, en el presente caso, no existe acuerdo alguno para modificar el plazo establecido en el artículo 14 del Reglamento, por lo que el Centro debió archivar el expediente.

Que, por otro lado, aun admitiendo el supuesto hipotético negado de que al ser una entidad del Estado corresponde algún trato diferenciado (modificación de las reglas pactadas por las partes en beneficio exclusivo de una de ellas) en lo relativo al pago de la tasa, este Colegiado no encuentra justificación alguna para que también se haya ampliado el referido plazo en lo relativo a la presentación de las CEC (que contenía el convenio arbitral en lo relativo a que las partes se sometían al Reglamento).

- Mediante escrito n.º 2, presentado con fecha 20 de octubre 2015, se solicita ampliación de plazo para el pago de la tasa (hasta el 27 de octubre) y presenta copias adicionales del escrito n.º 1.

Que, a pesar de que el irregular plazo de quince (15) días otorgado por el Centro venció el 7 de octubre de 2015, dos semanas después de su vencimiento, la Entidad recién solicita un plazo adicional para el pago.

- Mediante Comunicación de fecha 21 de octubre de 2015 (notificada a PROCOES en la misma fecha), se señaló lo siguiente:

«Al respecto, si bien su representada ha cumplido con acompañar dos (2) copias adicionales de la solicitud de arbitraje, no ha cumplido con remitir las Condiciones Especiales del Contrato, documento que se hace referencia en el Contrato (...) y que establece cómo y dónde se llevará a cabo el arbitraje.

En consecuencia, y de acuerdo al Art. 14 del Reglamento (...) su representada deberá acompañar dos (2) copias del documento denominado Condiciones Especiales del Contrato en el plazo de tres (3) días hábiles.

Por último, respecto a la solicitud de prórroga para realizar el pago de la tasa de presentación de solicitud de arbitraje, se le otorga el plazo hasta el 27 de octubre de los corrientes, a fin de que pueda realizar dicho pago. (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como se aprecia, el Centro —en lugar de archivar el proceso porque el primer plazo (concedido por 15 días sin sustento alguno) ya había vencido— concede un nuevo plazo adicional.

Que, en otras palabras, a solo pedido de una parte se modifica un plazo, a pesar de que la Segunda Disposición Complementaria y Final del Reglamento establece expresamente que las modificaciones deben ser acordadas por las partes.

- Mediante escrito n.º 3, presentado con fecha 5 de noviembre de 2015, PROCOES señala que procede a comunicar el pago de la tasa.

Que, como se aprecia, a pesar de que el segundo plazo concedido (irregularmente) por el Centro venció el 27 de octubre de 2015, una semana después el PROCOES afirma que cumplió con el pago de la tasa.

- Mediante Comunicación de fecha 12 de noviembre de 2015 (notificada a PROCOES con fecha 13 de noviembre de 2015), el Centro tuvo por cancelado únicamente el 90% de la tasa administrativa, quedando pendiente el pago correspondiente a la detacción.

Que, como se puede apreciar, al 12 de noviembre de 2015, el PROCOES no había cumplido —de manera idónea ni íntegra— con el pago de la tasa.

Que, sobre el particular, se debe recordar que sólo se puede afirmar que existe pago cuando el mismo se realiza de forma íntegra.⁶

Que, sin embargo, a pesar de que ya había vencido, incluso, un segundo plazo no ajustado al Reglamento, el Centro indicó que «cuando su representada pague el monto señalado, se tendrá por cancelado el íntegro de la tasa de solicitud de arbitraje y la factura correspondiente».

Que aquí ni siquiera otorgó plazo alguno para que PROCOES cumpliera con el pago del saldo.

- Mediante escrito n.º 05, presentado con fecha 18 de noviembre de 2015, PROCOES afirma haber pagado el monto correspondiente a la detracción.
- Mediante Comunicación de fecha 23 de noviembre de 2015 (notificada a PROCOES con fecha 24 de noviembre de 2015), el Centro observó nuevamente el tema del pago de la tasa, en los siguientes términos:

«En consecuencia, no se tiene por cancelado el íntegro de la tasa de solicitud de arbitraje, y se le otorga tres (3) días a su representada, a fin de que cumplan (sic) con acompañar el comprobante o voucher del depósito efectuado al Banco de la Nación (...).»

Que, como se aprecia, el Centro otorgó un nuevo plazo no contemplado en el Reglamento, en lugar de archivar el expediente, conforme lo establece el citado artículo 14.

- Mediante escrito n.º 07, presentado con fecha 27 de noviembre de 2015, PROCOES acredita el pago del saldo pendiente (detracción).

Que, en otras palabras, casi tres (3) meses después de que se presentó la solicitud de arbitraje, PROCOES cumplió con todos los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento.

12. Que, de los hechos previamente detallados, resulta evidente que no se cumplió con los requisitos y procedimiento establecidos en los artículos 13 y 14 del Reglamento.

⁶ El artículo 1220 del Código Civil establece que «se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación».

Que, en efecto, la solicitud de arbitraje debió archivarse y no se debió conceder plazos no establecidos en el Reglamento, cuyas disposiciones ya formaban parte del convenio arbitral y que sólo podían ser modificadas —de común acuerdo— por las partes.

13. Que, a entender del Colegiado, PROCOES no actuó de manera diligente al momento de solicitar el inicio del proceso arbitral, ya que conociendo las disposiciones del Reglamento (al cual se sometió voluntariamente), no cumplió con todos los requisitos necesarios.

Que, en efecto, debemos recordar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 1314 del Código Civil, «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

14. Que si partimos de la premisa de que quien actúa con dicha diligencia no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.
15. Que, al respecto, en la Exposición de Motivos del artículo antes referido, Osterling⁷ señala lo siguiente:

«(...)

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación (...)».

16. Que la diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.⁸
17. Que, para Cabanellas,⁹ el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentales significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Los demás significados apuntan más a su acepción de trámite, siendo la acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: «La *diligencia* se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la *culpa*, desde el rigor de la *grave* a la eventual exigencia de las resultas de la *levísima*. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esta *diligencia* —en el parcial de la *negligencia* o en el total de la *omisión*— origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a las *responsabilidades* de carácter civil, penal o profesional».
18. Que, dentro de tal orden de ideas, ha quedado acreditado que PROCOES no actuó con dicha diligencia, por lo que se debe aplicar la pactado por las partes; a saber:

«Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la **decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria**».

⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2008, pp. 820-821.

⁹ CABANELAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 253.

Que, como resulta obvio, la parte interesada en iniciar válidamente un arbitraje deberá presentar la solicitud cumpliendo todos los requisitos establecidos en el Reglamento, caso contrario la decisión quedará firme y, por ende, el Tribunal Arbitral no podrá conocer ninguna controversia relativa a dicha Decisión.

19. Que no se puede asumir como válida una solicitud que no cumple con los requisitos pactados por las partes.¹⁰ Caso contrario, carecería de sentido alguno el establecer un límite temporal y una consecuencia (que la Decisión se entienda definitiva y obligatoria).

Que, en otras palabras, el Tribunal Arbitral coincide con TRAGSA cuando afirma que «una solicitud de arbitraje no puede tener efectos jurídicos, es decir, iniciar un arbitraje válidamente hasta cumplir con dichos requisitos».¹¹ Sin embargo, en el presente caso, dichos requisitos tenían un plazo para ser cumplidos o subsanados, de ser el caso, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

20. Que nadie obligó a las partes a pactar un plazo de 28 días y, en general, a establecer un límite temporal.

Que, en efecto, son las partes las que deben precisar de forma inequívoca los límites del convenio arbitral y, precisamente, dentro de dicha facultad, las partes pactaron un plazo, cuyo transcurso —sin solicitud de arbitraje válidamente presentada— implicaría que la Decisión quede firme.

Que el Tribunal Arbitral no puede desconocer la fuerza obligatoria del convenio arbitral (*pacta sunt servanda*).

21. Que, dentro de tal orden de ideas, dado el límite temporal pactado por las partes, la Decisión Conciliatoria del Expediente n.º 730-134-15 ha quedado firme (al ser definitiva y obligatoria), por lo que este Tribunal Arbitral no puede emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo.

Que, en efecto, no siempre se podrá recurrir al arbitraje, para efectos de solucionar las controversias; ello, habida cuenta de que existen ciertos escenarios en los que se condiciona la posibilidad de emitir un laudo sobre el fondo de la controversia.

22. Que, sobre el particular, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que «El tribunal arbitral es el único competente para decidir

¹⁰ Al establecer como reglas del proceso aquellas contenidas en el Reglamento.

¹¹ Numeral 37 del escrito n.º 5, presentado con fecha 11 de noviembre de 2016.

sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (El subrayado es nuestro).

23. Que, como se puede apreciar, en la parte final del citado inciso se enumeran varias clases de excepciones y/o defensas previas, las mismas que se subsumen en la figura denominada *oposición al arbitraje*, que comprende todo tipo de medios de defensa que las partes pudieran esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia.

Que, asimismo, la primera parte del inciso 1 del referido artículo 41 tiene una redacción acorde con el principio *kompetenz-kompetenz*.

Que, como bien señala Mantilla Serrano,¹² no queda la menor duda de que el árbitro o el tribunal arbitral podrá decidir toda excepción que involucre cuestiones como la *litis pendentia* y la cosa juzgada, la prejudicialidad, la caducidad y el cumplimiento de las condiciones previas requeridas para iniciar el arbitraje.

24. Que, a través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva.

Que, en consecuencia, corresponde amparar la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA.

EXCEPCIÓN DE EXTINCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

25. Que habiéndose amparado la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre esta otra excepción.

EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR CONCILIACIÓN

¹² MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 138.

26. Que habiéndose amparado la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre esta otra excepción.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA

27. Que habiéndose amparado la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre esta otra excepción.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA

28. Que habiéndose amparado la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre esta otra excepción.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE QUE NO CORRESPONDE RECONOCER A TRAGSA LO DISPUESTO EN LA CONCILIACIÓN DECISORIA (EXPEDIENTE N° 730-134-15), REFERIDO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE GASTOS GENERALES VARIABLES DIARIOS POR UN MONTO ASCENDENTE A S/111,546.65 (CIENTO ONCE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS CON 65/100 SOLES) SIN INCLUIR I.G.V. O INTERESES, CORRESPONDIENTES AL PLAZO DE 31 DÍAS NATURALES DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 7.

29. Que habiéndose amparado la excepción de incompetencia deducida por TRAGSA, la pretensión principal de PROCOES debe desestimarse.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS ARBITRALES

30. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

31. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

32. Que el convenio arbitral recogido en el numeral 25.3 de las CGC y de las Condiciones Especiales del Contrato, no regula el tema de los costos arbitrales; simplemente se remite a los Reglamentos del Centro de Arbitraje.
33. Que, por su parte, el artículo 104 del Reglamento del Centro establece que «los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje. Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje».
34. Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado del presente laudo.

Que, dentro de tal orden de ideas, se estima razonable que:

- (i) PROCOES asuma el íntegro de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro.
 - (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
35. Que, mediante correo electrónico de fecha 29 de enero de 2018, la Secretaría Arbitral remitió la siguiente liquidación de honorarios arbitrales y gastos administrativos, indicando lo siguiente:

Honorarios del Tribunal Arbitral:

Cada árbitro percibió como honorario la suma de S/ 4,131.66.

Gastos Administrativos del Centro de Arbitraje PUCP

Los gastos administrativos del Centro ascendieron a un total de S/4,500.00

XIII. CUESTIONES FINALES

Finalmente, corresponde recordar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que PROCOES presentó su demanda y que TRAGSA fue debidamente emplazada con la misma, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (iii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de

procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (v) que las partes presentaron sus alegatos escritos e hicieron uso de la palabra en la Audiencia de Informes Orales; y, (vi) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en el Reglamento.

XIV DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo. De igual manera, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral por unanimidad **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

SEGUNDO: **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento en torno a la excepción de extinción de convenio arbitral deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

TERCERO: **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento en torno a la excepción de conclusión del proceso por conciliación deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

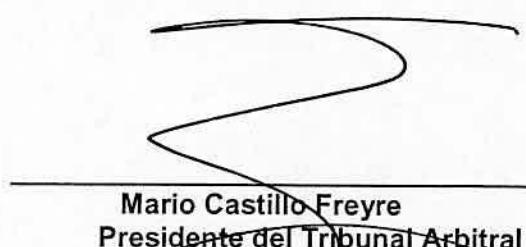
CUARTO: **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento en torno a la excepción de falta de legitimidad para obrar activa deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

QUINTO: **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento en torno a la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

SEXTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión principal de la demanda interpuesta por Progama Nacional de Saneamiento Rural.

SÉPTIMO: En torno a los costos arbitrales, se ordena que:

- (i) El Programa Nacional de Saneamiento Rural asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.



Mario Castillo Freyre
Presidente del Tribunal Arbitral



Augusto Eguiguren Praeli
Árbitro



David Aníbal Flores Ligarda
Árbitro