

Exp. N° 1979-379-18

CONSORCIO ZAÑA – PROYECTO ESPECIAL JEQUETEPEQUE ZAÑA

LAUDO PARCIAL DE DERECHO

DEMANDANTE:	Consortio Zaña (en adelante, el Contratista, el Consortio o Demandante)
DEMANDADO:	Proyecto Especial Jequetepeque Zaña del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, el MINAGRI, la Entidad o Demandado)
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Oswaldo Hundskopf Exebio (Presidente) Ernesto Nuñez Puente (Árbitro) Luis Eduardo Adrianzen de Lama (Árbitro)
SECRETARIO ARBITRAL:	José Carlos Taboada Mier Secretario del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Decisión N° 8

En Lima, a los 2 días del mes de setiembre del año dos mil diecinueve, 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, dicta el siguiente laudo parcial que resolverá sobre la excepción de incompetencia planteada por el MINAGRI mediante escrito presentado el 22 de mayo de 2019.

I. ANTECEDENTES**1.1 Del Contrato y de las Partes Intervinientes en el Arbitraje**

El 24 de mayo de 2017, el Consortio y el MINAGRI suscribieron el Contrato N° 003-2017-OEC-PEJESA (en adelante el Contrato), cuyo objeto fue la contratación del Servicio de Consultoría para SUPERVISIÓN DE LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DEL PIP "CONSTRUCCIÓN SISTEMA DE DRENAJE AGRÍCOLA IGLESIA VIEJA – SAN ISIDRO, SUB-SECTOR SANTA ROSA, VALLE JEQUETEPEQUE", por un monto contractual

ascendente a S/. 189,921.00 (Ciento Ochenta y Nueve Mil Novecientos Veintiuno Y 00/100 Nuevos Soles).

1.2 Existencia del Convenio Arbitral

Está contenido en la cláusula Décima Octava del Contrato, en donde se establece:

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR TRES (3) ÁRBITROS. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: Colegio de Ingenieros de La Libertad y Cámara de Comercio de La Libertad.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado."

Designación del Tribunal Arbitral

- El demandante designó como árbitro al abogado Ernesto Adrián Nuñez Puente, quien aceptó el encargo mediante comunicación de fecha 21 de enero de 2019.

- El demandado designó como árbitro al abogado Luís Eduardo Adrianzen de Lama, quien aceptó el encargo mediante comunicación de fecha 18 de enero de 2019.
- Ambos árbitros designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Oswaldo Hundskopf Exebio, quien aceptó el encargo mediante comunicación de fecha 18 de febrero de 2019.

1.4 Secretaría Arbitral

La doctora Silvia Violeta Rodríguez Vásquez, en su calidad de Secretaria General de Arbitraje, designó al señor José Carlos Taboada Mier como Secretario Arbitral del Centro encargado de la tramitación del presente proceso.

1.5 Constitución del Tribunal Arbitral y Reglas del Proceso Arbitral

1.5.1 De conformidad con el literal e) del artículo 25° del Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aprobado en el año 2017 (en adelante el Reglamento del Centro) el Tribunal Arbitral se constituyó válidamente el 18 de febrero de 2019, fecha de aceptación del encargo como Presidente del Tribunal Arbitral por parte del abogado Oswaldo Hundskopf Exebio.

1.5.2 El 18 de febrero de 2019 se solicitó a la parte que, de considerarlo pertinente, presentaran una propuesta conjunta de modificación de las reglas aplicables al presente arbitraje, precisándose que en caso de no arribarse a un acuerdo, sería el Tribunal Arbitral quien decidiría las reglas que corresponderían aplicar.

1.5.3 El 22 de febrero de 2019, dentro del plazo otorgado, el MINAGRI presentó su propuesta de modificación de reglas al proceso.

1.5.4 Mediante Decisión N° 1 el Tribunal Arbitral aprobó las reglas definitivas del proceso.

1.5.5 En tal sentido, las reglas del presente proceso se rigen por el Reglamento del Centro con las modificaciones aprobadas en la Decisión N° 1, así como por la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071.

1.6 Etapas Postulatorias

1.6.1 Mediante Decisión N° 1, se otorgó a la Entidad un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presentara su escrito de demanda.

1.6.2 Mediante escrito recibido el 2 de abril de 2019, el Demandante presentó su demanda arbitral, postulando las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, en el marco del Contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA, se declare la invalidez del acto administrativo contenido en la Resolución Directoral N° 115-2018-MINAGRI-PEJEZA/DE (comunicado mediante Oficio N° 771-2018-MINAGRI-PEJEZA-DE, notificado el 14 de agosto de 2018) y, por ende, se declare válida y apruebe la ampliación de plazo N° 1, por un periodo de 231 días calendarios, requerida por el Consorcio Zaña a través de la Carta N° 26-2018/SUPERVISIÓN C. ZAÑA del 25 de julio de 2018.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, como pretensión alternativa, considerando que por la naturaleza del Contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA, su plazo de ejecución se ve afectado por las modificaciones de plazo que se genere en el Contrato N° 002-2017-OEC-PEJEZA, se reconozca que resulta aplicable el sistema por tarifas y, por ende, la efectiva prestación del servicio de supervisión por 267 días calendarios adicionales al plazo de ejecución previsto en el contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, con motivo de la ampliación de plazo y/o reconocimiento de la extensión del plazo del servicio de supervisión (en aplicación de la tarifa), se reconozca a favor del Consorcio Zaña la suma de S/ 152,700.00 (ciento cincuenta y dos mil setecientos con 00/100 soles), por concepto de mayores gastos generales y se disponga efectivizar dicho pago.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, como pretensión alternativa, de persistir en el no reconocimiento de la ampliación de plazo y el pago de los correspondientes mayores gastos generales, se reconozca a favor del Consorcio Zaña la suma de S/ 152,700.00 (ciento cincuenta y dos mil setecientos con 00/100 soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, en el marco del Contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA, se declare la inaplicación de la penalidad impuesta por Proyecto Especial Jequetepeque Zaña en cuanto al Segundo Informe, por carecer de argumentación técnica y legal, por cuanto el Consorcio Zaña ha cumplido sus obligaciones contractuales conforme a los plazos y términos de la contratación y, en consecuencia, se ordene el pago de S/ 1,447.02 (mil cuatrocientos cuarenta y siete con 02/100 soles), suma que indebidamente fuera descontada al Consorcio Zaña, por concepto de penalidad por mora, en su segundo pago.

Dr. Ocho

[Handwritten signature]

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, en el marco del Contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA, se declare la inaplicación de la penalidad impuesta por Proyecto Especial Jequetepeque Zaña, en cuanto al Informe Final por carecer de argumentación técnica y legal, por cuanto el Consorcio ZAÑA ha cumplido sus obligaciones contractuales conforme a los plazos y términos de la contratación y, en consecuencia, se ordene el pago de S/ 1,037.50 (mil treinta y siete con 50/100 soles), suma que indebidamente fuera descontada al Consorcio ZAÑA, por concepto de otras penalidades, en su tercer pago.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral disponga que el demandado asuma el pago de los costos y costas que irrogue el procedimiento de solución de controversias."

- 1.6.3 Mediante Decisión N° 3, de fecha 15 de abril de 2019, el Tribunal Arbitral tuvo por presentada la demanda arbitral por parte del Consorcio y corrió traslado de la misma al Demandado por el plazo de veinte (20) días hábiles para que la contestara y, de ser el caso, formulara reconvencción.
- 1.6.4 Por escrito recibido el 22 de mayo de 2019, el Demandado presenta su contestación de la demanda y deduce excepción de incompetencia respecto de la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal de la misma.
- 1.6.5 Mediante Decisión N° 4, de fecha 28 de mayo de 2019, el Tribunal Arbitral tuvo por presentada la excepción de incompetencia deducida por MINAGRI el 22 de mayo de 2019 y corrió traslado al Consorcio para que este la contestara en un plazo de veinte (20) días hábiles. Asimismo, se tuvo por presentada la contestación de la demanda arbitral por parte del MINAGRI y por ofrecidos los medios probatorios adjuntados a su escrito recibido el 22 de mayo de 2019.
- 1.6.6 Mediante escrito de fecha 3 de junio de 2019, el Demandante cumplió con absolver la excepción de incompetencia deducida por el Demandado.
- 1.6.7 Mediante Decisión N° 5, de fecha 5 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral tuvo por absuelto el traslado conferido al MINAGRI con la Decisión N° 4. Asimismo, convocó a las partes a una Audiencia Especial programada para el día Lunes 24 de junio de 2019 a las 11:00 am, a llevarse a cabo en la Sala 3, piso 5 del Edificio Esquilache, ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro; a fin de que las partes sustentaran sus posiciones respecto de la excepción formulada por el MINAGRI.
- 1.6.8 Con fecha 24 de junio del 2019 se llevó a cabo una Audiencia de Excepciones, con asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral, el Secretario Arbitral del

Centro y las partes. En dicha audiencia ambas partes informaron acerca de la excepción de incompetencia presentada por el MINAGRI con fecha 22 de mayo de 2019.

1.7 Plazo para laudar parcialmente

- 1.7.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 47^o del Reglamento del Centro, el Tribunal debe resolver las excepciones, objeciones u oposiciones a su competencia mediante un laudo parcial.
- 1.7.2. En la Audiencia de Excepciones, de conformidad con el artículo 53^o del Reglamento del Centro, el Tribunal declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo para laudar parcialmente en cuarenta (40) días hábiles, prorrogable por decisión de los árbitros hasta por diez (10) días hábiles adicionales.
- 1.7.3. Mediante Decisión N° 7, de fecha 20 de agosto de 2019 el Tribunal Arbitral amplió el plazo para laudar por diez días hábiles adicionales, plazo que llega a su vencimiento el 4 de setiembre de 2019.

II. POSICIONES DE LAS PARTES RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR EL MINAGRI EL 22 DE MAYO DE 2019

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

- 2.1 Iniciando su argumentación en torno a la excepción de incompetencia, la Entidad señala que el Consorcio Zaña ha solicitado como pretensión alternativa a la segunda pretensión principal, lo siguiente:

"Que, como pretensión alternativa, de persistir en el no reconocimiento de la ampliación de plazo y el pago de los correspondientes mayores gastos generales, se reconozca a favor del Consorcio Zaña la suma de S/. 152,700.00 (...), por concepto de enriquecimiento sin causa".

¹ Artículo 47°.- Las excepciones, objeciones u oposiciones a la competencia, así como las referidas a prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra se interpondrán como máximo al contestar la demanda o la reconvencción. Los árbitros resolverán las excepciones, objeciones u oposiciones a la competencia mediante un laudo parcial.

- 2.2 Respecto a esta pretensión, el Demandado indica que el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), al establecer su ámbito de aplicación, precisa lo siguiente: *"La presente Ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos"*.
- 2.3 El MINAGRI sostiene que, en esa medida, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito.
- 2.4 Añade que, no obstante ello, cuando no exista causa jurídica para una determinada transferencia patrimonial entre el contratista y el Estado, como puede ser el caso de ausencia de contrato o del contrato complementario, o la falta de autorización para la ejecución de prestaciones adicionales, el proveedor podría —eventualmente— ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante el pago de una indemnización.
- 2.5 Sin embargo, el Demandado manifiesta que en el presente caso, al no existir contrato y, por tanto, tampoco clausula arbitral, no es posible que las controversias derivadas de la ejecución de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual puedan someterse a arbitraje (salvo que con posterioridad se suscribiera un convenio arbitral), por lo que, en principio, la vía para resolver dichas controversias sería la vía judicial.
- 2.6 Así, el MINAGRI afirma que el Tribunal Arbitral carece de competencia para resolver sobre la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal de la demanda, debiéndose declararse incompetente para conocer esta pretensión y, por ende, improcedente la demanda respecto de este extremo.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

- 2.7 El Demandante señala que el Contrato N° 003-2017-OEC-PEJEZA, se rige por las normas previstas en la LCE, aprobada por Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, el RLCE). En dicho marco, el artículo 45° de la LCE prescribe lo siguiente:

"45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el

acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

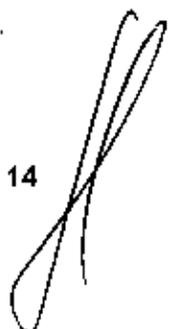
Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El Reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la república, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo. (...)

(Énfasis agregado por el Consorcio)

2.8 El Consorcio sostiene que, en el presente caso, la controversia arbitral no ha versado sobre prestaciones adicionales (ya que las partes no la requirieron, ni la Entidad lo gestionó conforme al procedimiento legal), cuya naturaleza – señala- tiene un alcance distinto a la pretensión materia de discusión. Indica además que lo expuesto ha sido suficientemente esclarecido por el OSCE con la emisión de la Opinión N° 096-2015/DTN, que señala lo siguiente:

- "La ejecución de prestaciones adicionales supone la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originariamente pactadas, no previstas en el contrato pero que resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad para la que fue celebrado.
- El plazo de ejecución de un servicio es una condición del contrato que se determina desde el requerimiento efectuado por el área usuaria, en función de sus necesidades, entendiéndose que la Entidad ha previsto que en dicho periodo de tiempo se alcanzará la finalidad del contrato.



D.
cto

- *Si la Entidad requiere que el contratista le brinde un servicio por un plazo mayor al contratado inicialmente, debe convocar el proceso de selección correspondiente. No obstante, de surgir situaciones imprevistas que afecten el desarrollo del proceso, la Entidad tiene la posibilidad de efectuar una contratación complementaria del servicio, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 182 del Reglamento."*

2.9 El Contratista sostiene que, bajo estas consideraciones, durante la ejecución de un servicio, podrían considerarse prestaciones adicionales, por ejemplo, la ampliación de un puesto de vigilancia adicional (en el caso de un servicio de vigilancia) o la supervisión de nuevos componentes de un expediente técnico (en el caso de un servicio de supervisión de expedientes técnicos). Asimismo, si un servicio de vigilancia tiene un plazo de ejecución de 12 meses, no podría tramitarse la extensión de dicho plazo a través de prestaciones adicionales, siendo el remedio contractual, el contrato complementario –observando las condiciones y requisitos previstos en la normativa y la opinión antes citada.

2.10 No obstante, el Demandante añade que en el caso de los servicios de supervisión ocurre una situación especial, puesto que, al tener vinculación directa con el contrato supervisado, cualquier incidencia que afecte a este último también se extiende al supervisor. En el presente caso, si la demandada otorgó ampliaciones de plazo al consultor del expediente técnico, entonces también está obligada a otorgárselas al supervisor; asimismo, si se presentan circunstancias no imputables a la supervisión que generan que esta siga vinculada obligacionalmente a la Entidad –haciendo labor efectiva de supervisión- resulta lógico y legal que ante ese hecho generador, el contratista supervisor pueda solicitar ampliación de plazo y, por ende, el reconocimiento de gastos generales. Ahora bien, si el árbitro único considera que existe algún vicio o vacío formal o legal que le impida pronunciarse sobre la ampliación de plazo solicitada por el demandante y el reconocimiento de gastos generales, no existe limitación legal para solicitar el reconocimiento de una indemnización por enriquecimiento sin causa. No hacerlo implicaría poner en indefensión al contratista, ya que el propio artículo 45° de la LCE es expreso en que dicha institución solo puede utilizarse ante el poder judicial cuando se hace referencias a controversias vinculadas a prestaciones adicionales, situación que no aplica al presente caso.

2.11 El Consorcio Zaña sostiene que las prestaciones ejecutadas por la supervisión no correspondieron a servicios nuevos o diferentes de los originalmente pactados, sino a los mismos servicios en un marco de tiempo de ejecución mayor, los mismos que, por la naturaleza de dicha contratación, no podrían haberse efectuado mediante una contratación independiente o distinta.

- 2.12 Señala que, frente a problemas de este tipo, la normativa actual de contrataciones del Estado (según la Ley N° 30225 y Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y sus respectivas modificaciones) ha incluido el sistema de tarifas, que resulta aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no pueda conocerse con precisión el tiempo de la prestación del servicio; precisando que, en este caso, el postor formula su oferta proponiendo una tarifa en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenida en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a la ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Por consiguiente, el legislador ha considerado que frente a prestaciones como, por ejemplo, las supervisiones, no corresponde gestionar prestaciones adicionales, contratos complementarios o nuevas contrataciones ni requerimientos de ampliación de plazo, sino simplemente el pago de la tarifa generada por la extensión del servicio a plazos mayores.
- 2.13 En dicho contexto, el Contratista señala que, de una revisión del artículo 45.1 de la LCE (norma aplicable al contrato en cuestión), es posible advertir que la prohibición legal de arbitrar corresponde a aquellas prestaciones adicionales no autorizadas por la Entidad o por la Contraloría General de la República. De igual modo, precisa que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni otros medios de solución de controversias (...), correspondiendo, de ser el caso, al Poder Judicial.
- 2.14 El Demandante considera que las únicas prohibiciones legales para arbitrar o conciliar en el marco de la normativa de contrataciones del estado son aquellas derivadas de controversias vinculadas a prestaciones adicionales. Por lo tanto, en nuestro caso, por tratarse de mayores gastos generales derivados de la extensión del plazo contractual (en el marco de un contrato vigente), resulta constitucional y legalmente amparable que el Tribunal Arbitral se pronuncie si los hechos alegados por la demandante comprenden ampliaciones de plazo o aplicación del sistema por tarifas y su correspondiente pago por ello; o, en su defecto, el reconocimiento y pago de lo efectivamente ejecutado, vía indemnización. Por lo tanto, alegar la incompetencia del Tribunal Arbitral para reconocer la indemnización solicitada podría implicar una situación de indefensión y desprotección legal, considerando que es plenamente factible que en el ámbito judicial, cualquier autoridad jurisdiccional pueda amparar una



solicitud de excepción por existencia de cláusula arbitral (ya que la pretensión es plenamente arbitrable según contrato y norma aplicable).

- 2.15 Finalmente, como ejemplo, el Consorcio solicita tener en consideración lo señalado en la sentencia de fecha 11 de abril de 2019 (recaída en el Expediente N° 00547-2018-0-1817-SP-CO-01), emitida por la Primera Sala Civil Subespecializada Comercialmente de la Corte Superior de Justicia de Lima, que señala lo siguiente:

"(...)

Décimo Cuarto: La referida causal e) regulada en el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, como se ha señalado precedentemente, establece como idea esencial que cuando se alega esta causal, el recurso debe construirse en función de una ley que establezca de modo manifiesto que alguna materia no es susceptible de arbitraje;

(...)

Décimo Quinto: En el caso en estudio, el recurso de anulación no se sustenta en una ley que de modo expreso establezca que la pretensión de enriquecimiento indebido derivado de mayores gastos generales no sea arbitrable.

La postura del recurrente se basa en una jurisprudencia contenida en el Expediente N° 126-2016 de la Segunda Sala Comercial referida a la no arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa derivado de prestaciones adicionales de obra, que es una materia distinta a la de autos, vinculada a mayores gastos generales.

También se basa en una interpretación que realiza respecto a la arbitrabilidad de las controversias en la contratación pública. A juicio de este colegiado, el esfuerzo interpretativo que se ofrece en el recurso de anulación pone de relieve la ausencia de una Ley que haya establecido de modo manifiesto que la materia que objeta el recurrente no sea arbitrable.

(...)"

- 2.16 En tal sentido, el Consorcio afirma que la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal es plenamente arbitrable.

III. CONSIDERACIONES:

- 3.1 Vista la posición de las partes, es pertinente resaltar que la materia en controversia viene referida a la competencia del Tribunal Arbitral para traer a conocimiento la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio el 2 de abril de 2019.
- 3.2 Concretamente, el cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral planteado por el Demandado se basa en un argumento de *falta de convenio arbitral* en lo tocante a la solicitud de indemnización por enriquecimiento sin causa contenida en la antedicha pretensión.
- 3.3 En postura del MINAGRI, en tanto que la pretensión del Consorcio consiste en una solicitud de indemnización bajo la figura del enriquecimiento sin causa, ello implica la ausencia de una relación contractual de base y, por tanto, la falta de un convenio arbitral que dé soporte a un arbitraje sobre esta materia.
- 3.4 Por su parte, el Demandado hace referencia al numeral 45.1 del artículo 45° del LCE, para afirmar que la prohibición de arbitrar allí contenida no alcanzaría a su pretensión alternativa, pues esta no ha versado sobre una pretensión de enriquecimiento sin causa derivada de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República.
- 3.5 Así, es de advertirse que los argumentos de defensa del Demandante giran en torno al tema de *arbitrabilidad* de la materia controvertida.
- 3.6 Ahora bien, en lo concerniente a la posición del Demandado, este Tribunal tiene presentes los términos del convenio arbitral contenido en la cláusula Décima Octava del Contrato:

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

(...)"

- 3.7 Con tenor similar, el numeral 45.1 del artículo 45° de la LCE (aprobada por Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341, normativa aplicable al caso), ha establecido lo siguiente:

"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)"

(Énfasis agregado)

- 3.8 Teniendo en perspectiva tales disposiciones, el Tribunal considera arbitrable la materia controvertida correspondiente a la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal de la demanda, por cuanto esta, según sus términos, deriva directamente de la ejecución del Contrato. Se llega a esta conclusión al advertir que el demandante reclama una contraprestación por servicios que considera provenientes del Contrato, dentro de lo que, según afirma, correspondería a un periodo ampliado de ejecución contractual. El Demandante solicita que si formalmente no se acogiera dicha ampliación, le sean en todo caso reconocidos los servicios prestados y los gastos generales en los que habría debido incurrir con ocasión de la ejecución contractual.

- 3.9 En suma, versando esta pretensión sobre una materia directamente conectada a la ejecución del Contrato, el Tribunal concluye que ella se encuentra comprendida por el convenio arbitral celebrado por las partes.

- 3.10 De igual forma, la arbitrabilidad de dicha materia no ha sido descartada por norma expresa. Se aprecia que el numeral 45.1 del artículo 45° del LCE se restringe a prohibir el inicio del arbitraje respecto de "las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República" (énfasis agregado).

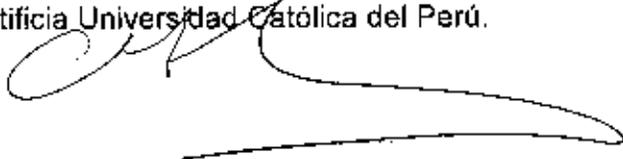
3.11 Dado que la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal no ha sido sustentada en ninguno de los escenarios descritos por la norma arriba citada, tal prohibición no será de aplicación al presente caso. En tal sentido, no encontrándose sustento jurídico para descartar del proceso la pretensión en cuestión, el Tribunal Arbitral debe confirmar su competencia sobre dicha materia y, en consecuencia, declarar infundada la excepción de incompetencia deducida por el Demandado.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral **LAUDA PARCIALMENTE** de la siguiente manera:

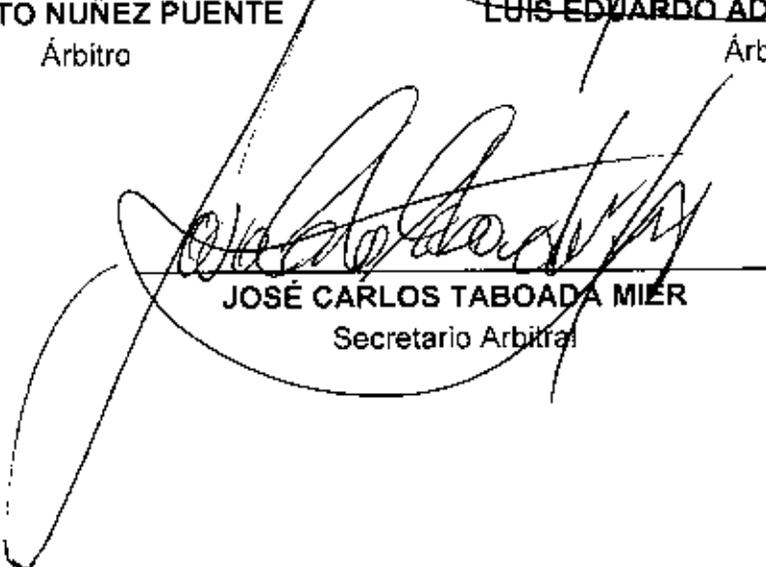
PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por el MINAGRI mediante escrito recibido el 22 de mayo de 2019.

SEGUNDO.- ORDENAR la continuación de las actuaciones arbitrales de acuerdo a lo previsto por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Presidente del Tribunal Arbitral

ERNESTO NUÑEZ PUENTE
Árbitro

LUIS EDUARDO ADRIANZEN DE LAMA
Árbitro

JOSÉ CARLOS TABOADA MIER
Secretario Arbitral