



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Exp. 757-161-15

EXP. N° 757-161-15
PROCOES Vs. TRAGSA

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: PROGRAMA NACIONAL DE SANEAMIENTO RURAL (en adelante, el demandante o el PROCOES)

DEMANDADO: EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. SUCURSAL DEL PERÚ (en adelante, el demandado o el TRAGSA)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Franz Kundmüller Caminiti (Presidente)
Luis Adrianzén de Lama (árbitro)
David Flores Ligarda (árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL: Lupe Isabel Bancayán Calderón
Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

Resolución N° 46

En Lima, a los 03 días del mes de marzo del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. El Convenio Arbitral

Se encuentra contenido en los artículos 25.2 y 25.3 del Contrato N°057-2014-PNSR/PROCOES.

Conforme a dichas cláusulas el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2012 (en adelante, el Reglamento) y en

forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

2. Constitución del Tribunal Arbitral

El 14 de setiembre de 2015, el árbitro Luis Adrianzén De Lama remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 15 de setiembre de 2015, el árbitro David Aníbal Flores Ligarda remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 10 de noviembre de 2015, el árbitro Franz Kundmüller Caminiti, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

3. Resumen de las principales actuaciones arbitrales:

- 3.1. Mediante Resolución N° 1, de fecha 4 de febrero de 2016 se corrió traslado de la demanda arbitral presentada por PROCOES.
- 3.2. Mediante Resolución 8, de fecha 3 de agosto de 2016, se corrió traslado de la Contestación de la Demanda Arbitral presentada por la parte demanda. Asimismo, se corrió traslado del escrito de excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad presentado por el demandado.
- 3.3. Mediante Resolución N° 12, de fecha 3 de octubre de 2016, se tiene por absuelto el traslado conferido respecto a las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad.
- 3.4. Mediante Resolución N°14 emitida mediante Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 17 de octubre de 2016 se determinaron los puntos controvertidos del presente arbitraje.
- 3.5. Mediante Resolución N° 22 de fecha 4 de octubre de 2017 se citó a las partes a Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación Técnica con fecha 20 de octubre de 2017.
- 3.6. Mediante Resolución N° 37 de fecha 1 de abril de 2019 se citó a la audiencia de Informe Oral de fecha 22 de abril de 2019
- 3.7. Mediante Resolución N°38 fecha 8 de abril de 2019 se cerró la etapa probatoria.
- 3.8. Mediante Resolución N° 39 de fecha 17 abril de 2019 se corrió traslado de los alegatos de fecha 15 de abril de 2019 presentados por la entidad y los alegatos de fecha 15 de abril de 2019 presentados por el demandado.

- 3.9. Mediante Resolución N°41 de fecha 25 de octubre de 2019 se fija el plazo para laudar en 30 días hábiles con posibilidad de prórroga de 30 días hábiles adicionales.
 - 3.10. Mediante Resolución N°43, de fecha 21 de noviembre de 2019 se citó a la Audiencia Especial el día 27 de noviembre de 2019 a fin de que se pronuncien sobre la situación del presidente del Tribunal Arbitral.
 - 3.11. Mediante Audiencia Especial de fecha 27 de noviembre de 2019, el Tribunal Arbitral en mayoría en acuerdo de las partes acuerda suspender el plazo para laudar por un máximo de 30 días hábiles.
 - 3.12. Mediante Resolución N°43 de fecha 20 de enero de 2020 se reinició el plazo para laudar desde el día 13 de enero de 2020 y se prorrogó el mismo en un plazo de treinta días.

4. **SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:**

- 4.1. Mediante Acta de Instalación fecha 15 de diciembre de 2015 se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 9,373.57 neto para cada uno de los árbitros
Gastos Administrativos del Centro	S/ 9,500.00 más IGV.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
 - 4.3. Sobre los pagos de la liquidación, se tienen por cancelados los honorarios del Tribunal Arbitral y la tasa del Centro mediante Resolución N°4 de fecha 21 de abril de 2016 por parte del demandante.
 - 4.4. Mediante Resolución N°5 de fecha 20 de junio de 2016, se faculta el pago en subrogación del demandado a la entidad.
 - 4.5. Mediante Resolución N° 11 de fecha 16 de agosto de 2016 se tuvo por cancelado el pago en subrogación del demandado de los árbitros de parte David Flores Ligarda y el Luis Adriánzén de Lama.
 - 4.6. Mediante Resolución N°12 de fecha 3 de octubre de 2016 se tuvo como el pago de la entidad en subrogación del demandado del árbitro Franz Kundmüller Caminiti.



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Exp. 757-161-15

- 4.7. Mediante Resolución N°15 de fecha 4 de enero de 2017 se tuvo por cancelado el pago de la tasa del Centro por la entidad en subrogación del demandado.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

Mediante Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 17 de octubre de 2016, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que el reconocimiento y pago de los gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 39 días naturales de ampliación de plazo N° 2 a favor de la Contratista, por un monto ascendente a S/ 332, 204.68 soles sin incluir IGV o intereses.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no el reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 52 días naturales de ampliación de plazo N° 3 a favor de la Contratista, por un monto ascendente a S/ 442,939.58 soles sin incluir IGV o intereses.
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar a quien corresponda la asunción de costas y costos del proceso.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

I. POSICIONES DE LAS PARTES RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

A. La posición de la Demandante:

(a) La primera pretensión de la Demandante.-

1. El Programa ha formulado su Primera Pretensión Principal en los siguientes términos:

"Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto el reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 39 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 02, por un monto



ascendente a S/. 332,204.68 (*Trescientos Treinta y Dos Mil Doscientos Cuatro con 68/100 Soles*), sin incluir IGV o intereses, que el Conciliador Decisor ordenó en su PRIMERA DECISIÓN a favor de TRAGSA."

2. En defensa de ello, ha tenido a bien señalar que el sistema de contratación del contrato objeto de la presente controversia es de **SUMA GLOBAL** y por tanto es un acuerdo por una suma fija. En ese sentido, sostiene el Programa que en esta modalidad que la 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.
3. De manera adicional, el Programa sostuvo que conforme la norma (normativa del BID), la cual gobernaría el contrato, no se estableció precisión respecto de gastos generales por ampliación de plazo, en vista de que dicha norma tiene una ratio distinta a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento los cuales, además, no se aplican al presente caso.
4. Asevera entonces el Programa que, en el numeral 10.36 de su Decisión, el Conciliador Decisor reconocería lo siguiente: "*Teniendo en cuenta que estamos ante un contrato al cual no le resultan aplicables las disposiciones del régimen de contratación pública, sino la del propio contrato*". En consecuencia de ello, el Programa considera que quedaría claro que en el presente caso no se aplica la Ley de Contrataciones del Estado, tampoco su Reglamento, y menos aún el razonamiento se pueda realizar en base a dichas normas nacionales, por ejemplo, el razonamiento que, ante toda ampliación de plazo, proceda de manera automática el reconocimiento y pago de mayores gastos generales.
5. El Programa recuerda lo dispuesto en la cláusula 44.2 del Contrato, que indica: "*Si 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. El Gerente de Obra decidirá si el Precio del Contrato deberá incrementarse y el monto del incremento, y si la Fecha Prevista de Terminación deberá prorrogarse y en qué medida*".
6. De acuerdo con el Programa, el Gerente de Obras mediante Oficio N° 33-2015 de fecha 03 de marzo de 2015 adjuntó, como sustento de la Adenda, que este último decidió que la fecha prevista de terminación de obra debe prorrogarse en 39 días calendario hasta el 17/04/2015, sin incremento de costo, la misma que ha sido definida en la Adenda N° 02 al Contrato y que fue suscrita y aceptada por ambas partes.
7. En cuanto este, siendo un contrato a Suma Global, en el cual no se modificarían las metas o alcances de las obras, al no modificarse los costos en los cronogramas de obra (Cláusula 38, numeral 38 de las CGC) y solo considerarse supuestamente las prórrogas de plazo; el Contrato no estipularía mayores costos, por lo que el Gerente

de Obras concluyó que no amerita el reconocimiento de gastos generales al contratista, señalando que la causal para la prórroga de plazo no es atribuible al Contratante tal como se indica en el mismo Oficio N° 33-2015.

8. Asimismo, cuando la Contratista suscribió la Adenda N° 02 al Contrato, señaló el Programa que se habría considerado solamente la prórroga de plazo y que no se habría considerado mayor monto. En consecuencia, según el Programa, la Contratista estaría tácitamente aceptando dichas condiciones. Pretender luego, a través de un procedimiento de Conciliación Decisoria, reclamar el pago de mayores gastos generales colisionaría, según el Programa con dos grandes principios contractuales: la Buena fe contractual, y el *pacta sunt servanda*.
9. Asimismo, la Contratista en la solicitud de prórroga de plazo no ha solicitado el reconocimiento de mayores gastos y en cambio mediante Carta N° SU-185-2015-AP/PE de fecha 19 mayo del 2015, ha presentado un cronograma sin que los precios del calendario se modifiquen, aceptando tácitamente la prórroga sin mayor costo de acuerdo a la cláusula 38, numeral 38.1 de las CGC, que indica: *"El Calendario de actividades será modificado por la Contratista para incorporar las modificaciones en el Programa o método de trabajo que haya introducido la Contratista por su propia cuenta. Los precios del calendario de actividades no sufrirán modificación alguna cuando la Contratista introduzca tales cambios"*.
10. Para el Programa es importante resaltar que en los meses a los que cita la Contratista como aquellos en los que ha sido afectado, esta habría venido ejecutando y presentando su valorización mensual, la que ha sido aprobada por el gerente de obra y no objetada por la Contratista y, en consecuencia, se ha venido pagando la valorización mensual con un avance promedio, demostrando supuestamente que las obras no han estado paralizadas. Presuntamente, el reconocer un mayor pago sería una duplicidad en el pago y en perjuicio de el Programa. En este sentido, estos mayores pagos constituirían, en cuanto se ha procurado acreditar que, con las valorizaciones mensuales pagadas a la Contratista, ello indicaría que la Contratista nunca paralizó sus trabajos por los "supuestos" eventos compensables que alegó para solicitar su ampliación de plazo.

(b) La Segunda Pretensión Principal de la Demandante.-

"Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto el reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 52 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 03, por un monto ascendente a S/. 442,939.58 (Cuatrocientos Cuarenta y Dos Un Mil Novecientos Treinta y Nueve con 58/100 Nuevos Soles), sin incluir IGV o intereses, que el Conciliador Decisor ordenó en su SEGUNDA DECISIÓN a favor de TRAGSA".



11. El Programa ha señalado que el Gerente de Obras mediante Oficio N° 58-2015 de fecha, 23 de marzo de 2015 (sustento de la Adenda N° 03 al Contrato) señaló que la fecha prevista de terminación de obra debería prorrogarse en 52 días calendario hasta el 08 de junio del 2015, sin incremento de costo, la misma que habría sido suscrita y aceptada por ambas partes.
12. Asimismo, ha tenido a bien mencionar resaltar que al igual que en su pretensión anterior, en los meses en los cuales la Contratista manifiesta que habría sido supuestamente afectado, ha venido ejecutando y presentando su valorización mensual, la que habría sido aprobada por el Gerente de Obra y no habría sido objetada por la Contratista y, en consecuencia, se ha venido pagando la valorización mensual con un avance promedio/ demostrando que las obras no han estado paralizadas, el reconocer un mayor pago sería una duplicidad en el pago y en perjuicio del Programa
13. El Programa asevera que resulta pertinente advertir que durante el periodo de ejecución de la obra (180 días, según lo dispuesto en la cláusula CGC 1.1. (r) de las Condiciones Especiales del Contrato), la Contratista habría venido registrando un avance de obra muy parejo (entre 3% a 8% mensual, siendo en promedio mensual de 5.3% de avance hasta el 15 de junio de 2015); el mismo que no les permitiría poder culminar las obras dentro de los plazos establecidos; asimismo, de acuerdo al Acta de Negociación entre las partes, se amplió el plazo de ejecución de 4 a 6 meses por la temporalidad de la lluvias, no incrementándose mayores costos por este concepto. Más al contrario, la Contratista no habría planificado adecuadamente la ejecución de las obras, habiendo iniciado las obras después de un mes de fijado el plazo contractual, por la demora en la contracción de subcontratista y cambio de residentes. Dicho retraso en la ejecución de las obras, desde el inicio hasta el 15 de junio se podría visualizar al analizar el Cuadro de la Curva S, que el Programa habría presentado.
14. Por tales consideraciones, el Programa solicita al Tribunal Arbitral que se declare fundada su Segunda Pretensión Principal y que, en consecuencia, se deje sin efecto el reconocimiento y pago de gastos generales variables diarios correspondientes al plazo de 52 días naturales de la Ampliación de Plazo N° 03, por un monto ascendente a S/. 442,939.58 (Cuatrocientos Cuarenta y Dos Un Mil Novecientos Treinta y Nueve con 58/100 Nuevos Soles), sin incluir IGV o intereses, que el Conciliador Decisor ordenó en su Segunda Decisión, que fuera favorable a TRAGSA

(c) La Tercera Pretensión Principal de la Demandante.-

"Que el Tribunal Arbitral ordene a TRAGGA el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral a cargo del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y los honorarios del Tribunal Arbitral."

15. Al respecto, el Programa indica que la Contratista debería asumir los costos y costas que se generen del presente proceso arbitral, dado que este se inició por un reclamo sin fundamentos, ni sustento técnico realizado por TRAGSA, ocasionándole a aquél un grave perjuicio económico, por lo que los gastos arbitrales deberán ser pagados en su totalidad por la demandante; de conformidad a lo establecido en el artículo 73º de la Ley de Arbitraje.

B. La posición de la Demandada

16. Para la Contratista, la materia controvertida en el presente arbitraje no radica ni en la existencia de los Eventos Compensables que dieron origen a las ampliaciones de plazo N° 2 y N° 3 ni en el cumplimiento –por su parte– de dar advertencia anticipada sobre ellos, dado que estos dos hechos han sido reconocidos por el propio Programa, cuando este suscribió las Adendas N° 2 y N° 3 del Contrato, por 38 días calendario y por 58 días calendario, respectivamente, tal como se verifica en las primeras cláusulas adicionales de la respectiva Adenda.
17. De acuerdo con lo sostenido por la Contratista, la materia controvertida en el presente arbitraje sería más bien el reconocimiento de gastos generales variables puesto que, a pesar de que concurrían los elementos requeridos por el Contrato para que se nos reconozcan los gastos generales asociados a las ampliaciones de plazo arriba mencionadas, el Programa no cumplió con hacerlo.
18. En consecuencia, la Contratista indica que se inició un proceso conciliatorio en el cual se nos dio la razón, reconociéndonos los montos de S/ 136,734.60 Soles por gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 2 y de S/ 187,110.50 Soles por gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 3; sería este el que ha sido controvertido por el Programa en este proceso.

(i) Marco conceptual y normativo respecto de los mayores gastos generales en el Contrato

19. Para la Contratista, cabe resaltar que los gastos generales son una modalidad de costos indirectos, los cuales –citándose a SALINAS SEMINARIO¹– serían todos aquellos costos que no pueden aplicarse a una partida específica, sino que tendrían incidencia sobre todo el costo de la obra respectiva.
20. Este concepto, según la Contratista, ha sido recogido en los expedientes técnicos de las obras objeto del presente Contrato, los mismos que contemplan el pago de gastos generales dentro de la estructura de costos para el plazo de ejecución original.

¹ Salinas Seminario, Miguel. "Costos y presupuestos de obra". Lima: Fondo Editorial ICG, 2004, pp. 35.



21. Además, la Contratista sostiene que su reconocimiento se constata en las cláusulas del Contrato –cláusulas 44.2 y 44.3 de las CGC–, dado que se hace referencia al “*incremento de precio*” producto del impacto que tiene un Evento Compensable en el costo de la obra o servicio.
22. Para la Contratista, resulta de interés asimismo el Pliego de Aclaraciones a los Documentos de Licitación, en el cual se puede leer lo siguiente en su respuesta a la Interrogante N° 2 de la Aclaración N° 4:

“ACLARACIÓN N° 14”

En los datos de licitación IAO 1.22 se indica un plazo estimado de duración de los trabajos de 180 días y que dicho plazo están previstas las condiciones climatológicas del lugar. Sobre este punto se plantean varias cuestiones.

[...]

2. Como se va a gestionar las paradas por causas ajenas al contratista, como pueden ser causas meteorológicas u otras. ¿Penalizaciones?, ¿bonificación de gastos generales?

[...]

RESPUESTA 14:

[...]

2. Las paralizaciones de obra por causales no imputables al contratista se analizarán en su momento y por cada localidad. El plazo estimado en las obras es de 120 días calendario; sin embargo se ha consignado 180 días para que la Contratista realice una planificación integral considerando las condiciones climáticas de la zona [subrayado agregado]”.



23. Para la Contratista, resulta pertinente observar que, a la pregunta de si es que se reconocería gastos generales como consecuencia de fenómenos no imputables al contratista que afecten la ejecución de la obra, el Programa no respondió señalando que el contrato a ser suscrito no contemplaba si quiera la posibilidad de que se incrementara el precio del contrato a través del reconocimiento de mayores gastos generales. La Contratista resalta que el Programa se limitó a señalar que las paralizaciones causadas por eventos no imputables al contratista se analizarían en su momento y por cada localidad.
24. Para la Contratista, es importante recordar un dato adicional: el Contrato celebrado entre el Programa y el Gerente de Obras ("Contrato de Gerencia de Obras") prevé expresamente que este último puede incrementar el precio del Contrato como consecuencia del reconocimiento de una ampliación de plazo (Evento Compensable).
25. Efectivamente, señala la Contratista, en el numeral 5.2.4 del referido Contrato de Gerencia de Obras, se regula el denominado "*Control del Costo de Ejecución de Obra*", el cual sería definido como el conjunto de actividades dirigidas a verificar que los pagos efectuados a la Contratista por la ejecución de las obras y Eventos Compensables se ajusten a las disposiciones del Contrato.
26. Así, sostiene la Contratista, 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 los efectos que puedan tener las ampliaciones de plazo sobre el precio del Contrato, esto es, el reconocimiento de mayores gastos generales.
27. Conviene indicarse, para la Contratista, que el Contrato de Gerencia de Obras en su sección "*Informes a presentar por el Supervisor*", numeral 3.5, establece lo siguiente:

"Acciones de control del costo de ejecución de obra: precio original del Contrato de ejecución de obra; incrementos aprobados sobre el precio original por variaciones de obra, eventos compensables reconocidos y otros, liquidaciones mensuales pagadas, deducciones por defectos no corregidos, liquidación y precio final del Contrato, estado de valorizaciones del Contrato principal, estado de los adelantos otorgados al contratista y otros [subrayado agregado]".

28. Esto último demuestra categóricamente, así sostiene la Contratista, que el Contrato admite el reconocimiento de mayores gastos generales, toda vez que se reconoce



un incremento derivado del impacto que pueda tener un Evento Compensable en el precio del Contrato. De acuerdo con ello, la Contratista mantiene que no se trataría más que de una forma indirecta de hacer referencia a los mayores gastos generales asociados a una ampliación de plazo (prórroga de la Fecha de Terminación Prevista del Contrato), que estaría reconocida en virtud de la existencia de un Evento Compensable.

29. Por otro lado, encuentra la Contratista que es necesario precisar adicionalmente 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/WFS-12127-PE y el Documento GN-23497 – Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, el Convenio de Financiamiento y las Políticas del BID, respectivamente) si habilitarían el reconocimiento de un incremento al precio del Contrato en general o siendo que vaya asociado específicamente a una prórroga del plazo de ejecución de las obras.
30. Primero, ha sostenido la Contratista que el Convenio de Financiamiento prevería 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 podría cubrir precisamente los costos indirectos que constituyen los mayores gastos generales derivados de una ampliación del plazo de ejecución de las obras:

ARTICULO 6.04. Recursos adicionales. (a) El Beneficiario deberá aportar oportunamente todos los recursos adicionales a los de la Contribución que se necesiten para la completa e ininterrumpida ejecución del Proyecto, cuyo monto estimado se señala en las Estipulaciones Especiales. Si durante el proceso de desembolso de la Contribución se produjere un alza del costo estimado del Proyecto, el Banco podrá requerir la modificación del calendario de inversiones referido en el inciso (c) del Artículo 3.01 de estas Normas Generales, para que el Beneficiario haga frente a dicha alza.

31. De acuerdo a lo manifestado por la Contratista, la referida previsión la ratificaría 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 [subrayado agregado].

32. Ahora bien, ha indicado la Contratista que este presupuesto se desarrolla en todos sus posibles alcances a través de lo previsto en el numeral 4 del Apéndice 3 ("Guía para los Oferentes") de las Políticas del BID, de la siguiente manera:

"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 agregado]".

33. En efecto, las Políticas del BID han establecido una serie de documentos que no solo sirven de modelos y guías para la elaboración de las bases de licitación respectivas, sino que también sirven de parámetro interpretativo de las bases finalmente publicadas, así como de las Condiciones Generales incorporadas a los contratos finalmente suscritos.

- (ii) Sobre el sistema de suma global como supuesto impedimento para el reconocimiento de mayores gastos generales

34. El Programa sostiene el argumento de que el Contrato se ha suscrito bajo el sistema de suma global o a suma alzada, por lo que no admite incremento de precio. Sin perjuicio de ello, para la Contratista, dicha afirmación no resiste un análisis detallado del Contrato porque existen numerosas cláusulas en él que prueban, de acuerdo a aquella, que no es cierto que el monto contractual deba mantenerse inmutable porque el Contrato se haya pactado a suma global.

35. En este modelo, sostiene la Contratista, abundan supuestos en los que el precio del Contrato se puede modificar como consecuencia de una prórroga en el plazo de ejecución de las obras, es decir, en el reconocimiento de mayores gastos generales asociados al otorgamiento de una ampliación de plazo. Esto se hace en los siguientes términos:

"[La Contratista] tendrá derecho a lo siguiente:



- (a) Una prórroga del plazo por el tiempo de la demora, si la terminación de las obras se ha retrasado o se anticipa que se retrasará, en virtud de lo Subcláusula 8.4 [Prórroga de Plazo de Terminación], y;
- (b) El pago de dicho Costo más utilidades, que se incluirá en el Precio del Contrato".
36. Asimismo, de acuerdo a lo explicado en el numeral 10.28 de la decisión conciliatoria impugnada, existirían numerosas cláusulas del Contrato que darían prueba de que no es cierto que el monto contractual deba mantenerse inmutable porque el Contrato se haya pactado a suma global. En esa línea, el Conciliador cita –entre otros– los siguientes ejemplos:
37. En las CGC, en la cláusula 1 ("Definiciones"), se hace referencia al Precio del Contrato de la siguiente manera: "[...] precio establecido en la Carta de Aceptación y subsecuentemente, según sea ajustado de conformidad con las disposiciones del Contrato".
38. De la definición de "Precio Inicial del Contrato" (cláusula 1, "Definiciones", literal q), se infiere que este concepto es distinto de un potencial Precio Final.
39. La cláusula 29 de las CGC prevé que cuando el Programa requiere la aceleración del plazo de ejecución de la obra, abonará el mayor costo (una vez aceptada la nueva propuesta de precios de la Contratista).
40. La cláusula 32.1 de las CGC establece que la Contratista debe efectuar una evaluación de los mayores costos potenciales para el Contrato que podrían generarse como consecuencia de los eventos compensables.
41. La cláusula 40.1 de las CGC prevé la obligación de la Contratista de presentar una cotización (presupuesto) respecto a una variación de obra, cuando así sea solicitado por el Gerente de Obras.
42. La cláusula 40.2 de las CGC se refiere al supuesto en que es el propio Gerente de Obras quien determina una modificación del precio del Contrato, asociada a la disposición de una variación de obra.
43. La cláusula 43.2 de las CGC hace referencia al aumento del precio certificado, por decisión de conciliador o árbitro.
44. Finalmente, la cláusula 44.2 de las CGC señala 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 [...]".
45. En el sentido de lo expuesto, la Contratista sostiene que, en el mismo sentido que habría manifestado en el transcurso de las actuaciones, los diversos documentos

que integran el Contrato preverían efectivamente la posibilidad de variar el precio del contrato. Esto sucedería concretamente porque el sistema a suma alzada o global tendría como premisa la certeza de las calidades y magnitudes a ser desarrolladas, de manera que un quebrantamiento de esa premisa provoca una revisión del precio, tal como demuestran los ejemplos previamente citados.

(iii) Sobre el cálculo de los mayores gastos generales variables

46. La Contratista ha sostenido que el cálculo de los gastos generales derivados de ampliaciones de plazo se realizó a partir de la siguiente fórmula: Gasto General Diario (el cual se obtiene de dividir el monto de los Gastos Generales establecidos en el presupuesto, entre el plazo de ejecución de obra original), por el número de días de cada Ampliación de Plazo:

Gasto General Diario x Número de días de afectación

47. Ahora bien, mantiene la Contratista, los gastos generales de las obras fueron previstos en el resumen del Presupuesto de Obra, en el cual el Programa precisó los porcentajes correspondientes a los Costos Directos de la Obra y los correspondientes a los Gastos Generales, Utilidades e Impuestos.
48. Al respecto, la Contratista se refiere a MORGAN², autor que indica que – tradicionalmente³ – la aproximación universal para medir los costos involucrados en una ampliación de plazo (es decir, los mayores gastos generales derivados de éste) sería aquella que se basa en una estimación realizada a partir de los presupuestos de la obra.
49. Por otro lado, la Contratista cita al Ingeniero CHARLTON⁴, el cual explica que los costos derivados de la demora del contrato (como son los mayores gastos generales) serían una forma de pérdida en la productividad de la Contratista, la cual debe ser compensada.

² Morgan, Chris. En: "Prolongation Claims in Construction Contracts – Cost or Value?" Hong Kong: The Society of Construction Law Hong Kong, 2004. Véase: <http://www.scl.org.hk/file/paper/SCLHK028.pdf>

³ En efecto, este método puede rastrearse hasta el modelo contractual del Joint Contract Tribunal de 1963, organización constituida por el Royal Institute of British Architects (RIBA) y la National Federation of Building Trades Employers (NFBTE) en 1930. Remarca CHARLTON que la mayoría del *case law* inglés relativo al Derecho de la Construcción ha evolucionado a partir del referido modelo. Charlton, Michael C. Ibidem. Ver: <https://www.jctltd.co.uk/>

⁴ Charlton, Michael C. Ibidem.

50. A modo de ejemplo, la fórmula Hudson⁵ cuantifica los mayores gastos generales a partir de los presupuestos del contrato y el número de días de la demora del mismo, de la siguiente manera:

$$\frac{\text{Head Office \%}}{100} \times \frac{\text{Contract Sum}}{\text{Contract Period}} \times \frac{\text{Period of Delay}}{}$$

51. La Contratista sostiene que esta fórmula apuntaría a determinar, por un lado, el menoscabo ocasionado por una demora en función a los costos administrativos en que incurre la Contratista por la ejecución del contrato, los cuales se incrementarán con una ampliación de plazo⁶ y, por otro lado, la pérdida de ingresos que se originan durante aquel tiempo, la cual no suele poder estimarse con elevada precisión.
52. De esta manera, mantiene la Contratista que el cálculo determinado por la fórmula Hudson –así como por todas aquellas que determinen gastos generales a partir de los Bill of Quantities– obedecería no solo a un criterio de eficiencia práctica, sino que buscaría evitar que los contratistas asuman un inevitable estado de pérdida económica cada vez que una ampliación de plazo es otorgada.
53. De esta manera, la Contratista argumenta que se acreditaría que el procedimiento de cálculo seguido por ella siempre ha sido transparente al partir, por un lado, del número de días de la ampliación de plazo respectiva y, por el otro, del valor del Gasto General Diario, el cual se obtiene en base a información elaborada por el propio Programa e incorporada a uno de los elementos del Contrato suscrito por ambas partes (Presupuesto de la Obra).
54. En consecuencia, la Contratista sostiene que el cálculo que ha sustentado en el presente caso obedece a una forma legítima de determinar los mayores gastos generales, la cual se insertaría en los estándares internacionales del Derecho de la Construcción, producto de su práctica reiterada y, en ese sentido, garantizaría un eficiente resarcimiento de la afectación ocasionada al Contratista.

II. POSICIONES DE LAS PARTES RESPECTO DE LOS CUESTIONAMIENTOS DE FORMA A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Sobre las excepciones deducidas por la Demandada

⁵ Construction Template Store. 2017 "Hudson Formula and Extention of Time Claims". Véase: <http://www.online-templatestore.com/hudson.html#.WgeHI7bSFQM>

⁶ Como se recuerda, de conformidad al artículo 2º del Decreto Supremo N° 011-79-VC, los gastos generales son aquellos que debe efectuar la 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.

(a) Sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar

55. La Contratista ha deducido una excepción de falta de legitimidad para obrar activa respecto del Programa para formular las pretensiones objeto de su escrito de demanda, en la medida que considera que su contraparte no habría cumplido con los requisitos legitimadores establecidos en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato y los artículos 13 y 14 del Reglamento de Arbitraje PUCP para el inicio válido y eficaz de un arbitraje en el presente caso; razón por la cual sostiene que la petición de arbitraje que inició el presente proceso debió ser archivada y la decisión conciliatoria expedida bajo el Expediente N° 700-104-15 debería ser declarada definitiva y obligatoria.
56. A tal efecto, la Contratista mantiene que la legitimidad para obrar habría sido delimitada voluntariamente por las partes, de manera que la Demandante solo estaría legitimada si su petición de arbitraje fuese presentada válida y eficazmente dentro del plazo de veintiocho (28) días calendario posteriores a la notificación de la decisión conciliatoria que cuestionaría en el arbitraje, cumpliéndose para ello con los requisitos establecidos estrictamente por el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje PUCP; en el cual se precisaría que si la petición hubiera omitido alguno(s), esto(s) deberá(n) ser subsanado(s) dentro de un plazo de tres (3) días hábiles pues, de lo contrario, la petición será archivada.
57. A este respecto, la Contratista considera pertinente recordar que, en general, la legitimidad para obrar es definida, citando a Hernando DEVIS ECHANDÍA⁷, de la siguiente manera:

"En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante".

58. En esa línea, defiende la Contratista, refiriéndose para ello a Juan MONTERO AROCA⁸, que la legitimación vendría "determinada por la afirmación de un derecho subjetivo y de una obligación". Sin embargo, precisó este último autor dicha conclusión explicando que existirían casos en que la legitimación viene restringida por un supuesto de hecho concreto que debe ser satisfecho para que una persona se encuentre legitimada:

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p. 297.

⁸ MONTERO AROCA, Juan. "La Legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". En: Ius et praxis N° 24. pp. 15 y 16.



"[...] si la legitimación ordinaria viene referida en la mayoría de los casos a la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo privado y a la imputación de una obligación, no siempre es así. Existen situaciones jurídicas respecto de las que no pueden hacerse afirmaciones de titularidad de derechos subjetivos y de obligaciones simplemente porque éstos no existen; y, respecto de las cuales, es la ley directamente la que dice qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada [subrayado agregado]."

59. En el presente caso, la Contratista argumenta que esa posición habría estado determinada en cuanto la petición de arbitraje estuviese presentada dentro del plazo de 28 días calendario previsto en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato; es decir, como defiende la Contratista, que esta petición de arbitraje fuese presentada cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje PUCP, al que ambas partes se habrían sometido expresamente de común acuerdo; y que en el caso que la petición hubiera omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 13 del referido reglamento, la parte que la hubiera presentado subsane el incumplimiento dentro de un plazo de 3 o, de lo contrario, la petición se archivaría, de conformidad a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje del Centro, sostuvo la Contratista.
60. La Contratista argumenta que, para ella, es claro que el Programa no habría satisfecho el supuesto de hecho que exigía el marco contractual y reglamentario aplicable para formular pretensiones en el presente proceso arbitral porque, en los hechos, recién habría presentado una petición de arbitraje válida y eficaz a los 43 días de que fue notificada con la decisión del conciliador respectivo, cuando el Contrato exigiría que se haga en 28 días calendario, en adición a lo cual contaba solo con 3 días hábiles para únicamente subsanar cualquier omisión de alguno de los requisitos que una petición de arbitraje válida y eficaz debía tener en el presente caso; habiendo sido, supuestamente, estos plazos legitimadores abiertamente incumplidos por el Programa en el presente caso.
61. Para la Contratista valía la pena precisar que si se hubiera aplicado estrictamente lo pactado por las partes al someterse al Reglamento de Arbitraje PUCP, y concretamente su artículo 14, la petición de arbitraje que inició el presente proceso arbitral habría sido archivada, como correspondía de acuerdo a la Contratista; y, en vista de que el Programa se encontraría, sostuvo, para ese entonces largamente fuera del plazo de 28 días calendario que prevé el Contrato para el inicio de un arbitraje luego de la notificación de una decisión conciliatoria, esta última se reputaría, como corresponde, definitiva y obligatoria. Esto demostraría que, dado el régimen contractual y reglamentario aplicable al presente caso, la pérdida de legitimidad para obrar activa en que ha incurrido el Programa es irreparable. De manera que, la decisión conciliatoria expedida bajo el Expediente N° 700-104-15 deberá ser declarada definitiva y obligatoria, de conformidad con lo defendido por la Contratista.

62. En este sentido, la Contratista ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare fundada su excepción de falta de legitimidad para obrar activa del Programa, con respecto a las pretensiones formuladas en su escrito de demanda.
- (b) **Sobre la excepción de caducidad.-**
63. La Contratista ha deducido una excepción de caducidad respecto a las pretensiones formuladas por el Programa en su escrito de demanda, en la medida que considera que su contraparte habría iniciado el presente arbitraje transgrediendo los plazos de caducidad previstos en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato y el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje PUCP, acordados libremente por ambas partes, en función a lo cual la petición de arbitraje que inició el presente proceso, supuestamente, debió ser archivada y la decisión conciliatoria expedida bajo el Expediente N° 700-104-15 debería ser declarada definitiva y obligatoria.
64. En efecto, la Contratista ha argumentado que las partes pactaron el establecimiento de un plazo de caducidad para el inicio de un arbitraje, en la medida que este solo podría ser iniciado dentro de un plazo de 28 días calendario desde que se les hubiera sido notificada la decisión conciliatoria que buscarían cuestionar en esta otra vía, porque de lo contrario la referida decisión sería reputada como definitiva y obligatoria.
65. Este pacto de un plazo de caducidad se complementaría, en perspectiva de la Contratista, con el sometimiento al Reglamento de Arbitraje del Centro, el cual en su artículo 14 establece que si la petición de arbitraje que se presentara dentro de los referidos veintiocho días hubiera incumplido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 13 de este reglamento, la parte incumplidora tendría tres días hábiles para subsanar la omisión; estableciéndose expresamente que la consecuencia de no respetar este otro plazo sería el archivamiento de la petición de arbitraje; y, con ello, que la decisión conciliatoria sería considerada definitiva y obligatoria si es que, declarado el archivamiento, el vencimiento de los veintiocho días calendarios no permitiera volver a presentar una petición de arbitraje válida y eficaz (es decir, que sí satisficiera los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje PUCP).
66. La Contratista sostiene, a estos efectos, que los plazos de caducidad pueden ser establecidos por una ley, en la línea de lo que establecería el artículo 2004º del Código Civil⁹, o podrían ser fijados por las partes, como sostiene la Demandada que ha ocurrido en el presente caso. En palabras de Fernando VIDAL RAMÍREZ¹⁰:

CÓDIGO CIVIL: "Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario."

⁹V.V.AA. Código Civil Comentado. Tomo X. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 259.



"Si el plazo se origina 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".

67. De esta manera, la Contratista defiende la posición de que la única diferencia entre el plazo de caducidad convencional del plazo de caducidad legal es que, tal como explica el mismo autor al que cita, el profesor VIDAL RAMÍREZ¹¹, "[...] el plazo voluntario, salvo pacto en contrario, opera ex nunc, es decir, sin efecto retroactivo, y solo para el futuro el derecho deja recién de existir"; mientras que el plazo legal "[...] opera necesariamente ex tunc, es decir, con efecto retroactivo para extinguir el derecho como si nunca hubiera existido".
68. Abundando en esta posición que mantiene la Contratista, esta última refiere la postura del profesor Marcial RUBIO CORREA, la cual coincidiría con el otro autor, en el sentido de sostener que "[...] la fijación de plazos convencionales de caducidad en relación a derechos accionables fijados por las partes es perfectamente legítima y va de acuerdo a las disposiciones legales sobre actos jurídicos y contratos en lo referente a la autonomía de la voluntad frente a las leyes [subrayado agregado]."¹²
69. Agrega la Contratista que, para sustentar esta afirmación, el referido autor explica lo siguiente:

"[A] diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravengan uno que haya sido establecido por la ley. Hay que notar, en este sentido, que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004 referido a la caducidad, y el 2000, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. En este se dice: 'Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción'. El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley, como oportunamente hicimos notar. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo; simplemente se limita a decir que los plazos fijados por ley no pueden ser modificados [subrayado agregado]."¹³

¹¹ Op. Cit. Loc. Cit

¹² RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987. pp. 38-39.

¹³ RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad: La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil Volumen VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 73.

70. En este sentido, la Contratista ha sustentado que existe consenso en el sentido de que las partes pueden válidamente establecer un plazo de caducidad convencionalmente, pudiendo este manifestarse tanto a través de una estipulación expresa contenida en un contrato suscrito por ambas partes como a través del sometimiento consensuado a un documento tal como el Reglamento de Arbitraje de la PUCP.
71. Por otro lado, para la Contratista no cabe duda cuál es la consecuencia jurídica que ambas partes habrían buscado supuestamente configurar si tanto el plazo previsto en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato como el previsto en el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje PUCP fueron transgredidos por alguna de estas al presentar su petición de arbitraje.
72. La Contratista asevera que, por un lado, el primero de estos señala expresamente que, de no cumplirse con el plazo de veintiocho días calendario, la decisión conciliatoria que se pretendería cuestionar en el arbitraje debería reputarse definitiva y obligatoria. Por otro lado, el segundo establecería expresamente que, de no subsanarse las omisiones identificadas por el Centro en la petición de arbitraje dentro de un plazo de tres días hábiles, esta última deberá ser archivada. Es así que, como consecuencia de la transgresión de ambos plazos, la decisión conciliatoria emitida bajo el Expediente N° 700-104-15 habría quedado firme y, por tanto, debería ser declarada definitiva y obligatoria.
73. En este sentido, la Contratista solicitó que se declare fundada la excepción de caducidad que dedujo en relación a las pretensiones formuladas por el Programa en su escrito de demanda.

B. Las defensas sostenidas por la Demandante

(a) Sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar.-

74. La Contratista ha calificado los documentos establecidos en el artículo 13° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, Reglamento de Arbitraje del Centro) como "requisitos legitimadores"; sin embargo, de acuerdo a la parte demandante, no se ha sustentado de acuerdo a derecho en los fundamentos que sustentan que los requisitos del glosado Artículo 13° determinan la falta de legitimidad para obrar.
75. De acuerdo al Programa, la Contratista estaría afirmando que la legitimidad para obrar ha sido delimitada voluntariamente por las partes, lo cual se distanciaría presuntamente de la noción ampliamente aceptada de legitimidad para obrar, la misma que consiste en la relación lógico-jurídica que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte en la relación jurídica material deben conservar tal calidad en la misma posición, en la relación jurídica



procesal; razón por la cual, alega el Programa, este posee la legitimidad para obrar sobre la presente controversia.

76. Aún más, añade el Programa, la legitimidad para obrar se encontraría determinada por la relación sustancial del Contrato N° 057-2014-PNSR/PROCOES, pero también por la cláusula de solución de controversias del numeral 25 de las Condiciones Generales del Contrato, la cual otorga legitimidad al Programa para someter la presente controversia a la jurisdicción arbitral e iniciar el procedimiento de arbitraje institucional, conforme al Reglamento de Arbitraje del Centro.
77. Al respecto, el Programa recuerda que en la mencionada cláusula de solución de controversias del Contrato N° 057-2014-PNSR/PROCOES las partes acordaron someter las controversias derivadas de dicho contrato a los mecanismos de solución de controversias de la conciliación decisoria y al arbitraje institucional; razón por la cual, si la Contratista promovió la conciliación decisoria contra el Programa, mantiene que entonces debería entenderse que este último posee la legitimidad para obrar en la vía arbitral.

(b) Sobre la excepción de caducidad.-

78. La Contratista ha deducido una excepción de caducidad sobre el supuesto que los plazos establecidos por las partes en el Contrato N° 057-2014-PNSR/PROCOES son de caducidad; sin embargo, el Programa sostiene que la noción 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 con lo estipulado en el numeral 3.1 de las Cláusulas Especiales del Contrato.
79. Al respecto, recuerda el Programa que el artículo 2004° del Código Civil establece que "*los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario*", debiendo entenderse según la Demandante que los plazos de caducidad se fijan por ley, no siendo posible acuerdo en contrario, lo cual implica que nos encontramos ante una norma de orden público del Código Civil.
80. En tal sentido, se mantiene que los plazos establecidos por el Contrato N° 057-2014-PNSR/PROCOES no podrían ser considerados de caducidad, sino como meros plazos contractuales que solo producirían efectos entre las partes, situación distinta de los plazos de caducidad, los que responderían a criterios de orden público.
81. Por lo tanto, los plazos establecidos en el numeral 25.2 de las Condiciones Generales del Contrato no podrían ser considerados como plazos de caducidad de acuerdo con el derecho común, y por ello no pueden producir los efectos señalados en el artículo 2003° del Código Civil, es decir, que el transcurso del plazo de "la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

82. Aún más, cabe precisar que el 15 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, en la cual la Contratista no habría señalado ningún cuestionamiento a la admisión de la Solicitud de Arbitraje de fecha 30.07.2015, ni cuestionó los plazos observados por el Centro de Arbitraje PUCP para la admisión de la Solicitud de Arbitraje; con lo cual, se habría aceptado el correcto inicio del procedimiento arbitral.
83. Por el contrario, TRAGSA equivocadamente ha formulado las excepciones por falta de legitimidad para obrar y caducidad contra la admisibilidad de la Demanda Arbitral 14 de octubre de 2016, la misma que fue admitida con la Resolución N° 1 de fecha 1 de febrero de 2016; sin embargo, no cuestionó la admisibilidad de la Solicitud de Arbitraje desde que el Tribunal Arbitral quedó instalado con fecha 15 de diciembre de 2015, conforme con el artículo 14° *in fine* del Reglamento del Arbitraje del Centro.
84. En el numeral 25.3 de las Condiciones Especiales del Contrato ambas partes habrían aceptado someter las controversias a la jurisdicción arbitral bajo las reglas de arbitraje establecidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro, con lo cual, las partes aceptaron someterse a la administración y organización del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, Centro de Arbitraje PUCP), bajo las prácticas propias de la referida institución arbitral.
85. En consecuencia, el plazo de veintiocho días calendario para iniciar el procedimiento arbitral, el mismo que se encuentra establecido en el numeral 25 de las Condiciones Generales del Contrato N° 057-2014-PNSR/PROCOES, debe ser considerado un plazo contractual que habría sido cumplido y agotado por el Programa, con la presentación de la Solicitud de Arbitraje 30 de julio 2015.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

CONSIDERANDO

1. Que, como se sabe, una de las instituciones arbitrales más importantes, junto al principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral,¹⁴ es el principio de «competencia de la competencia» (*kompetenz-kompetenz*).
2. Que esta expresión, según Roque Caivano,¹⁵ se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto.

¹⁴ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, segunda edición, pp. 159 y 160.

¹⁵ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Op. cit., pp. 159 y 160.



3. Que, por ello, el inciso 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece que «el tribunal arbitral es el único competente para decidir 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 y la negrita son nuestros).

4. 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, como bien señala Mantilla Serrano,¹⁶ 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.

5. Que, a través de las excepciones 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 el convenio arbitral o con la normativa legal respectiva.

6. Que, en el presente caso, como se desprende de la reseña de la posición de las partes, TRAGSA ha empleado los mismos argumentos para fundamentar las dos (2) excepciones deducidas.

7. Que, en efecto, TRAGSA señala que ni el PROCOES ni el Centro de Arbitraje respetaron los plazos establecidos en la Cláusula 25.2 de las Condiciones

¹⁶ MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 138.

Generales del Contrato (en adelante, CGC), en la Cláusula 25.3. 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).

EXCEPCIÓN DE LEGITIMIDAD ACTIVA PARA OBRAR

8. Que, ahora bien, la legitimidad para obrar es la idoneidad de la persona para actuar en el proceso realizando actos eficaces, en función a la posición que tiene dicha persona en la relación sustancial o en el acto sobre el que versa la controversia. Así pues, no se determina en función de la afirmación o de la efectiva existencia del derecho material discutido y su obligación correlativa, toda vez que incluso podrían no existir derecho u obligación, en cuyo caso se producirá una sentencia sobre el fondo, declarando infundada la pretensión.¹⁷
9. Que, en ese sentido, la legitimidad para obrar es la posición habilitante para ser parte en el proceso. Así, se habla de legitimidad para obrar activa para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandante para poder plantear determinada pretensión; y se habla de legitimidad para obrar pasiva para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandado para que la pretensión planteada en el proceso pueda plantearse válidamente contra él.
10. Que, según Gozaini,¹⁸ la excepción de falta de legitimidad para obrar puede prosperar en las siguientes circunstancias: (i) el actor o demandado no es el titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión con prescindencia de la fundabilidad de ésta; y (ii) mediando la hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por o frente a todos los legitimados.
11. Que, en ese sentido, si faltaran estas correspondencias (que el actor no sea el acreedor en la relación material o que el demandado no sea el deudor en la relación sustantiva), diremos que no hay legitimidad para obrar activa o pasiva según el caso. Debemos indicar que la demanda debe declararse improcedente si quien la interpuso carece de *legitimatio ad causam*, es decir, que careciera de la titularidad de la pretensión procesal propuesta; o si quien ha sido emplazado con

¹⁷ PALACIOS PAREJA, Enrique. *Código Procesal Civil*. Lima: Editorial Adrus S.R.L., 2012, tomo III, p. 125.

¹⁸ Citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo II, p. 460.



la demanda no tiene también la *legitimatio ad causam*, es decir, que carece de la titularidad de ser el obligado a cumplir con la prestación.¹⁹

12. Que, en el presente proceso, TRAGSA no ha acreditado que el PROCOES carezca de legitimidad.
13. Que, en efecto, más allá de los cuestionamientos en torno al supuesto no cumplimiento por parte de PROCOES de lo establecido en el convenio arbitral y/o en el Reglamento del Centro de Arbitraje, ello no deslegitima a dicha Entidad para actuar como demandante. En otras palabras, tales supuestos incumplimientos no le restan la titularidad en la relación jurídica sustantiva.
14. Que, en efecto, PROCOES es una de las partes que suscribió el Contrato materia de la presente controversia y, por ende, es el titular de las pretensiones procesales planteadas (más allá de que las mismas puedan ser amparadas o desestimadas por este Colegiado).
15. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la excepción de falta de legitimidad activa deducida por TRAGSA.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

16. Que la caducidad es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares.
17. Que cuando la demanda o la reconvención, de ser el caso, se interpone vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo susceptible de caducidad, el demandado o el demandante, dependiendo del caso, puede deducir la excepción de caducidad.
18. Que, sobre el particular, Osterling y Castillo²⁰ señalan que la justificación de la caducidad radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

¹⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 2001, tomo II, pp. 440-441.

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: *Derecho & Sociedad*, n.º 23, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 122.

19. Que, por su parte, Vidal²¹ señala que los plazos de caducidad se establecen de manera específica en relación a una situación jurídica concreta que ha dado lugar al nacimiento del derecho, momento desde el cual comienza a computarse el plazo para su ejercicio.
20. Que, sobre el particular, Rubio²² señala que, del artículo 2004 del Código Civil, quedan claras dos cosas; a saber:
- «- Cuando la ley ha fijado plazos de caducidad, las partes no pueden pactar en contrario. Entendemos que los plazos de caducidad son de orden público y, por consiguiente, que todo pacto en contrario será nulo en visto del artículo V del Título Preliminar del Código Civil (...).
- Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravengan uno que haya sido establecido por ley. Hay que notar, en este sentido, que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004 referido a la caducidad, y el 2000, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. En ése se dice: "Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción". El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley, como oportunamente hicimos notar. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo; simplemente, se limita a decir que los plazos fijados por ley no pueden ser modificados». (El subrayado y la negrita son nuestros).
21. 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,²³ 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.

²¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Principio de legalidad en el plazo de caducidad». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 345.

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen VII, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 73.

²³ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 116.



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. Y estos plazos no son otros que plazos de caducidad establecidos por las partes (que, para el caso en concreto, no implican pacto en contrario sobre norma alguna existente).

22. 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.

23. 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.

24. 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.
25. Que, a entender de TRAGSA, no se cumplió 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).

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.

26. Que, en efecto, la Real Academia Española establece que «requisito» es la «circunstancia o condición necesaria para algo».²⁴ Sobre el particular, Cabanellas²⁵ 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.

²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. En: <http://dle.rae.es/?id=W6xh4wt>

²⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, vigésima primera edición, p. 171.



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.

27. 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:

«*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 las omisiones. 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).

Que aquí también se aprecia cómo el Reglamento emplea un término imperativo (dispondrá) y no uno facultativo (podrá disponer).

28. 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).²⁶

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.

29. 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 01, se presenta la solicitud de arbitraje (30 de julio de 2015), a través de la cual PROCOES solicita un plazo de 15 días hábiles, contado desde la notificación de la factura, para cumplir con el pago de la tasa.
- Mediante Comunicación de fecha 04 de agosto de 2015 (notificada a PROCOES el 10 de agosto de 2015), el Centro 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 la solicitud:

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

²⁶ No establece que el Centro podrá disponer el archivo. Es decir, no se contempla una facultad a ser ejercida a discreción.



De acuerdo a la solicitud efectuada en el Segundo Otrosi Digo de su solicitud, se procede a emitir la factura (...) la que deberá ser cancelada en el plazo de 15 días hábiles de recibida la presente (el subrayado forma parte de la cita).

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

Que dicho requisito no 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, que no se fundamenta en ningún extremo del Reglamento ni en otra norma.

Que dicha modificación del plazo fue concedida por el Centro, a pesar de que sólo las partes pueden modificar —de común acuerdo— 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.

Mediante escrito de 11 de noviembre de 2015, previo pedido de información al Centro mediante escrito de 02 de noviembre del 2015, TRAGSA dejó constancia de la discordancia en cómo el Centro procedió a tramitar la solicitud de arbitraje de PROCOES, al contravenirse lo pactado entre las partes al someterse al Reglamento del Centro, señalando que la parte que presente una solicitud de arbitraje que no cumpla con los requisitos del artículo 13 del

Reglamento, contará con un plazo de tres días para la subsanación y de no cumplir con la subsanación el Centro dispondrá el archivo del expediente. TRAGSA se reservó el derecho de someter su disconformidad al Tribunal Arbitral que se constituyese, habiendo planteado posteriormente, luego de constituido dicho tribunal, las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad, siendo claro que TRAGSA no convalidó el vicio que denunció.

30. Que, como se ha podido apreciar, a solo pedido de una parte, el Centro 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.
31. Que, en efecto, 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.
32. Que 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.
33. 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 de modo voluntario), 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».

34. 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, sentido en que es regulado el tema en nuestra legislación civil.



35. Que, al respecto, en la Exposición de Motivos del artículo antes referido, Osferling²⁷ 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 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
(...)».

36. 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.²⁸
37. Que, para Cabanellas,²⁹ 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.

²⁷ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontifícia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

²⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2008, pp. 820-821.

²⁹ CABANEJAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 253.

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».

38. Que, dentro de tal orden de ideas, ha quedado acreditado que PROCOES no actuó con dicha diligencia, por lo que se debe aplicar lo 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».

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.

39. Que no se puede asumir como válida una solicitud que no cumple con los requisitos pactados por las partes.³⁰ Caso contrario, carecería de sentido alguno el establecer un límite temporal y una consecuencia (que la Decisión se entienda definitiva y obligatoria).

40. 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.

³⁰ Al establecer como reglas del proceso aquellas contenidas en el Reglamento.



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

41. Que, dentro de tal orden de ideas, dado el límite temporal pactado por las partes, la Decisión Conciliatoria 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.

42. Que, finalmente, cabe resaltar que el artículo 44 del Reglamento del Centro establece lo siguiente:

«Artículo 44

(...)

Si al resolver alguna excepción los árbitros advierten la existencia de un vicio en la relación que impidiera pronunciarse válidamente sobre el fondo de las pretensiones planteadas, declararán la conclusión del proceso, a menos que el defecto sea subsanable, en cuyo caso concederá un plazo no mayor de cinco (5) días para su subsanación». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como se puede apreciar, teniendo en cuenta lo pactado expresamente por las partes —en el convenio arbitral— sólo corresponde la conclusión del proceso, dado que no se cumplió con presentar una solicitud de arbitraje idónea (cumpliendo todos los requisitos de las reglas fijadas y/o incorporadas en el propio convenio arbitral) dentro del plazo de 28 días; y, transcurrido dicho plazo nos encontramos frente a una Decisión definitiva y obligatoria.

43. Que, en el presente caso, el plazo de 28 días precluyó y los efectos de dicha preclusión no son otros que los de la caducidad del derecho de PROCOES de impugnar la referida Decisión.
44. Que, en consecuencia, corresponde amparar la excepción de caducidad deducida por TRAGSA.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS GASTOS GENERALES VARIABLES DIARIOS CORRESPONDIENTES AL PLAZO DE 39 DÍAS NATURALES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 2 A FAVOR DE LA CONTRATISTA, POR UN MONTO ASCENDENTE A s/. 332,204.68 SIN INCLUIR IGV O INTERESES



45. Que habiéndose amparado la excepción de caducidad deducida por TRAGSA, la primera pretensión principal de PROCOES debe desestimarse.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE GASTOS GENERALES VARIABLES DIARIOS CORRESPONDIENTES AL PLAZO DE 52 DÍAS NATURALES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 3 A FAVOR DE LA CONTRATISTA, POR UN MONTO ASCENDENTE A s/. 442,939.58 SIN INCLUIR IGV O INTERESES

46. Que habiéndose amparado la excepción de caducidad deducida por TRAGSA, la segunda pretensión principal de PROCOES debe desestimarse.

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

47. 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.
48. 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.
49. 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.
50. 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 consideran atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje».

51. 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.

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

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de legitimidad activa para obrar deducida por Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú.

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

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por Programa Nacional de Saneamiento Rural.

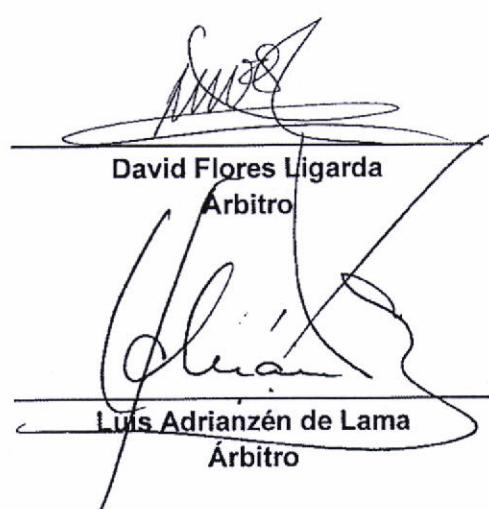
CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal de la demanda interpuesta por Programa Nacional de Saneamiento Rural.

QUINTO: 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.



Franz Kundmüller Caminiti
Presidente



David Flores Ligarda
Arbitro

Luis Adrianzén de Lama
Arbitro