

Lima, 5 de agosto de 2019

Señores,
AGENCIA DE PROMOCION DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSION
Jr. Lampa N° 594, 1° Piso
Cercado de Lima.-

Atte.: Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas

Ref.: Caso Arbitral N° 0428-2017-CCL

De mi consideración:

En relación al caso arbitral de la referencia, cumpro con remitirles copia física de la Orden Procesal N° 8 a su nuevo domicilio, que contiene el Laudo Arbitral, emitida por el Tribunal Arbitral con fecha 18 de julio de 2019 y depositado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con fecha 19 de julio de 2019.

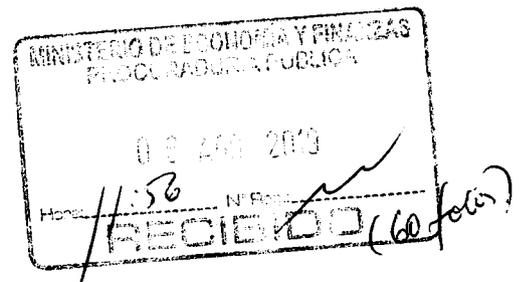
Asimismo, adjunto el cargo de notificación del laudo arbitral al domicilio procesal consignado por ustedes para el presente proceso arbitral.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ANAIS BOLUARTE ONETO
Secretaria Arbitral





Lima, 19 de julio de 2019

Señores

**AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA –
PROINVERSIÓN**

Calle Schell N° 310, piso 11
Miraflores.-

Atte.: Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros - PCM

Ref.: Caso Arbitral N° 0428-2017-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumpla con notificarles la Orden Procesal N° 8, que contiene el Laudo Arbitral, emitida por el Tribunal Arbitral con fecha 18 de julio de 2019 y depositado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con fecha 19 de julio de 2019.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


ANAÍS BOLUARTE ONETO
Secretaria Arbitral

03

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N°0428-2017-CCL

Consortio TQB

Vs.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión)

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Alfredo F. Soria Aguilar

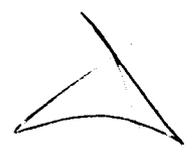
Rodrigo Freitas Cabanillas

Sergio Alberto Tafur

Secretaría Arbitral

Anais Boluarte Oneto

Lima, 18 de julio de 2019



Orden Procesal N° 8

En Lima, a los 18 días del mes de julio 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 y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral

Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Consorcio TQB (en adelante, el Contratista o el Demandante) y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, la Entidad o Demandado), suscribieron el contrato N°041-2014-PROINVERSIÓN "Contratación de un asesor integral para el proceso de promoción de la inversión privada de la zona de actividades logísticas y antepuerto del puerto del Callao" (en adelante, el Contrato).

En la Cláusula Octava del Contrato, las partes pactaron el respectivo convenio arbitral, cuyo texto literal es el siguiente:

"Las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para resolver cualquier discrepancia o controversia sobre el Contrato, en trato directo, en su defecto se aplicarán los Numerales siguientes. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del Contrato, su interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad o invalidez y en general cualquier otra que tenga relación directa con el mismo, que no se puedan resolver en trato directo, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato. Este plazo es de caducidad. Si solicitada la conciliación en tiempo oportuno, ella no prospera o solo se arriba a una conciliación parcial, no habrá impedimento para solicitar posteriormente el arbitraje aun cuando ello se hiciera más allá de la culminación del Contrato. Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin un acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas. El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por tribunal mediante la aplicación de los procedimientos de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima."

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima¹ (en adelante, REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N°1017 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento (en adelante, RLCE), aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF. De forma supletoria, será de aplicación el Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, LA). Asimismo, también serán

¹ Reglamento y Estatuto de Arbitraje -vigente desde el 1 de enero de 2017

de aplicación las directivas que emita el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) y las normas del Código Civil.

A los efectos antes indicados el Tribunal Arbitral tiene en cuenta lo siguiente:

- Un aspecto es la *lex arbitri* o normatividad arbitral a la que se sujeta el arbitraje y, otro es la *lex fori* o ley de fondo aplicable a la controversia.
- Respecto de la *lex arbitri*, el contrato celebrado señala en su numeral 8.4 de la cláusula octava la sujeción a las normas de los procedimientos de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las que evidentemente tienen que analizarse de manera conjunta con la normatividad legal que las ampara, a saber, Ley de Arbitraje Peruana y de ser el caso, alguna otra norma legal que resulte aplicable en tanto contenga disposiciones en materia arbitral, como sería la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en la medida que pudieran resultar aplicables al presente caso (aspecto que se analizará en los párrafos siguientes).
- En relación a la ley de fondo a la que se sujeta la controversia suscitada, es de tener en cuenta que el contrato se ha celebrado como consecuencia del Concurso Público N° 014-2014 que prevé en sus Bases como marco legal bajo el cual se ha desarrollado, el "Reglamento para la Contratación de Servicios y Adquisición de Bienes" de PROINVERSIÓN aprobado por Acuerdo de PROINVERSIÓN N° 267-01-2009. Este, a su vez, se sustenta en la excepción prevista en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones el Estado vigente a la fecha del desarrollo del Concurso Público), y el Decreto de Urgencia N° 047-2008².
- En ese orden de ideas, el Tribunal ha podido evidenciar que el "Reglamento para la Contratación de Servicios y Adquisición de Bienes de PROINVERSIÓN" aprobado por Acuerdo de PROINVERSIÓN N° 267-01-2009, solo se limita a desarrollar las fases de convocatoria, selección y firma de contrato; mas no establece disposiciones respecto a la ejecución del mismo.
- Por su parte la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017 que sirve de amparo legal al Reglamento citado, señala que el Directorio de PROINVERSIÓN exceptúe total o parcialmente de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, determinado procesos de contratación a que se refieren el Decreto Legislativo N° 674, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y el Decreto Legislativo N° 1012 y sus normas modificatorias (todas ellas relacionadas con los procesos de promoción de la inversión privada).
- Ahora bien, teniendo en cuenta que el Reglamento solo regula aspectos vinculados a la convocatoria, selección y firma de contrato, más no así a la ejecución contractual ni mecanismos de solución de controversias

² Decreto de Urgencia mediante el cual se dispuso en su artículo 7º que PROINVERSIÓN debe publicar un Reglamento de Contratación de Estudios de Consultoría necesarios para diseñar las transacciones o procesos de la inversión privada de determinados proyectos que sean indispensables para la competitividad del país.

contractuales, éste Tribunal arriba a la convicción que la exclusión de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado ha resultado solo de manera parcial y se limita a los aspectos abordados por el citado Reglamento; por lo que, en lo demás, resultan de aplicación las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado vigente a la fecha de la convocatoria, esto es, el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento.

- Abunda en lo anterior, el hecho que, como se advertirá más adelante, las propias partes han amparado sus posiciones en dicha normativa.
- Finalmente, es de tener en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, contiene disposiciones tanto vinculadas al desarrollo del arbitraje, como de fondo.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA ENTIDAD

Con fecha 14 de mayo de 2018, el Contratista presentó su demanda arbitral señalando las siguientes pretensiones:

“Primera Pretensión Principal. – Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad brinde conformidad al Entregable N° 7, denominado “Informe Final de Actividades”, y reconozca en favor del Consorcio el pago correspondiente al mismo.

Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal. – Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague en favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos en que nuestra parte incurrió para ejecutar las actividades comprendidas en el denominado Entregable N°7 y de las cuales dimos cuenta en nuestro “Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato”, presentado el 28 de abril de 2016.

Segunda Pretensión Principal. – Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad cumpla con indemnizarnos por los daños y perjuicios generados por la dilación incurrida en el reconocimiento, liquidación y pago de las actividades comprendidas en el Informe, incluyendo el lucro cesante generado por la decisión de la Entidad de terminar nuestro Contrato N°041-2014-PROINVERSIÓN de forma anticipada.

Tercera Pretensión Principal. – Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de todas las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje, así como aquellos en que debimos incurrir desde la fecha de la terminación anticipada de nuestro Contrato N°041-2014-PROINVERSIÓN, hasta la fecha.

Mediante el escrito N°7 de fecha 05 de septiembre de 2018, el Contratista presentó una modificación de las pretensiones contenidas en su escrito de demanda de fecha 14 de mayo de 2018, de acuerdo a lo siguiente:

Primera pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N° 5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, de

fecha 07 de marzo de 2016, por la cual se hace de nuestro conocimiento la decisión unilateral de PROINVERSION de no ampliar el plazo del contrato ni suspender nuevamente el mismo.

Segunda pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, mediante el cual PROINVERSION rechaza la solicitud de pago presentada por el Consorcio TQB.

Tercera pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que brinde conformidad al "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato" presentado el 28 de abril del 2016 y, por consiguiente, se ordene el pago a favor del Consorcio por las actividades detalladas en el mismo, cuyo importe es equivalente al Entregable N° 7 del Contrato.

Pretensión subordinada a la tercera pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor del Consorcio TQB, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos en la ejecución de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", presentado con fecha 28 de abril del 2016.

Cuarta pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con indemnizar al Consorcio los daños y perjuicios generados bajo concepto de lucro cesante y daño emergente por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato".

Pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", bajo el concepto de enriquecimiento sin causa.

Quinta pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca el pago a favor del Consorcio TQB por el honorario de éxito establecido en el inciso b) de la cláusula tercera del Contrato N° 041-2014-PROINVERSION.

Sexta pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de todas las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje".

Respecto de la controversia, el Contratista sostuvo esencialmente lo siguiente:

- 3.1. El Entregable N° 07, indica el Contratista, fue presentado ante la ausencia de un pronunciamiento firme de la Entidad sobre cómo proceder, siendo su presentación un hecho atribuible enteramente a la Entidad, destinado a informar las actividades desarrolladas a la fecha sobre tal Entregable.
- 3.2. Al respecto, el Contratista cita el artículo 176 del RLCE, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 176°. - Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan”. (El resaltado es agregado)

- 3.3. En ese sentido, el Contratista manifiesta que al haber presentado el “Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato” y sin que la Entidad haya realizado observación y/o conformidad, ésta ha incumplido su deber de pronunciamiento generando espacios de incertidumbre que poco contribuía a la situación contractual primaria. Así, el Contratista indica que el autor Juan Carlos Morón Urbina señala que la conformidad de la prestación genera los siguientes efectos: Activa el mecanismo para proceder el pago al contratista, aprueba las prestaciones realizadas en su favor (incluso si hubiera modificaciones o incremento de prestaciones), libera de los posibles vicios o defectos manifiestos en la prestación (sólo quedan susceptibles de reclamo los vicios ocultos).
- 3.4. Asimismo, el Contratista cita lo siguiente: “*son deberes de la Administración contratante, el deber de recibir la prestación que se haya convenido conforme al Contrato, no pudiendo incluir exigencias adicionales para recibirla, condicionarla a otras acciones, demorarse en exceso del plazo, etc. El deber de cooperar con el Contratista para que esta pueda cumplir con su prestación y abstenerse de cualquier acto que perturbe la labor del contratista (...)*”³. Además de ello, el Contratista citó la siguiente opinión del OSCE:

Opinión N°090-2014/DTN (Relativa a la conformidad y prestación)

³ MORÓN, Juan Carlos. “La Contratación Estatal”, Lima: Gaceta Jurídica, 2016. p. 681.

"De las disposiciones citadas, se desprende que el órgano de administración o aquel establecido en las Bases es el responsable de recibir los bienes y/o servicios, y de emitir la respectiva conformidad de la prestación al contratista en un plazo máximo de diez (10) días calendario desde que recibe los bienes y/o servicios.

Cabe precisar que la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que éste obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a su cargo en las condiciones pactadas, de tal manera que pueda tener derecho al pago respectivo".

- 3.5. El Contratista indica que la citada opinión menciona que, si bien no se ha establecido una aprobación automática en los contratos de bienes y servicios, debe existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, siendo obligación de ella emitir el pronunciamiento dentro de los 10 días calendarios, a partir de la recepción de la prestación, caso contrario la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.6. De lo expuesto, el Contratista señala que la Entidad ha infringido tanto sus deberes como la normativa de contrataciones del Estado, colocándolo en una situación de desventaja e imposibilidad de concluir satisfactoriamente el Contrato. Motivo por el cual, indica, corresponde que se emita la conformidad del Entregable N°7, pues el Contratista señala que cumplió con su prestación dentro del plazo oportuno y conforme a los insumos (versiones preliminares) que estuvieron dentro de su alcance.
- 3.7. Así, el Contratista indica que el oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 (17 de octubre de 2016) mediante el cual la Entidad rechaza la solicitud de pago pierde sustento, toda vez que, a su criterio, el Entregable N°7 es válido y conforme. Ello en función a que no es posible rechazar el reconocimiento de pago de un Entregable, por supuestamente no ser parte del Contrato, cuando previamente (25 de mayo de 2016), la Entidad había presentado observaciones a tal Entregable.
- 3.8. Adicionalmente, el Contratista alega que existe una situación de incumplimiento imputable a la Entidad respecto de la observancia del debido procedimiento y su deber de motivación, en tanto no ha precisado cómo es que sería posible cumplirse con el levantamiento de observaciones del Entregable N°7 si al mismo tiempo pretende invalidar su existencia por señalar que no es presentada en el marco del Contrato.

En relación a los costos y gastos en que el Contratista manifiesta haber incurrido para ejecutar las actividades comprendidas en el denominado Entregable N°7 y de las cuales dio cuenta en el "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato", presentado el 28 de abril de 2016.

- 3.9. No obstante, el Contratista solicita que, si se llega a desestimar la primera pretensión principal, se ampare como pretensión alternativa el reconocimiento de los costos y gastos incurridos para ejecutar el referido Informe.
- 3.10. El reconocimiento de tales actividades mediante el pago correspondiente se origina, según el Contratista, como consecuencia de que la Entidad habría

incurrido en el supuesto de enriquecimiento sin causa prescrito en la Opinión N°116-2016/DTN

3.11. En ese sentido, el Contratista alega que se ha configurado el supuesto de enriquecimiento sin causa por lo siguiente:

i) *Que la entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido;* Según el Contratista, las prestaciones referidas la Entregable N°7 representaron costos y gastos que fueron asumidos directamente por el Demandante, llegando incluso a involucrarse en viajes para funcionarios de la Entidad, con la finalidad de contribuir a la pronta adjudicación del Proyecto Zalac.

Dado que estos gastos no han sido reconocidos hasta la fecha y al haber sido realizados en beneficio de la Entidad, terminaron afectando significativamente al Contratista con un empobrecimiento que a la fecha no le permite tener la rentabilidad esperada (o cuando menos el retorno de la inversión)

ii) *Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el Empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad;*

La desestimación del Proyecto Zalac era un hecho no previsible por el Contratista, pues manifiesta que sus labores y actividades habían sido estimadas como prioritarias en el marco del plan de desarrollo del Estado.

Por lo cual, según el Contratista, las labores relacionadas al Entregable N° 7 y sobre el cual reclama el reconocimiento, fueron realizadas con tiempo anterior a la propia presentación de tal producto, a la suspensión del Contrato y, en general, a cualquier cuestionamiento sobre la continuidad del Proyecto Zalac.

Los gastos y costos, señala el Contratista, se asumieron en cumplimiento de un Plan de Trabajo inicial (Entregable N°1) aprobado y conocido por la Entidad. La conexión entre las actividades del Contratista se manifiesta en el conocimiento de cada una de estas labores por parte de la Entidad, ya que son producto de la ejecución de prestaciones previamente comprometidas.

iii) *Que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales;*

En caso se desconociese las labores del Entregable N°7 como una actividad del Contrato N°041-2014-PROINVERSION, el Contratista indica que se encuentran expresas las tareas que realizó y que su realización aún conocidas por la Entidad, han sido desconocidas por ella posteriormente, debido a que sostiene que "la solicitud de pago presentada por el Consorcio al no existir habilitación legal dispuesta en el Contrato que obligue a Proinversión a proceder conforme a lo solicitado" (en oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01).

iv) Que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor

El Contratista alega que la buena fe de las prestaciones se evidencia en la medida que las mismas fueron plenamente informadas a la Entidad, ejecutadas en el marco del Plan de Trabajo aprobado mediante Entregable N°1 y como parte de las finalidades esperadas en el marco de la Consultoría, que son promoción de la inversión privada.

En relación a la indemnización por daños y perjuicios generados por la dilación incurrida en el reconocimiento, liquidación y pago de las actividades comprendidas en el Informe.

- 3.12. De lo expuesto, según el Contratista, queda evidenciada la demora de la Entidad en la aprobación del Entregable N°7 (o, de ser el caso, el reconocimiento de los gastos involucrados en las actividades del "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato"), a pesar que dicha documentación fuese presentada oportunamente y conforme a los lineamientos establecidos en los Términos de Referencia y demás documentos integrantes del Contrato.
- 3.13. Así, a criterio del Contratista, la dilación de la Entidad genera el derecho a la indemnización para el Contratista por gastos generales incurridos hasta la fecha; los mayores costos por los honorarios en que ha incurrido el Contratista, por la retención de los profesionales que integran el equipo consultor; los gastos financieros incurridos por el mantenimiento de la fianza de fiel cumplimiento, los costos de asesoría especializada para las actividades del procedimiento de trato directo; y los perjuicios ocasionados por dicha dilación.
- 3.14. El detalle y cuantificación de los daños y perjuicios irrogados serán ilustrados, según el Contratista, mediante una Pericia Financiera que presentará en forma y plazo oportuno, acorde a lo dispuesto en el artículo 39° inciso 2 del Decreto Legislativo 1071. Por el momento, la base de los gastos involucrados en tales actividades se puede reflejar enunciativamente en el anexo N°A-28, donde, según el Contratista, presenta la estimación de los valores inicialmente reclamados a la Entidad.
- 3.15. Asimismo, el Contratista indica que, en caso no sea amparada esta pretensión, se agravaría el supuesto de enriquecimiento indebido conforme al artículo 1954° del Código Civil, debido a que mediante la presentación oportuna y adecuada del Entregable N°7 (o, cuando menos, del reconocimiento de los gastos involucrados en las actividades del "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato"), se comprueba el empobrecimiento del Contratista, el enriquecimiento de la Entidad y la relación de causalidad indicada por el Demandante.

En relación a las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje.

- 3.16. De conformidad con el Decreto Legislativo N°1071 (Ley que norma el arbitraje):

"Artículo 56.- Contenido del laudo.

(...)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73."

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...)"

- 3.17. Acorde a todo lo indicado, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral declarar fundada la cuarta pretensión principal y, en consecuencia, ordene a la Entidad reconozca, asuma y pague el íntegro de los gastos derivados, las costas y costos que irrogue el presente arbitraje (teniendo presente que, a la fecha, los costos y costas del arbitraje siendo asumidos en forma integral por el Contratista)

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- 4.1. Con fecha 12 de junio de 2018, la Entidad presentó su escrito de contestación de demanda considerando que todas las pretensiones demandadas deben ser declaradas infundadas.
- 4.2. Respecto de lo manifestado por el Contratista, la Entidad indicó esencialmente lo siguiente:

Sobre las pretensiones referidas a la conformidad y pago del Entregable N° 7

- 4.3. Con relación a los argumentos del Contratista, la Entidad alega que todos ellos son falsos y carentes de veracidad, dado que es absolutamente falso que la Entidad haya decidido de manera unilateral la no ampliación del plazo Contractual.
- 4.4. En efecto, mediante Oficio N°163-2015/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 la Entidad indicó que comunicó la Contratista la suspensión de la ejecución del Contrato de Asesoría, como consecuencia de la suspensión del Concurso de Proyectos Integrales de la Zona de Actividades Logísticas y Antepuerto en el Puerto del Callao – ZALAC, comunicado también mediante circular N°13.
- 4.5. Ante ello, indica la Entidad, el Contratista expresa su conformidad respecto de la suspensión de la ejecución del Contrato de Asesoría mediante la carta N°047/TQB/2015 de fecha 29 de diciembre de 2015. En función de ello es que la Entidad manifiesta que la decisión no fue unilateral, sino de mutuo acuerdo entre las partes, acuerdo que se formalizó mediante Adenda N°4 de fecha 11 de enero de 2016, cuya cláusula segunda expresa lo siguiente:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DE LA ADENDA

Por el presente documento PROINVERSION y EL CONSULTOR, acuerdan suspender el plazo de EL CONTRATO a partir de la adopción del Acuerdo N°519-2016-ZALAC, es decir, a partir del 06 de enero de 2016, hasta por el plazo de sesenta (60) días calendarios o **hasta la recepción de la comunicación de la Autoridad Portuaria Nacional**

sobre el curso del Proyecto Zona de Actividades Logísticas y Antepuerto del Callao, lo que ocurra primero.

- 4.6. Por lo indicado, la Entidad manifiesta que el Contratista no solo tenía conocimiento de la suspensión del Contrato, sino que consintió expresamente a ella. En ese sentido, luego de casi 3 meses de la suscripción de la Adenda N°4, la Entidad comunicó al Contratista mediante oficio N°4-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 que la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) no le había comunicado su decisión sobre el curso del Proyecto ZALAC y del plazo de suspensión del Contrato.
- 4.7. Asimismo, mediante oficio N°5-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 (7 marzo de 2016), la Entidad comunicó al Contratista la decisión de no ampliar el plazo del Contrato, así como tampoco de suspender el plazo del mismo. Precizando de manera expresa que el plazo del Contrato venció el 11 de marzo de 2016, por lo que, no existía la necesidad de ampliar la Carta Fianza de fiel cumplimiento.
- 4.8. No obstante, el Contratista mediante carta N°01/TQB/2016 (28 de abril de 2016) presenta el "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción Realizada en el Marco del Contrato", esto cuando el Contrato había caducado.
- 4.9. Asimismo, la Entidad indica que mediante carta N°02/TQB/2016 y N°03/TQB/2016 (7 de junio y 6 de septiembre de 2016), el Contratista remitió los comprobantes de pago y requirió el pago del Entregable N°7 correspondiente al informe final de actividades.
- 4.10. Por otro lado, la Entidad indica que se debe tener en cuenta el numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato, en la cual se estableció que el Entregable N°7 se debía presentar a los diez (10) días computados desde la fecha en la que se adjudique la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales. De ahí que, la Entidad entiende que el Entregable N°7 estaba condicionado primero a un plazo de días calendarios, y luego a la adjudicación de la Buena Pro del Proyecto. En consecuencia, si no se cumplen las condiciones no procede el pago del Entregable N°7.
- 4.11. A raíz de ello, la Entidad, mediante oficio N°11-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 17 de octubre de 2016, comunicó al Contratista el Acuerdo Pro Integración N°566-2-2016-ZALAC (7 de octubre de 2016) mediante el cual el Comité de la Entidad en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – Pro Integración, acordó rechazar la solicitud de pago al no existir habilitación legal ni contractual que obligue a la Entidad pagar las sumas reclamadas por el Contratista.
- 4.12. La Entidad advierte que, por un lado, ha quedado fehacientemente acreditado que existen dos condiciones mínimas para que de alguna manera pudiera proceder el pago correspondiente al Entregable N°7, condiciones que no se han cumplido en el presente caso; de otro lado, el plazo del Contrato culminó indefectiblemente el 16 de marzo del 2016, habiendo el Contratista presentado el Informe Final el 28 de abril del 2016, es decir, cuando el contrato ya había caducado. Por lo que, las 2 pretensiones de la demandante deben ser declaradas infundadas en todos sus extremos.

Argumentos de derecho

- 4.13. El Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos más partes para crear regular modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351), precisando el artículo 1402 que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, excluyendo por lo tanto a las relaciones jurídicas reales. En tal sentido, mediante un contrato las personas (naturales o jurídicas), de forma libre y voluntaria, contraen obligaciones con la finalidad de satisfacer sus intereses. El contrato, como toda institución jurídica, se basa en determinados principios, como la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el consensualismo, la buena fe, el *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos.

Sobre la pretensión referida a la indemnización de daños y perjuicios

- 4.14. La Entidad manifiesta que la indemnización por daños y perjuicios procede, cuando el deudor no cumple su obligación y como debiera, por lo que el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo, y exacto de la obligación, a título de la indemnización por el perjuicio sufrido.
- 4.15. En ese contexto, para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos i) la inexecución de la obligación, que es el elemento objetivo; ii) la imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y, iii) el daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inexecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.
- 4.16. En la inexecución de la obligación, el deudor, simplemente, incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión. En función a ello, corresponde al Tribunal Arbitral, indica la Entidad, apreciar la inexecución de la obligación. No obstante, toca al acreedor demostrar la existencia de la obligación. Ello en función al artículo 1229 del Código Civil. Asimismo, el artículo 1230 del Código Civil establece que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo.
- 4.17. La imputabilidad del deudor, para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inexecución de la obligación. Conforme al artículo 1329 del Código Civil, la inexecución se presume culpa del deudor.
- 4.18. El daño, es todo detrimento que sufre una persona por la inexecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil peruano. Asimismo, la Entidad indica que corresponde observar lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil, el cual indica que la prueba de los daños y de su cuantía corresponde al perjudicado. De lo indicado, la Entidad concluye señalando que no se cumple con los elementos de la indemnización, razón por la cual, considera que esta pretensión debe ser declarada infundada.
- 4.19. Finalmente, debe observarse también lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, alega la Entidad, toda vez que no incurrió en ninguna inexecución de sus obligaciones, al contrario, ha actuado conforme a los

términos contractuales. De modo que, la Entidad manifiesta que no se encuentra obligada a pagar por el Entregable N°7, pues no se han cumplido las condiciones para dicho propósito.

Sobre la pretensión referida a costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje

- 4.20. La Entidad señala que el plazo de vigencia y conclusión del Contrato fue pactado de común acuerdo entre las partes, todo ello se acredita con el texto del Contrato y la Adenda N°4, en el que se estableció la suspensión del mismo, hasta sesenta días calendarios o hasta la recepción de la comunicación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) sobre el curso del Proyecto Zona de Actividades Logísticas y Antepuerto del Callao, lo que ocurra primero.
- 4.21. Así, la Entidad indica que en la medida que la culminación del plazo del Contrato se pactó de común acuerdo, no procede que el Tribunal Arbitral ordene el pago por dicho concepto, menos por las costas y costos que genere el presente proceso arbitral

V. MODIFICACIÓN DE DEMANDA

- 5.1 Mediante Escrito N° 7, de fecha 4 de setiembre de 2018 y al amparo del numeral 3 del artículo 39 del Decreto Legislativo N° 1071⁴ "Decreto Legislativo que norma el Arbitraje", y del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima⁵, el Contratista modificó su demanda, planteando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N° 5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, de fecha 07 de marzo de 2016, por la cual se hace de nuestro conocimiento la decisión unilateral de PROINVERSION de no ampliar el plazo del contrato ni suspender nuevamente el mismo.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N° 11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 mediante el cual PROINVERSION rechaza la solicitud de pago presentada por el Consorcio TQB

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que brinde conformidad al "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato" presentado el 28 de abril del 2016 y, por

⁴ "Artículo 39.- Demanda y contestación
(...)

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral."

⁵ "Artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
Modificaciones de la demanda y contestación

1. En el transcurso de las actuaciones, cualquiera de las partes puede modificar o ampliar su demanda o contestación, incluso formular nuevas pretensiones, a menos que el Tribunal Arbitral considere que es inapropiado permitirlo en razón de la demora de la parte en hacerlo, del perjuicio que cause a las otras partes dado el estado del arbitraje o de cualquier otra circunstancia que estime relevante"

consiguiente, se ordene el pago a favor del Consorcio por las actividades detalladas en el mismo, cuyo importe es equivalente al Entregable N° 7 del Contrato.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor del Consorcio TQB, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos en la ejecución de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", presentado con fecha 28 de abril del 2016.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con indemnizar al Consorcio los daños y perjuicios generados bajo concepto de lucro cesante y daño emergente por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato".

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", bajo el concepto de enriquecimiento sin causa.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca el pago a favor del Consorcio TQB por el honorario de éxito establecido en el inciso b) de la cláusula tercera del Contrato N° 041-2014-PROINVERSION.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de todas las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje.

- 5.2 El Contratista precisó que, todas las pretensiones objeto de modificación se encuentran debidamente sustentadas en los medios probatorios que presentó adjunto a su demanda arbitral de fecha 14 de mayo de 2018, específicamente en los Anexos A-27 al A-28.

VI. CONTESTACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

- 6.1. Que, mediante escrito N°004 de fecha 4 de octubre de 2018, la Entidad procede a contestar la modificación a las pretensiones de la demanda arbitral, indicando lo siguiente:

Sobre las pretensiones referidas a la invalidez o ineficacia de los oficios N°5 - 2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 Y N°11 2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01

- 6.2. Al respecto, la Entidad indica que el Contratista ha solicitado las pretensiones indicadas sin fundamentar ni probar por qué serían inválidos o ineficaces los referidos oficios, por lo que el Tribunal Arbitral deberá declararlas infundadas las referidas pretensiones ampliadas por ausencia de pruebas respecto de dichas pretensiones, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, norma que establece lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos."

- 6.3. De otro lado, la Entidad alega que el objeto de la prueba que se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los hechos no alegados no pueden ser materia de acreditación y, por ende, se encuentra también vedada para el juzgador la investigación de su existencia.
- 6.4. Asimismo, la Entidad indica que se debe tener en cuenta que la Jurisprudencia recaída en el Expediente N°153-2001- Lima, de la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la cual establece que *"en materia procesal existe una premisa legal tanto para amparar como para desestimar una pretensión, la misma se encuentra contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil."*

Sobre la pretensión referida al pago por concepto de enriquecimiento injustificado referido a todos los gastos y costos incurridos por la no continuidad del Contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en el Informe Final

- 6.5. Al respecto, la Entidad señala en la excepción planteada por incompetencia por razón de materia, que de acuerdo al último párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Precizando en forma expresa que todo pacto en contrario es nulo. Por lo que este extremo de la pretensión ampliada debe ser desestimada de plano por el Tribunal Arbitral.
- 6.6. Asimismo, la Entidad indica que, en el supuesto de que no se ampare la excepción de incompetencia planteada, la doctrina prescribe que para darse la figura del enriquecimiento sin causa debe coexistir diversos elementos entre ellos; la ventaja patrimonial de una parte en desmedro de otro y sin que exista justificación alguna para ello.
- 6.7. Para ello, la Entidad se pregunta ¿Cuál sería la ventaja patrimonial con que habría enriquecido indebidamente a la Entidad? Ninguna, pues los honorarios pactados en la Cláusula Tercera del Contrato han sido cancelados y pagos por la Entidad en los plazos y fechas pactadas por ambas partes, salvo el último pago (Entregable N°7), que estuvo condicionado a que se adjudique la Buena Pro, situación que no ocurrió, no precisamente por causa imputable a la Entidad sino por decisión del titular del proyecto que es la APN.
- 6.8. En efecto, la Entidad alega que la posibilidad de que la APN no pudiera continuar con el proyecto era de pleno conocimiento del Contratista, pues así se estableció expresamente en la Adenda N°4 al Contrato, suscrito por el Contratista. Así en la Cláusula Segunda de la referida Adenda N°4, se estableció claramente que la Entidad y el Contratista, acuerdan suspender el plazo del Contrato hasta por sesenta (60) días calendarios o hasta la recepción de la comunicación de la APN sobre el curso del proyecto ZALAC, lo que ocurra primero.

- 6.9. La Entidad indica que también es de pleno conocimiento de la Demandante, que la APN nunca comunicó a la Entidad sobre el curso del proyecto ZALAC en el plazo acordado en la Cláusula de la Adenda N°4, ni fuera de él, motivo por el cual la Entidad tuvo que poner fin al Contrato mediante Oficio N°5-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 del 7 de marzo de 2016.
- 6.10. En ese sentido, en el presente caso la Entidad manifiesta que no se configura el enriquecimiento sin causa, pues queda demostrado que no se enriqueció con ninguna contraprestación que perteneciera al Contrato, por lo que la demanda en este extremo deberá ser declarada infundada.

Sobre la pretensión referida a los honorarios de éxito

- 6.11. Con el objeto, de demostrar lo infundado que resulta dicha pretensión, la Entidad citó lo regulado en el literal b) de la Cláusula Tercera del referido Contrato, a saber:

(...)

b) Honorario de Éxito

El Honorario de Éxito ascenderá al 10% de Honorario Fijo, y se pagará de acuerdo al siguiente detalle:

ii) El 100% del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de 4 propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso del Proyecto Integral, así como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

iii) El 80% del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de 3 propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso del Proyecto Integral, así como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

iv) El 50% del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de 2 propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso del Proyecto Integral, así como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

Cualquiera de los pagos antes indicados, será cancelado después de la fecha de suscripción del contrato de APP en el marco del Concurso de Proyectos Integrales.

(...)"

- 6.12. Acorde al anterior, el Contrato estableció que el pago de honorarios de éxito se concrete cuando se cumplan cuatro (4) supuestos de hecho, a saber: En cada caso el Contratista debió acreditar más de una propuesta económica declarada viable; así como la suscripción del Contrato de APP correspondiente con el adjudicatario de la Buena Pro.
- 6.13. Además, la Entidad indica que se estableció claramente en el Contrato que, en cualquiera de los supuestos antes citados, el pago de los honorarios de éxito sería cancelado después de haberse suscrito el Contrato de APP correspondiente.
- 6.14. Sin embargo, como se ha demostrado a lo largo del presente escrito, las obligaciones de las partes pactadas en el Contrato caducaron en la medida que no se ha cumplido el supuesto establecido en la Cláusula Segunda de la

Adenda N°4 al Contrato, esto es que la APN nunca comunicó a la Entidad sobre el curso del proyecto ZALAC.

- 6.15. En ese sentido, la Entidad manifiesta que el Tribunal Arbitral deberá declarar infundada este extremo de la pretensión, al no haberse cumplido los supuestos establecidos en el Contrato y la Adenda correspondiente.
- 6.16. Respecto de las demás pretensiones ampliadas y no desarrolladas en su escrito de contestación de modificación de demanda, la Entidad expresó que debe tenerse en cuenta los argumentos de hecho y de derecho desarrollados en su escrito de fecha 12 de junio de 2018.

VII. DE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR PROINVERSIÓN

Excepción de caducidad

- 7.1. La Entidad manifiesta que la presente excepción de caducidad fue interpuesta *"(...) a fin de que el Tribunal Arbitral anule todo lo actuado y de por concluido el presente proceso arbitral, toda vez que de acuerdo al referido numeral del Contrato de Asesoría, el Consorcio TQB sólo tenía la posibilidad de someter a arbitraje hasta antes de la culminación del referido contrato, cuyo plazo venció indefectiblemente el 11 de marzo de 2016."*⁶
- 7.2. Asimismo, indica que la Cláusula Octava del Contrato estableció lo siguiente:

"CLAUSULA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

8.1 Las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para resolver cualquier discrepancia o controversia sobre el Contrato, en trato directo, en su defecto se aplicará los Números siguientes.

8.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del Contrato, su interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad o invalidez y en general cualquier otra que tenga relación directa con el mismo, que no se puedan resolver en trato directo, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de Contrato. Este plazo de caducidad. Si la solicitud de conciliación en tiempo oportuno, ella no prospera o solo se arriba a una conciliación parcial, no habrá impedimento para solicitar posteriormente el arbitraje aun cuando ello se hiciera más allá de la conclusión del Contrato.

8.3 Si la Conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin un acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas.

8.4 El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por tribunal arbitral mediante la aplicación de los procedimientos de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima."

- 7.3. Según la Entidad, las partes de manera voluntaria han establecido en el Contrato que las controversias que surjan en la ejecución del mismo, sólo se podía solicitar en tanto esté vigente el referido Contrato, estableciendo además que el plazo es de caducidad, de modo que, si el Contrato no está

⁶ Numeral 3.1 del punto III 'excepción de caducidad' del escrito de Contestación de demanda.

vigente, como es el caso, la solicitud de arbitraje deviene en improcedente, ello por haber planteado fuera del plazo establecido contractualmente.

- 7.4. Para acreditar de manera fehaciente lo expuesto, la Entidad indica que las partes, con fecha 16 de febrero de 2015, suscribieron el Contrato, que de acuerdo al numeral 2.1 del mismo, éste tenía por finalidad regular los términos y condiciones en los que el Contratista presentaba los servicios que se detallaron en los Términos de Referencia aprobado por el Comité y recogidos en las Bases del Concurso.
- 7.5. Por su parte, el numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato estableció el plazo de duración por trescientos treinta (330) días calendario contados a partir del día de la fecha de suscripción, pudiendo ser prorrogado a criterio del Concurso.
- 7.6. Mediante diversas Adendas, las partes acordaron modificar los plazos establecidos en el Contrato original. Finalmente, la Adenda N°4 se suscribió el 11 de enero de 2016, cuyo objeto fue suspender el plazo del Contrato a partir de la adopción del Acuerdo N°519-2016-SALAC, es decir, a partir del 06 de enero de 2016, hasta el plazo de sesenta (60) días calendarios o hasta la recepción de la comunicación de la APN sobre el curso del Proyecto Zona de Actividades Logísticas y Antepuerto del Callao (ZALAC), lo que ocurra primero.
- 7.7. En atención a ello, la Entidad manifiesta que, mediante Oficio N°4-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 01 de marzo de 2016, comunicó al Contratista que la APN no había comunicado a la Entidad su decisión sobre el curso del Proyecto ZALAC y del plazo de suspensión del Contrato.
- 7.8. En ese contexto, mediante Oficio N°5-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 7 de marzo de 2016, la Entidad comunicó al Contratista su decisión de no ampliar el plazo del Contrato; así como tampoco de suspender el plazo del mismo. Precizando de manera expresa que el plazo del Contrato de Consultoría venció el 11 de marzo de 2016, no requiriendo por tanto la necesidad de ampliar la Carta Fianza por fiel cumplimiento.
- 7.9. No obstante, el Contratista, mediante Carta N°001/TQB/2016 recibida el 28 de abril de 2016, presenta el Informe Final (Entregable N°7: Informe Final de actividades), esto es para la Entidad, cuando el Contrato ya había caducado.
- 7.10. Asimismo, mediante Cartas N°02/TQB/2016 y N°003/TQB/2016, recibidas por la Entidad con fecha 7 de junio y 6 de setiembre de 2016, respectivamente, el Contratista remitió los comprobantes de pago y requirió el pago del Entregable N°7.
- 7.11. La Entidad advierte que, de acuerdo al numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato, el Entregable N°7 se entregaba a los diez (10) días calendarios computados desde la fecha en la que se adjudique la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales.
- 7.12. En atención a ello, la Entidad, mediante Oficio N° 11-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGPI/JJPU.01 de fecha 17 de octubre de 2016, comunicó al Contratista el Acuerdo Pro Integración N°566-2-2016-ZALAC, de

fecha 07 de octubre de 2016, mediante el cual el Comité de la Entidad en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – PRO INTEGRACIÓN, acordó rechazar la solicitud de pago al no existir habilitación legal ni contractual que obligue a la Entidad pagar las sumas reclamadas por el Contratista .

- 7.13. Por tanto, para la Entidad del texto del Contrato, de las Cuatro Adendas y las comunicaciones cursadas entre ambas partes, el plazo del Contrato culminó indefectiblemente el 16 de marzo de 2016. Así, la Entidad alega que el Contratista presentó el Informe Final el 28 de abril de 2016, esto es, cuando el Contrato ya había caducado; por lo que la excepción de caducidad debe ser declarada fundada y disponer el archivamiento definitivo del caso.

Absolución de la excepción de caducidad

- 7.14. Al respecto, el Contratista, mediante escrito N°6 de fecha 20 de julio de 2018, manifiesta que la Entidad, mediante su oficio N°4-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 01 de marzo de 2016, expresó su voluntad de suspender nuevamente el plazo de vigencia del contrato, por lo que, el Contratista, confiando en la buena fe de la Entidad, indica que mantuvo la expectativa plenamente justificada de que se efectúe una suspensión y/o prórroga como en ocasiones anteriores. Ello sumando a que la Jefa de Proyectos de la Entidad le comunicó al Contratista su decisión de suspender el plazo de vigencia del Contrato.
- 7.15. No obstante, con fecha 07 de marzo de 2016, la Entidad remite el oficio N°5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 mediante el cual comunica al Contratista su decisión de no ampliar el plazo ni suspender nuevamente el mismo.
- 7.16. En ese sentido, el Contratista indica que no tenía la intención de cuestionar la decisión de la Entidad respecto de la no suspensión del Contrato. Por el contrario, procedió a acatar lo dispuesto por la Entidad. Así, procedió a elaborar el informe final (Entregable N°7) considerando únicamente los gastos de las actividades que se encontraban en curso para el cumplimiento de la etapa final del Contrato. De ahí que, ante la negativa de la Entidad de reconocer los gastos detallados en el Informe Final es que surge la necesidad del Contratista de recurrir a un mecanismo de solución de conflictos.
- 7.17. Asimismo, el Contratista manifiesta que admitir la excepción de caducidad planteada por la Entidad significaría pretender que dentro de los pocos días restantes de vida del Contrato debieron desarrollarse todos los hechos que el Contratista manifestó con posterioridad a la decisión de la Entidad de terminar el Contrato. Es decir, la elaboración del informe final, la evaluación del documento por parte de la Entidad, la negativa de reconocer los gastos, entre otros, para que el Contratista pueda accionar dentro del plazo de vigencia del Contrato, lo cual claramente no es razonable.
- 7.18. En consecuencia, el Contratista alega que la Entidad demostró una conducta de mala fe y poca transparencia para culminar el Contrato conforme a derecho, pues en lugar de procurar una finalización debida de las actividades en curso, actuó contradiciendo sus propios actos, generando el posterior desconocimiento de los costos y gastos pendiente de pago, situación que fue advertida por el Contratista una vez vencido el plazo del Contrato.

- 7.19. Además de ello, el Contratista indica que, respecto de la culminación del Contrato alegada por la Entidad, la culminación del contrato no se encuentra sujeta únicamente al plazo de ejecución del mismo, sino que la última prestación del Contrato haya sido evaluada y pagada conforme a lo pactado. Ello en función al artículo 42 de la LCE. En ese sentido, alega el Contratista, la controversia está referida al no reconocimiento de gastos por parte de la Entidad a pesar de que el Contratista haya cumplido a cabalidad con el Contrato. Por tanto, la Entidad no puede desconocer la existencia de la relación contractual que vincula a ambas partes.
- 7.20. Por lo expuesto, el Contratista manifiesta que el Tribunal Arbitral no debe admitir la excepción de caducidad planteada por la Entidad, toda vez que significaría contemplar una idea contraria a la normatividad respecto de la culminación del Contrato.

Excepción de incompetencia

- 7.21. Mediante escrito N° 004 de fecha 22 de octubre de 2018, la Entidad ha opuesto excepción de incompetencia indicando lo siguiente:
- 7.22. El último párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:
"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
(...)
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 éstas, 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.
(...)"
- 7.23. En atención a la norma antes citada, la Entidad entiende que queda claro que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias, correspondiendo en todo caso, ser conocidas por el Poder Judicial.
- 7.24. Como advierte la Entidad, por expreso mandato de la ley no se puede someter a un arbitraje la pretensión ampliada bajo el concepto de enriquecimiento sin causa y el pago de la supuesta indemnización por daños y perjuicios; por lo que el Tribunal Arbitral es incompetente para seguir conociendo el presente proceso arbitral por razón de la materia, esto es, que las pretensiones ampliadas deben ser sometidas a la justicia ordinaria y no a un arbitraje.
- 7.25. Según la Entidad, esta disposición expresa de la LCE es concordante y coherente con lo que establece el numeral 3 del artículo 39 del Decreto

Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en el sentido que el contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

- 7.26. Pues, para la Entidad de la revisión de la Cláusula Octava del Contrato que regula la solución de controversia, no se advierte que las pretensiones ampliadas por la demandante estén comprendidas en el Convenio Arbitral, razón por la cual el Tribunal Arbitral deberá declarar fundada la excepción planteada por razón de materia, debiendo inhibirse en todo caso de seguir conociendo la presente causa.
- 7.27. De otro lado, la Entidad indica que si bien es cierto que la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que mediante Acuerdo de su Directorio, la Entidad puede exceptuarse de la aplicación total o parcial de la Ley N° 30225 a las contrataciones vinculadas a las fases de los proyectos a que se refieren el Decreto Legislativo 674 y Decreto Legislativo 1224 y modificatorias, también es cierto que dicha disposición debe entenderse que la excepción es únicamente para agilizar el procedimiento de contratación de los consultores, pero de ninguna manera para disponer derechos sustantivos como los regulados en el artículo 45 de la referida ley de Contrataciones.
- 7.28. Para la Entidad, entenderlo de otra manera significaría no solo invadir la facultad, competencia y jurisdiccionalidad del Poder Judicial (con las afectaciones que esto conllevaría), sino también terminaría por vaciar el contenido de los asuntos que deben ser puestos a consideración de la justicia ordinaria; por lo que, las pretensiones ampliadas no son propias de un proceso de arbitraje.
- 7.29. En consecuencia, la Entidad indica que si bien la Excepción de Incompetencia es un medio de defensa procesal dirigido a denunciar vicios en la competencia del órgano jurisdiccional y que ésta resulta viable cuando se plantea una demanda ante órgano jurisdiccional incompetente por razón de materia, la cuantía, el grado, el turno, la función o el territorio; es pertinente que la excepción propuesta sea amparada, declarándose FUNDADA y finalmente concluyéndose el proceso de arbitraje.

Absolución de la excepción de incompetencia

- 7.30. Mediante escrito N° 8, el Contratista absuelve la excepción de incompetencia presentada por la Entidad. Al respecto, indica lo siguiente:
- 7.31. La excepción de incompetencia deducida por la Entidad mediante Escrito N°004, de fecha 22 de octubre de 2018, debería ser declarada improcedente, toda vez que ha sido presentada de manera extemporánea.
- 7.32. Con relación a la oportunidad para formular excepciones, el Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 24.- Demanda y Contestación

(...)

4. La contestación a la demanda debe responder a las alegaciones y pretensiones formuladas en la demanda. Si el demandado formula excepciones u objeciones a la competencia del Tribunal Arbitral, debe hacerlo dentro del mismo plazo establecido para la contestación, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes”.

- 7.33. En concordancia a ello, el numeral 21 del Acta de la Audiencia Preliminar de Reglas de Arbitraje establece que el plazo para la contestación de la demanda será de veinte (20) días hábiles contados desde el día siguiente del plazo para interponer la demanda.
- 7.34. En ese sentido, siendo que con fecha 12 de junio de 2018 la Entidad presentó su escrito de contestación de demanda y formuló únicamente excepción de caducidad, el plazo para la presentación de excepciones adicionales se encuentra vencido.
- 7.35. Por ende, en el caso concreto, el contratista indica que la Entidad ha vulnerado de manera evidente una regla sostenida por la norma aplicable y recogida por acuerdo entre las partes, al haber formulado una excepción respecto a la competencia del Tribunal Arbitral fuera del plazo establecido para ello.
- 7.36. Además de ello, el Contratista manifiesta que las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa e indemnización si pueden someterse a arbitraje, ello en función a que la prohibición establecida en el artículo mencionado por la Entidad solo está referida a supuestos que deriven de la falta de aprobación o aprobación parcial de adicionales. De ahí que, el Contratista indica que la presente controversia se deriva de la conformidad del Informe final (Entregable N°7). Por tanto, no opera la prohibición mencionada.
- 7.37. Finalmente, el Contratista indica que la Entidad ha invocado una normativa incorrecta, toda vez que el procedimiento de selección que originó el Contrato se convocó el 16 de octubre del 2014, cuando se encontraba vigente el posterior Decreto Legislativo N°1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N°184-2008-EF, son estas disposiciones legales las que resultan aplicables. Asimismo, el artículo 41 de la LCE aplicable guarda similitud con el artículo invocado por la Entidad, no obstante, el Contratista interpreta que puede referirse a un supuesto de prohibición relacionado a la figura de los adicionales o inexistencia de prohibición para someter el enriquecimiento sin causa a un arbitraje.

VIII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS SOBRE LA MODIFICACION DE DEMANDA

Mediante Orden Procesal N° 03, de fecha 22 de noviembre del 2018, el Tribunal Arbitral en atención a lo dispuesto por el artículo 26° inciso 1. B) del Reglamento de Arbitraje del Centro de 2017, estima conveniente tener por modificada la demanda y determinar nuevamente los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral en el laudo definitivo.

En la precitada Orden Procesal, el Tribunal Arbitral, precisó los siguientes puntos controvertidos, que serán materia del presente Laudo:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N° 5-

2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, de fecha 07 de marzo de 2016, por la cual se hace de conocimiento del Consorcio TQB la decisión unilateral de PROINVERSIÓN de no ampliar el plazo del contrato ni suspender nuevamente el mismo.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N° 11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, mediante el cual PROINVERSION rechaza la solicitud de pago presentada por el Consorcio TQB.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que brinde conformidad al "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato" presentado el 28 de abril del 2016 y, por consiguiente, se ordene el pago a favor del Consorcio por las actividades detalladas en el mismo, cuyo importe es equivalente al Entregable N° 7 del Contrato.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor del Consorcio TQB, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos en la ejecución de las actividades detalladas en el informe del Consorcio TQB "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", presentado con fecha 28 de abril del 2016.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con indemnizar al Consorcio TQB los daños y perjuicios generados bajo concepto de lucro cesante y daño emergente por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en el informe del Consorcio TQB "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato".

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor del Consorcio TQB, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en el informe del Consorcio TQB "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación Y Promoción realizada en el marco del Contrato", bajo el concepto de enriquecimiento sin causa.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca el pago a favor del Consorcio TQB por el honorario de éxito establecido en el inciso b) de la cláusula tercera del Contrato N°041-2014-PROINVERSION.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de todas las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje.

Admisión de medios probatorios.

Demanda

- Los documentos ofrecidos en el acápite VI. "Medios Probatorios" identificados como anexos del A-1 al A-28.

Contestación a la demanda

- Los documentos ofrecidos en el acápite 4.F. "Medios Probatorios" identificados como anexos del 1-A al 1-L.

IX. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN, Y ALEGATOS FINALES

El 23 de enero de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, donde participaron ambas partes. Asimismo, en el acta de la mencionada audiencia, el Tribunal Arbitral dispuso otorgar veinte (20) días hábiles a las partes para que cumplan con presentar sus alegatos finales.

Con fecha 20 de febrero del 2019, el Contratista y la Entidad cumplieron con presentar sus alegatos finales.

X. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Mediante Orden Procesal N° 6 de fecha 25 de febrero de 2019, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia Única programada para el día 27 de marzo de 2019, a las 4:00 p.m., en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ubicado en Av. Giuseppe Garibaldi N°396, Jesús María.

Con fecha 27 de marzo de 2019, se realizó la Audiencia de informes orales con la participación del Tribunal Arbitral, la secretaria, la Entidad y el Contratista; con la finalidad de que las partes informen su posición respecto de la materia de la presente controversia.

En la audiencia, el Tribunal Arbitral dispuso otorgar un plazo de diez (10) días hábiles a las partes para que cumplan con precisar algún aspecto que consideren pertinente respecto a lo expuesto en la referida Audiencia.

Con fecha 10 de abril del 2019, el Contratista presentó un escrito cumpliendo con lo solicitado por el Tribunal Arbitral, y asimismo, se deja constancia que la Entidad no presentó escrito alguno.

XI. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Orden Procesal N°7 notificada a las partes, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de cincuenta (50) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la Orden Procesal indicada.

XII. ASPECTOS PRELIMINARES

El Tribunal arbitral señala que resolverá la presente controversia a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, meritando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido

demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.

En este estado, el Tribunal Arbitral, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:

- El proceso arbitral se constituyó con arreglo al convenio arbitral y a los acuerdos adoptados por las partes
- En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral.
- Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
- Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.
- El Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

XIII. CUESTIÓN PREVIA

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR LA ENTIDAD SOBRE LA DEMANDA:

POSICIÓN DE LA ENTIDAD (Escrito de fecha 12 de junio de 2018: Contestación de Demanda. Escrito de fecha 04 de octubre de 2018: Escrito N° 04)

13.1 La Entidad manifiesta que deduce la excepción de caducidad, a fin de que el Tribunal Arbitral anule todo lo actuado y de por concluido el presente proceso arbitral, toda vez que de acuerdo al numeral 2 de la Cláusula Octava del Contrato de Asesoría, el Consorcio TQB sólo tenía la posibilidad de someter a arbitraje hasta antes de la culminación del referido contrato, que de acuerdo a la posición de la Entidad, el plazo del Contrato venció indefectiblemente el 16 de marzo de 2016.

13.2 Al respecto, la Entidad hace referencia de la Cláusula Octava del Contrato de Asesoría, precisando lo siguiente:

“CLAUSULA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA

8.1 Las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para resolver cualquier discrepancia o controversia sobre el Contrato, en trato directo, en su defecto se aplicará los Numerales siguientes.

8.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del Contrato, su interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia,

*nulidad, anulabilidad o invalidez y en general cualquier otra que tenga relación directa con el mismo, que no se puedan resolver en trato directo, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, **debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato. Este plazo es de caducidad.** Si la solicitud de conciliación en tiempo oportuno, ella no prospera o solo se arriba a una conciliación parcial, no habrá impedimento para solicitar posteriormente el arbitraje aun cuando ello se hiciera más allá de la conclusión del Contrato.(...)"*

- 13.3 Para ello, la Entidad manifiesta que de acuerdo a la precitada Cláusula, se precisa que todas las controversias que surjan en la ejecución del Contrato, sólo se pueden solicitar en tanto esté vigente el mismo. Además, precisa que si el Contrato no está vigente, la solicitud de arbitraje deviene en improcedente, ello por haberse planteado fuera del plazo.
- 13.4 En ese contexto, la Entidad complementa precisando que de acuerdo al Oficio N° 5-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 7 de marzo de 2016, se le comunicó al Consorcio TQB la decisión de no ampliar el plazo del Contrato de Consultoría; enfatizando que el plazo del Contrato venció el 11 de marzo de 2016.
- 13.5 Por ello, sostiene la Entidad, que el plazo del Contrato de Asesoría culminó indefectiblemente el 16 de marzo de 2016, en consecuencia, correspondería la excepción de caducidad y el archivamiento definitivo del caso.
- 13.6 Asimismo, para sustentar su posición, la Entidad ha hecho referencia a denominación de la Caducidad respecto de lo señalado en el Código Civil, así como a la doctrina y jurisprudencia.

POSICIÓN DEL CONSORCIO TQB (Escrito de fecha 19 de julio de 2018: Escrito N° 06)

- 13.7 El Consorcio respecto a la presente excepción, manifiesta que mediante el Oficio N° 4-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01, de fecha 01 de marzo de 2016, remitido por la Entidad, manifestó su voluntad de suspender nuevamente el plazo del Contrato.
- 13.8 El Consorcio precisa además que, después del precitado Oficio, la Entidad les remite el Oficio N° 5-2016/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 07 de marzo de 2016, mediante el cual les comunicó que el Comité Pro Integración había decidido no ampliar el plazo del Contrato ni suspender nuevamente el mismo.
- 13.9 En ese sentido, el Consorcio señala que las partes no tenían la intención de dar por terminado el plazo contractual del Contrato, y que admitir la excepción de caducidad deducida por la Entidad significaría pretender que, dentro de los pocos días restantes de vida del Contrato, debieron de realizarse todas las actividades del Contrato.
- 13.10 Asimismo, el Consorcio señala que la Entidad actuó de mala fe, contradiciendo sus actos, pues en lugar de procurar una finalización debida de las actividades en curso, su acto de culminar el plazo contractual, generó el posterior desconocimiento de los costos y gastos pendientes de pago a favor del

Consortio, situación que fue advertida por el mismo una vez vencido el plazo del Contrato.

- 13.11 Para el Consorcio, el Contrato suscrito entre el Consorcio y Proinversión, debe encontrarse sujeto al Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la "Ley de Contrataciones"); y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (el "Reglamento").
- 13.12 En ese sentido, el Consorcio hace mención al artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, señalando lo siguiente:

"Artículo 42.- Culminación del contrato

*Los contratos de bienes y servicios **culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.** Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, **el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente**, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, **debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.** De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato."*

- 13.13 De manera complementaria a lo señalado, el Consorcio hace mención de lo establecido en el artículo 149° del Reglamento, referido a al plazo de vigencia contractual:

"Artículo 149.- Vigencia del Contrato

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago.

En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente."

- 13.14 Asimismo, menciona el artículo 177 del referido Reglamento, referido a la culminación del Contrato una vez que se efectúe el pago respectivo:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. **Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.***

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberá ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la conformidad otorgada por la

Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato."

- 13.15 Al respecto, el Consorcio precisa que la presente controversia versa sobre la negación de la Entidad para reconocer los gastos que realizaron y que asumió para el cumplimiento cabal del Entregable N° 7, no siendo viable que la Entidad desconozca la existencia de una relación contractual que vincula a ambas partes.
- 13.16 Por último, el Consorcio concluye argumentando la diferencia entre el plazo de vigencia y el plazo de ejecución contractual, precisando que, de acuerdo al artículo 42 de la Ley de Contrataciones con el Estado, el contrato culmina con la conformidad y pago de todas las prestaciones involucradas. Enfatizando que a la fecha, se encuentra pendiente el pago y la conformidad del Contrato, teniendo un marco contractual sobre el cual pronunciarse.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 13.17 Sobre esta cuestión previa, el Tribunal Arbitral considera que es necesario establecer los alcances de la figura de la caducidad.
- 13.18 Al respecto, Juan Monroy Gálvez define a la caducidad como:

*"Aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial"*⁷.

- 13.19 Además, como lo afirman Mario Castillo y Rita Sabroso, la caducidad es un: *"(...) 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 la voluntad de los particulares"*⁸.

- 13.20 La caducidad, asimismo, está regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil. De acuerdo a dichas normas, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con éste. Asimismo, en el Artículo 2004° del Código Civil, se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, señalándose lo siguiente:

"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. El arbitraje en la contratación pública. Vol. 7. Palestra Editores S.A.C. Lima. 2009. Pág. 88.

13.21 En ese sentido, es claro que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley. En esa misma línea, en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil se establece que:

“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

13.22 De lo antes mencionado, queda claramente establecido que, en el Código Civil, se ha determinado que los plazos de caducidad se establecen por ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales. Adicionalmente, no cabe duda de la aplicación de las disposiciones del derecho privado en el presente arbitraje porque así lo reconoce expresamente la propia normativa de contrataciones con el Estado. Efectivamente, la parte pertinente del numeral 52.3 del artículo 53 de la Ley de Contrataciones con el Estado dispone que:

“52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por arbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho (...)”.

13.23 Al respecto, el concepto general sobre la caducidad define la misma como el mecanismo de defensa 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 pre fijado por la ley.

13.24 En el caso de la Ley de Contrataciones y su Reglamento la caducidad está preestablecida por estos cuerpos legales conocidos con antelación al proceso de contratación por los sujetos de la relación contractual.

13.25 En el presente caso, la Entidad ha señalado que la solicitud de conciliación y/o arbitraje ha sido formulada fuera del plazo habiendo el Contrato culminado el 16 de marzo del 2016, por lo que dicho reclamo, a criterio de la Entidad, caducó para el presente arbitraje.

13.26 En ese sentido, es necesario que el Tribunal Arbitral analice qué se entiende por culminación del presente Contrato, bajo las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.

13.27 Cuando las partes suscriben un contrato público, ambas partes son conscientes que existe un plazo determinado donde se debe de cumplir las obligaciones contractuales, siendo su inicio el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases, a este periodo se le conoce como plazo contractual; mientras que la vigencia contractual, su inicio se da desde la suscripción del contrato, pero su fin es hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago. Se enfatiza que el plazo de ejecución contractual se encuentra comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato.

13.28 Sobre la vigencia contractual, el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a la culminación de contratos de bienes y servicios, establece

que estos contratos culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Por tanto, debemos entender a la culminación del contrato como la finalización de la vigencia del mismo.

- 13.29 Asimismo, el 149 del RLCE sobre la vigencia del Contrato establece lo siguiente:

"Artículo 149.- Vigencia del Contrato

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago.

En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente."

- 13.30 La normativa citada se refiere al plazo de vigencia de un Contrato, precisando hasta cuando rige el Contrato, es decir, hasta cuando tiene vigencia. Dicho esto, el artículo establece que, en los contratos de bienes y servicios, el Contrato tiene vigencia hasta el momento en el que se emite la conformidad y se efectúe el pago.

- 13.31 De igual manera, el artículo 177 del mismo cuerpo normativo dispone lo siguiente:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberá ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato."
(Subrayado es agregado)

- 13.32 Conforme al primer párrafo del artículo 177, el Contrato culmina luego de haberse efectuado el pago al Contratista. Asimismo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) indica lo siguiente en su opinión N°107-2013/DTN:

"El vínculo contractual entre la Entidad y el contratista culmina cuando este último haya ejecutado la totalidad de las obligaciones a su cargo, incluyendo la prestación de las mejoras a las características y/o condiciones del servicio objeto del contrato que se haya obligado, y la Entidad haya otorgado la conformidad de las mismas y realizado el pago correspondiente."

- 13.33 Por consiguiente, de acuerdo a todo lo mencionado, el Contrato culmina cuando la Entidad haya efectuado la conformidad de las prestaciones ejecutadas por el Contratista y, consecuentemente haya pagado la contraprestación pactada. Es ahí en donde el Contrato ya no se encuentra vigente.

- 13.34 Ahora bien, la Entidad ha indicado que el plazo contractual, teniendo en cuenta la Adenda N°4, venció el 11 de marzo de 2016, ello en función a que decidió no ampliar ni suspender el plazo contractual nuevamente. Así, según la Entidad, el Contrato culminó el 11 de marzo de 2016.
- 13.35 Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que el criterio aplicado por la Entidad no corresponde a la figura de la culminación del contrato, toda vez que hay una gran diferencia entre el plazo de ejecución contractual y el plazo de vigencia del contrato, en donde, en éste último supuesto, si tiene relación con la culminación del contrato. Esta distinción ha sido desarrollada por el OSCE en su opinión N° 107-2013/DTN, la cual precisa lo siguiente:

"(...) es importante señalar que el plazo de vigencia del contrato, desarrollado en los párrafos precedentes, es distinto del plazo de ejecución contractual, pues este último es el período en que el proveedor se ha obligado a ejecutar las obligaciones a su cargo. No obstante, cabe precisar que el plazo de ejecución contractual forma parte del plazo de vigencia del contrato."

- 13.36 Conforme a lo indicado, se tiene que la Entidad, al mencionar la terminación del Contrato, se ha referido únicamente a la terminación del plazo de ejecución contractual, toda vez que su fundamento se basa en el vencimiento del plazo contractual pactado por las partes, plazo en el que el Contratista debía ejecutar las prestaciones a su cargo y, que, posteriormente, tuvo como fecha de vencimiento el 11 de marzo de 2016.
- 13.37 No obstante, cabe mencionar que el Contrato materia de controversia del presente arbitraje no ha culminado, toda vez que la Entidad no ha emitido la conformidad y el correspondiente pago de algunas prestaciones pactadas de forma previa por las partes, como lo es el Entregable N° 7. Por tanto, no opera la caducidad establecida en la cláusula octava del Contrato. Siendo esto así, el Contratista recurrió a la vía arbitral dentro del plazo establecido legal y contractualmente.
- 13.38 Para ello, el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que *"los procedimientos de conciliación y/o arbitraje respecto a controversias en general debe solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato"*. En observancia de esta disposición de la Ley de Contrataciones del Estado, tenemos que, de forma expresa, se hace referencia a un plazo de caducidad para iniciar un proceso arbitral o de conciliación, siendo este, cualquier momento anterior a la culminación del contrato, haciendo referencia de acuerdo a nuestra interpretación a la vigencia del presente Contrato.
- 13.39 En el presente arbitraje, la materia Litis del presente Contrato, de acuerdo con lo establecido en la Demanda Arbitral de fecha 14 de mayo de 2018 y sus pretensiones de la misma, se está solicitando que se dé conformidad y se pague por los servicios prestados, los mismos que al no haberse configurado los supuestos de la conformidad y último pago, se entiende que el presente Contrato se encuentra vigente, y al haberse presentado la solicitud de arbitraje con fecha 23 de setiembre del 2017, cumple con el supuesto de hecho del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, no habiendo caducado el Contrato, ni el derecho a los reclamos materia Litis del presente arbitraje.

13.40 En ese sentido, se declara INFUNDADA la caducidad presentada por la Entidad en su escrito de contestación de fecha 12 de junio de 2018, y su escrito N° 04 de fecha 04 de octubre de 2018.

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR LA ENTIDAD SOBRE LA DEMANDA:

13.41 Mediante escrito N° 004 de fecha 04 de octubre de 2018, la Entidad formuló excepción de incompetencia respecto de la Cuarta Pretensión Principal (Indemnización por daños y perjuicios) y la Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal (Enriquecimiento sin causa) bajo los siguientes argumentos:

“Al respecto, debemos señalar que el último párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

“(…)

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

(…)

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.

(…)”

En atención a la norma antes citada, queda claro que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias, correspondiendo en todo caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Precisando en forma expresa que todo pacto en contrario es nulo.

Como se podrá advertir, por expreso mandato de la ley no se puede someter a un proceso arbitraje la pretensión ampliada bajo el concepto de enriquecimiento sin causa y el pago de la supuesta indemnización por daños y perjuicios; por lo que el Tribunal Arbitral es incompetente para seguir conociendo el presente proceso arbitral por razón de la

*materia, esto es, que las pretensiones ampliadas deben ser sometidas a la justicia ordinaria y no a un arbitraje.*⁹

- 13.42 En relación a la excepción planteada, corresponde indicar las pretensiones respecto de las cuales se ha interpuesto excepción de incompetencia:

“CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con indemnizar al Consorcio los daños y perjuicios generados bajo concepto de lucro cesante y daño emergente por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro “Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato”.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro “Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato”, bajo el concepto de enriquecimiento sin causa”.

- 13.43 Ahora bien, determinadas las pretensiones sobre las cuales recae la excepción planteada, corresponde que el Tribunal Arbitral, en aplicación del numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de la Cámara de Comercio¹⁰ y del artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”¹¹, determine si tiene o no competencia para pronunciarse respecto de las pretensiones sobre indemnización y enriquecimiento indebido.

Respecto de la normatividad aplicable

- 13.44 Al respecto, la Entidad ha fundamentado sus excepciones en la LCE aprobada mediante la Ley 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF. No obstante, de acuerdo a las Bases del Concurso público N° 014-2014, la normativa aplicable es la LCE aprobada mediante Decreto Legislativo N°1017, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°184-2008-EF.

⁹ Numerales 3.3, 3.4 y 3.5 del escrito N°004 presentado por la Entidad el 04 de octubre de 2018.

¹⁰ “Artículo 27

Competencia del Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre cualquier excepción relativa a la existencia, la validez, la eficacia o el alcance del convenio arbitral o sobre cualquier otra circunstancia que le impida conocer el fondo de la controversia.”

¹¹ “Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. 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 es agregado)

Sobre la excepción de incompetencia planteada respecto de la pretensión indemnizatoria

- 13.45 Como se mencionó anteriormente, la Entidad ha fundado la excepción de incompetencia en base al artículo 45 de la Ley 30225, la cual establece una prohibición expresa de someter a arbitraje las controversias referidas al enriquecimiento sin causa, indemnización derivada de la aprobación o no de adicionales, entre otras. No obstante, como ya se ha precisado, dicha normatividad no es aplicable al presente proceso, por cuanto corresponde observar lo que la norma aplicable establece respecto de la figura de la indemnización.
- 13.46 En ese sentido, de la revisión de la LCE y el RLCE se tiene que dicho cuerpo normativo no establece ninguna prohibición al respecto, de modo que, no es posible concluir que la pretensión indemnizatoria no es materia arbitrable.
- 13.47 Por otro lado, el numeral 52.1 del artículo 52 de la LCE establece lo siguiente:

“52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.”

- 13.48 Acorde al artículo citado, corresponde a las partes someter a un proceso arbitral las controversias que surjan de la relación contractual, las cuales pueden versar sobre la interpretación, resolución, inexistencia, entre otras, del contrato. De igual manera, el artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 “Decreto Legislativo que norma el arbitraje” establece lo siguiente:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

- 13.49 Adicionalmente, conviene observar lo dispuesto en el numeral 8.2. de la cláusula Octava del Contrato, la cual indica lo siguiente:

*“8.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del Contrato, su interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad o invalidez y en general cualquier otra que tenga **relación directa con el mismo**, que no se puedan resolver en trato directo, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato. Este plazo de caducidad. Si solicitada la conciliación en tiempo oportuno, ella no prospera o solo se arriba a una conciliación parcial, no habrá impedimento para solicitar posteriormente el arbitraje aun cuando ello se hiciera más allá de la conclusión del Contrato.”*

- 13.50 Por tanto, de acuerdo a la cláusula, las partes pactaron la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan o se deriven de la relación contractual únicamente.
- 13.51 Ahora bien, la cuarta pretensión está referida a la indemnización por la no continuidad del Contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en el Informe final (Entregable N°7). En ese sentido corresponde indicar que la indemnización que solicita el Contratista deriva de **hechos directamente relacionados a la relación contractual materia controvertida del presente proceso.**
- 13.52 Por lo expuesto, no corresponde amparar la excepción de incompetencia respecto de la cuarta pretensión principal.

Sobre la excepción de incompetencia planteada respecto de la pretensión de enriquecimiento sin causa

- 13.53 Al respecto, la Entidad ha formulado excepción de incompetencia respecto de la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal basando su fundamento en el artículo 45 de la Ley 30225. No obstante, como se precisó anteriormente, la normativa invocada por la Entidad no es aplicable a la presente controversia, de modo que, corresponde observar el cuerpo normativo aplicable.
- 13.54 En ese sentido, de la revisión de la LCE y el RLCE se tiene que la normatividad no regula prohibición alguna relacionada a la arbitrabilidad de la figura del enriquecimiento sin causa. Por lo que, en principio, la normativa de contrataciones aplicable no establece expresamente que la figura antes mencionada no pueda ser sometida a un arbitraje.
- 13.55 No obstante, corresponde tener en consideración lo dispuesto en el numeral 52.1 del artículo 52 de la LCE, la cual establece lo siguiente:

"52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia."

- 13.56 Asimismo, es necesario considerar lo establecido en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 "Decreto Legislativo que norma el arbitraje", cuyo tenor literal expresa lo siguiente:

*"Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.
1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza."*

- 13.57 Así, se tiene que son las partes quienes, mediante el convenio arbitral, pueden someter a arbitraje las controversias derivadas de la relación contractual o de otra naturaleza. En ese sentido, el numeral 8.2 de la Cláusula Octava del Contrato establece lo siguiente:

"8.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del Contrato, su interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad, anulabilidad o invalidez y en general cualquier otra que tenga relación directa con el mismo, que no se puedan resolver en trato directo, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato. Este plazo de caducidad. Si solicitada la conciliación en tiempo oportuno, ella no prospera o solo se arriba a una conciliación parcial, no habrá impedimento para solicitar posteriormente el arbitraje aun cuando ello se hiciera más allá de la conclusión del Contrato." (El subrayado es agregado)

- 13.58 Conforme con lo citado, mediante el convenio arbitral, la Entidad y el Contratista pactaron someter a arbitraje toda controversia que se derive directamente del Contrato. A *contrario sensu*, no es posible que se sometan a arbitraje aquellas controversias que no tengan relación directa con el Contrato. En ese sentido, corresponde determinar cuál es la naturaleza enriquecimiento sin causa y si tiene relación directa con el contrato.

Respecto de la naturaleza del enriquecimiento sin causa

- 13.59 Respecto de la figura del enriquecimiento sin causa, el artículo 1954 del Código Civil establece que *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.
- 13.60 Al respecto, autores como Milagros Paredes sostienen que el enriquecimiento sin causa es un *"mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)"*¹².

De otro lado, José Manuel Lete del Río indica que en el enriquecimiento sin causa *"una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial"*¹³.

- 13.61 Conforme lo expuesto, la figura del enriquecimiento sin causa se refiere al supuesto en el que una persona se beneficia en el sentido patrimonial a expensas de otra sin que exista causa o razón alguna que justifique ese hecho, es decir, el beneficio a expensas de otro que supone el enriquecimiento sin causa, tiene su sustento en una causa o razón distinta al contrato. Por ende, las pretensiones respecto de enriquecimiento sin causa no tienen relación directa con el contrato.
- 13.62 Ahora bien, como se detalló anteriormente, el Contratista y la Entidad pactaron en la cláusula Octava del Contrato la posibilidad de someter a un arbitraje todas las controversias que **se deriven de forma directa del Contrato**, es decir discrepancias que tengan como origen la relación contractual existente entre ambas. De modo que, no corresponde someter a arbitraje las controversias ajenas a la relación contractual ni indirectamente relacionadas a ésta. Por ende, la figura del enriquecimiento indebido, la cual ha sido invocada

¹² PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, *JUS Doctrina & Práctica* 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

¹³ LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. 3.ª Ed., vol. II, p. 174.

por el Contratista en su pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, no es competencia arbitral.

- 13.63 Por consiguiente, corresponde declarar fundada la excepción de incompetencia respecto de la Pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, referida al enriquecimiento sin causa¹⁴.

XIV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 14.1 Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del presente arbitraje.
- 14.2 Debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO referido a la primera pretensión principal de la Demanda:

- *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare inválido e ineficaz el Oficio N°5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, de fecha 07 de marzo de 2016, por la cual se hace de conocimiento del Consorcio TQB la decisión unilateral de PROINVERSIÓN de no ampliar el plazo del contrato ni suspender nuevamente el mismo.*

- 14.3 En virtud de la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente a efectos de determinar si corresponde o no declarar la ineficacia del Oficio N°5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP.

- 14.4 Dado que la primera pretensión principal de la demanda está relacionada a la decisión de la Entidad de ampliar o de suspender el plazo del Contrato, corresponde precisar que tanto la suspensión como la ampliación del plazo constituyen modificación del Contrato.

¹⁴ "Pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la Demanda: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", bajo el concepto de enriquecimiento sin causa".

Por un lado, la suspensión se refiere a la detención o interrupción el plazo de ejecución contractual. Por otro lado, la ampliación se refiere a la variación de plazo inicialmente pactado, de modo que, el plazo adicional se suma al plazo inicial¹⁵. Ergo, queda claro que ambas figuras tienen como finalidad afectar el plazo de ejecución contractual inicialmente pactado.

- 14.5 Ahora bien, corresponde indicar que, dentro del ámbito de las contrataciones del Estado, la normatividad regula la figura de la ampliación del plazo. Sin embargo, no dispone regla alguna respecto de la figura de la suspensión del plazo de ejecución contractual que resulte aplicable al presente caso. A continuación, se realizará el análisis de cada figura.

Ampliación del plazo contractual

- 14.6 En el caso de la ampliación de plazo, el RLCE¹⁶ dispone que el Contratista puede solicitar la ampliación de plazo cuando se configure uno de los supuestos establecidos en la norma. No obstante, dispone el artículo 175 del RLCE, la Entidad es la única competente para determinar y/o decidir si corresponde aprobar o no una ampliación de plazo. Además, el artículo en mención ha establecido un procedimiento referido a la ampliación de plazo, dentro del cual se determinan los plazos para la solicitud y aprobación de esta.
- 14.7 Hay que precisar también que, acorde a la norma aplicable, el Contratista tiene la posibilidad de someter a arbitraje las controversias relacionadas a la ampliación de plazo. No obstante, deberá seguir con el procedimiento establecido para ello. Así, el procedimiento exige que cuando se configure una causal de ampliación de plazo, sea el Contratista quien solicite ante la Entidad

¹⁵ La Opinión N° 169-2016/DTN del OSCE establece que: "3.1 La ampliación de plazo era una forma de modificación del contrato, que consistía en una variación del plazo de ejecución contractual inicialmente pactado. Por tanto, el nuevo plazo de ejecución contractual era la suma del plazo inicial y del plazo adicional aprobado (que afectaba el plazo original del contrato)"

¹⁶ **"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual**

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.
En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.
3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,
4. Por caso fortuito o fuerza mayor.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."

una ampliación de plazo y sea la Entidad quien evalúe si corresponde o no otorgar una ampliación de plazo. En ese sentido, si la Entidad deniega dicha solicitud, el Contratista está facultado para cuestionar dicha decisión en un arbitraje.

14.8 Ahora bien, de los medios de prueba aportados se tiene que luego de suscrita la Adenda N° 4, mediante la cual se suspende el plazo del Contrato, el Contratista no solicitó ninguna ampliación de plazo, de modo que, este colegiado concluye que, si el Contratista quiso extender el plazo del Contrato, debió solicitar una ampliación de plazo. De ahí que, si la Entidad denegaba dicha solicitud, le correspondía al Contratista iniciar un arbitraje a fin de cuestionar dicha decisión. Sin embargo, se sabe que el Contratista no solicitó ninguna ampliación de plazo, por lo que, corresponde concluir que el Contratista no siguió con el procedimiento establecido en el RLCE a efectos de cuestionar la decisión de la Entidad respecto de la ampliación de plazo.

14.9 Consecuentemente, no corresponde amparar la pretensión del Contratista respecto de la decisión de la Entidad de no ampliar el plazo contractual.

Suspensión del plazo contractual

14.10 Respecto de la suspensión del Contrato, como se indicó anteriormente, la normativa no prevé la aplicación de la figura de la suspensión para el presente caso, de modo que, este Tribunal Arbitral concluye que ni la LCE ni el RLCE le confieren al contratista el derecho a solicitar una suspensión del plazo contractual, así como tampoco a cuestionar las decisiones de la Entidad respecto de la suspensión del plazo contractual¹⁷. En ese sentido, no corresponde amparar la pretensión del Contratista respecto de la decisión de la Entidad de no suspender el plazo contractual.

14.11 Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral resuelve INFUNDADA la Primera Pretensión Principal, por tanto, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Tercera Pretensión Principal de la demanda:

- *Determinar si corresponde ordenar a la Entidad que brinde conformidad al "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato" presentado el 28 de abril del 2016 y, por consiguiente, se ordene el pago a favor del Consorcio por las actividades detalladas en el mismo, cuyo importe es equivalente al Entregable N° 7 del Contrato.*

14.12 A efectos de resolver la controversia materia del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral considera conveniente realizar el análisis de la Tercera Pretensión Principal antes que la Segunda Pretensión Principal, toda vez que lo que se determine respecto de la Tercera Pretensión Principal es sumamente

¹⁷ Ello es independiente de las consecuencias que pudieran derivarse de la no atención de un pedido de suspensión en tanto imputación de algún incumplimiento a alguna de las partes.

relevante a efectos de realizar un análisis adecuado respecto de la Segunda Pretensión Principal.

- 14.13 Ahora bien, de acuerdo a la pretensión planteada, se tiene que el Contratista solicita, en primer lugar, ordenar la conformidad del *"Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato"* presentado el 28 de abril del 2016 (Entregable N° 7) y, en segundo lugar, el pago correspondiente del mismo. En ese sentido, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde ordenar a la Entidad emitir la conformidad del Entregable N° 7 y, consecuentemente, efectuar el pago de la contraprestación.

Conformidad del Entregable N°7

- 14.14 Al respecto, es necesario tener en consideración lo que la normatividad establece. Así, el RLCE dispone los siguientes artículos:

"Artículo 176.- Recepción y conformidad"

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberá ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato."

- 14.15 De acuerdo a la normativa citada, la conformidad es un acto de aprobación de prestaciones que está a cargo de la Entidad únicamente. Asimismo, en caso la Entidad lo considere, puede realizar observaciones a las prestaciones ejecutadas y otorgar un plazo para la subsanación. Además, se ha establecido que luego de emitida la conformidad, se genera el derecho al pago del contratista. En ese sentido, una vez efectuado el pago de todas las prestaciones correspondientes, culmina el contrato.
- 14.16 Ahora bien, se entiende que, a efectos de que la Entidad otorgue la conformidad de una prestación, necesariamente tiene que verificar el cumplimiento de ejecución de la prestación por parte del Contratista.
- 14.17 En el presente caso, no hay controversia respecto de la ejecución de la prestación por parte del Contratista, toda vez que ambas partes mediante sus escritos han manifestado que el Entregable N° 7 fue presentado el día 28 de abril de 2016¹⁸. Por tanto, corresponde afirmar que el Contratista si cumplió con presentar el Entregable N° 7.
- 14.18 Por otro lado, mediante oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01 de fecha 17 de octubre de 2016, la Entidad denegó el pago del Entregable N° 7.

Conforme con lo anterior, se infiere que la Entidad no emitió la conformidad correspondiente. Ahora bien, la denegatoria, conforme el oficio y el escrito de contestación de demanda, se efectuó por dos razones principales, en primer lugar, la Entidad alega que el Contrato caducó el 11 de marzo de 2016, de modo que, el Contratista presentó el Entregable N° 7 cuando el Contrato ya había culminado y, por tanto, no tenía vigencia. En segundo lugar, la Entidad indica que, a efectos de que el Contratista pueda cumplir con el Entregable N° 7, era necesario el cumplimiento de una condición relacionada a la adjudicación de la buena pro del Concurso de Proyectos Integrales. Por lo que, al no haberse cumplido dicha condición, el Contratista no tendría fundamento legal para solicitar el pago de dicha prestación.

¹⁸ Numeral 4.4, pág. 10 del escrito de demanda y numeral 4.20 del escrito de contestación de demanda.

Sobre la culminación del Contrato

- 14.19 Al respecto, la Entidad ha señalado que el plazo del Contrato venció el 11 de marzo de 2016, ello en función a que no se decidió suspender ni ampliar el plazo contractual nuevamente. Así, la Entidad indica que el Contratista presentó el Entregable N° 7 el 28 de abril de 2016, cuando el Contrato ya no estaba vigente.
- 14.20 En ese sentido, es necesario hacer una distinción entre el plazo de ejecución contractual y el plazo de vigencia del Contrato. Así, el artículo 149 del RLCE establece lo siguiente:

“Artículo 149.- Vigencia del Contrato

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago.

En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.”

- 14.21 Acorde a la normativa citada, en los contratos de bienes y servicios, el Contrato tiene vigencia hasta el momento en el que se emite la conformidad y se efectúa el pago correspondiente. De igual manera, el primer párrafo del artículo 177 del RLCE establece que:

“Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.”

- 14.22 Finalmente, es necesario observar lo dispuesto por el OSCE en su opinión N°107-2013/DTN, así precisa que:

“El vínculo contractual entre la Entidad y el contratista culmina cuando este último haya ejecutado la totalidad de las obligaciones a su cargo, incluyendo la prestación de las mejoras a las características y/o condiciones del servicio objeto del contrato que se haya obligado, y la Entidad haya otorgado la conformidad de las mismas y realizado el pago correspondiente.”

- 14.23 Por consiguiente, el Contrato culmina cuando la Entidad haya efectuado la conformidad de las prestaciones ejecutadas por el Contratista y, consecuentemente, haya pagado la contraprestación pactada. Es ahí en donde el Contrato culmina y, por tanto, deja de tener vigencia.

- 14.24 Ahora bien, de acuerdo a lo alegado por la Entidad, se tiene que lo manifestado en su escrito de contestación de demanda respecto de la culminación del plazo contractual se refiere únicamente al plazo de ejecución contractual, este es el plazo dentro del cual el Contratista estaba obligado a

ejecutar las prestaciones a su cargo. Siendo esto así, el Contrato materia del presente arbitraje aún se encuentra vigente, toda vez que existen prestaciones que no han sido confirmadas ni pagadas por la Entidad. En ese sentido, corresponde afirmar que el Contratista presentó el Entregable N° 7 durante la vigencia del Contrato.

Sobre el cumplimiento de la condición para la presentación del Entregable N° 7

14.25 Al respecto, la Entidad ha manifestado que la presentación del Entregable N° 7 estaba sujeta al cumplimiento de una condición relacionada a la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales, ello en función a la interpretación que realizó de la Cláusula Cuarta del Contrato. Así, la Entidad alega que el Entregable N° 7 estaba condicionado a la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales, toda vez que, según su interpretación, dicho entregable debe presentarse dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales. De modo que, según la Entidad, si no se realiza la adjudicación de la Buena Pro, no se puede ejecutar la prestación referida al Entregable N° 7.

14.26 No obstante, este colegiado considera que la interpretación realizada por la Entidad no es correcta, toda vez que, a criterio del Tribunal Arbitral, los plazos indicados en la Cláusula Cuarta del Contrato son plazos máximos de entrega. Así se expresa literalmente en el numeral 4.2. de la referida Cláusula Cuarta del Contrato, cuya parte pertinente expresa textualmente lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA: PLAZO

(...)

4.2. La presentación de los entregables, se realizará de acuerdo al siguiente detalle:

Entregable	Plazo máximo de entrega*
(...)	
Entregable N° 7: Informe final de actividades.	A los diez (10) días calendarios computados desde la fecha en la que se adjudica la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales.

**En el supuesto que algún plazo máximo se cumpla en un día no hábil, la presentación del entregable deberá realizarse como máximo al día hábil siguiente".*

Siendo esto así, el Contratista, de acuerdo a la Cláusula Cuarta, pudo haber realizado la presentación del Entregable N° 7 en cualquier momento hasta los diez (10) días calendario siguientes a la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales y no necesariamente dentro de los diez días siguientes a dicha adjudicación.

En consecuencia, el Entregable N°7 pudo incluso ser presentado antes de efectuada la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales.

46

14.27 Por tanto, la adjudicación de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales no es una condición y/o requisito para la presentación del Entregable N°7, por el contrario, solo es un indicativo del plazo máximo para la presentación de dicho entregable.

14.28 Siendo esto así, el Contratista presentó el Entregable N° 7 en cumplimiento de lo contractualmente pactado, es decir, dentro del plazo máximo establecido por las partes.

Ello en virtud de que, hasta el momento no se ha realizado la adjudicación del Proyecto ZALAC y, por tanto, no ha culminado el plazo máximo establecido en el numeral 4.2. de la Cláusula Cuarta del Contrato cuyo texto reproducimos nuevamente, pero de manera íntegra, a continuación:

"CLÁUSULA CUARTA: PLAZO

(...)

4.2. La presentación de los entregables, se realizará de acuerdo al siguiente detalle:

Entregable	Plazo máximo de entrega
Entregable N° 1: Plan de trabajo	A los siete (7) días calendario computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios.
Entregable N° 2: Plan de mercadeo	A los veinte (20) días calendarios computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios.
Entregable N° 3: Informe Técnico Preliminar	A los sesenta (60) días calendario computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios.
Entregable N° 4: Estudio de Factibilidad	A los noventa (90) días calendario computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios
Entregable N° 5: Modelo económico financiero	A los noventa (90) días calendario computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios
Entregable N° 6: Informe de riesgo	A los noventa (90) días calendario computados desde la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios
Entregable N° 7: Informe Final de actividades	A los diez (10) días calendario computados desde la fecha en la que se adjudica la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales

**En el supuesto que algún plazo máximo se cumpla en un día no hábil, la presentación del entregable deberá realizarse como máximo al día hábil siguiente*.*

14.29 Por todo lo expuesto, a criterio del Tribunal Arbitral la Entidad estuvo en la obligación de emitir la conformidad del Entregable N° 7, toda vez que el Contratista cumplió con ejecutar la prestación conforme con lo dispuesto en el Contrato. Siendo esto así, corresponde ordenar a la Entidad que brinde la

conformidad del Entregable N° 7 dentro del plazo máximo de diez (10) hábiles computados desde la notificación del presente laudo.

Pago del Entregable N°7

14.30 Respecto del pago, el RLCE dispone los siguientes artículos:

"Artículo 180.- Oportunidad del pago

Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio.

La Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios. Las Bases podrán especificar otras formas de acreditación de la obligación. Los montos entregados tendrán el carácter de pagos a cuenta.

En el caso que se haya suscrito contrato con un consorcio, el pago se realizará de acuerdo a lo que se indique en el contrato de consorcio.

Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago."

14.31 Conforme con las disposiciones citadas, se advierte que la normatividad ha determinado el nacimiento del derecho de pago del Contratista, asimismo, ha dispuesto plazos dentro de los cuales la Entidad está obligada a efectuar la conformidad y el pago correspondiente. En ese sentido, de acuerdo a lo

dispuesto en los artículos citados, el derecho de pago se genera una vez emitida la conformidad de la prestación por parte de la Entidad.

- 14.32 La Entidad debe emitir la conformidad dentro de diez (10) días calendario siguientes a la fecha de recibida la prestación. Una vez emitida la conformidad, la Entidad está obligada a efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de la conformidad.
- 14.33 Ahora bien, puesto que el Tribunal Arbitral determinó que corresponde ordenar a la Entidad emitir la conformidad del Entregable N° 7 dentro del plazo máximo de diez (10) hábiles computados desde la notificación del presente laudo, corresponde ordenar a la Entidad efectuar el pago referente al Entregable N°7 dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de emisión de la conformidad del Entregable N° 7.
- 14.34 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral resuelve fundada la Tercera Pretensión Principal de la Demanda. En consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad emitir la conformidad del Entregable N° 7 dentro del plazo máximo de diez (10) hábiles computados desde la notificación del presente laudo. Consecuentemente, corresponde ordenar a la Entidad efectuar el pago respecto del Entregable N°7 dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha que emita la conformidad del Entregable N° 7, que de acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato, el monto a pagar por el Entregable N° 07 es el 15% del monto contractual, ascendiendo el mismo a US\$ 223,983.57 (Doscientos veintitrés mil novecientos ochenta y tres con 57/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el Impuesto General a las Ventas (IGV).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Segunda Pretensión Principal:

- *Determinar si corresponde declarar inválido e ineficaz el Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, mediante el cual PROINVERSION rechaza la solicitud de pago presentada por el Consorcio TQB.*

- 14.35 El Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente a fin de determinar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01¹⁹.
- 14.36 A fin de resolver el segundo punto controvertido, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar algunos hechos manifestados por las partes del presente proceso.
- 14.37 Que, como consta en los escritos presentados por ambas partes, con fecha 17 de diciembre de 2014 celebraron el Contrato²⁰. En dicho Contrato pactaron el servicio de asesoría en relación al proceso de promoción de la Inversión Privada de la Zona de Actividades Logísticas y Antepuerto del Puerto del Callao. Conforme a la cláusula cuarta, el servicio consistía en presentar 7 entregables. Asimismo, acorde a la cláusula tercera, el pago se realizaría de

¹⁹ Anexo A-16 del escrito de demanda.

²⁰ Anexo A-2 del escrito de demanda.

acuerdo a la presentación de los diversos entregables, los cuales tenían un cronograma de entrega.

- 14.38 El Contratista alega que, en cumplimiento del Contrato, presentó el Entregable N°7 mediante carta N°001/TQB/2016²¹ de fecha 28 de abril de 2016. Dicho entregable consistía en un informe final de las actividades realizadas en el marco del Contrato. A razón de ello, el Contratista manifiesta que solicitó a la Entidad pronunciarse respecto del estado del informe final y, además, solicita el pago de dicha prestación. No obstante, Mediante Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01²² de fecha 17 de octubre de 2016, la Entidad rechazó el pago solicitado por el Contratista.
- 14.39 Ahora bien, este Tribunal Arbitral considera necesario determinar si el Contratista tenía el derecho al pago de acuerdo a la normatividad, ello con la finalidad de determinar si la Entidad actuó de forma irregular al rechazar el pago al Contratista mediante el Oficio mencionado anteriormente.

Sobre el derecho al pago del Contratista

- 14.40 Al respecto, es necesario tener en consideración lo que la normatividad establece en relación a la figura del pago. De modo que, conviene observar lo dispuesto en el Contrato, la LCE y su RLCE.
- 14.41 De acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato, las partes pactaron un honorario fijo y un honorario de éxito. El honorario fijo se refiere a la retribución económica relacionada a las prestaciones a cargo del Contratista. Por otro lado, el honorario de éxito está relacionado a la retribución económica de acuerdo al cumplimiento de una serie de supuestos establecidos en el Contrato, los cuales están vinculados a la presentación de propuestas de postores en el concurso del Proyectos Integrales y Adjudicación de la Buena Pro. A efectos del presente análisis, se tomará en cuenta el honorario fijo contenido en la Cláusula Tercera del Contrato, toda vez que la controversia está directamente relacionada con el mismo.
- 14.42 En relación al pago, los artículos 180 y 181 del RLCE establecen lo siguiente:

“Artículo 180.- Oportunidad del pago

Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio.

La Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia

²¹ Anexo A-11 del escrito de demanda.

²² Anexo A-16 del escrito de demanda.

de los bienes o la prestación de los servicios. Las Bases podrán especificar otras formas de acreditación de la obligación. Los montos entregados tendrán el carácter de pagos a cuenta.

En el caso que se haya suscrito contrato con un consorcio, el pago se realizará de acuerdo a lo que se indique en el contrato de consorcio.

Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago."

- 14.43 De lo anterior se advierte que la normatividad ha regulado el nacimiento del derecho al pago del Contratista y, además, los plazos en los cuales la Entidad está obligada a efectuar el pago. Así, se ha establecido que el derecho al pago nace cuando la prestación ejecutada por el contratista ha sido aceptada por la Entidad mediante la emisión de una conformidad.
- 14.44 En ese sentido, de los medios de prueba se tiene que, al momento de emitido el Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.0, no se había efectuado la conformidad de la prestación ejecutada por el Contratista en relación al Entregable N° 7. De modo que, en ese momento no se había generado el derecho de pago del Contratista.
- 14.45 No obstante, es necesario tener en consideración lo resuelto respecto de la Tercera Pretensión Principal. Así, se tiene que este Tribunal resolvió que corresponde ordenar a la Entidad emitir la conformidad y efectuar el pago respecto del Entregable N° 7, dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de emisión de la conformidad del Entregable N° 7.
- 14.46 Conforme con lo expresado, el Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01, mediante el cual la Entidad declara improcedente el pago del Entregable N° 7, a razón de la inexistencia de una habilitación legal, deviene en ineficaz, toda vez que, como se determinó anteriormente, si corresponde a la Entidad emitir la conformidad del

Entregable N° 7 y, por tanto, efectuar el pago de éste, dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de emisión de la conformidad del Entregable N° 7.

- 14.47 Por lo expuesto, se declara fundada la segunda pretensión principal. Por consiguiente, corresponde declarar la ineficacia del oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

- *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor del Consorcio TQB, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos en la ejecución de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", presentado con fecha 28 de abril del 2016.*

- 14.48 Conforme con la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal planteada, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral que ordene a la Entidad reconocer y pagar todos los costos y gastos incurridos en la ejecución de las actividades del Informe Final (Entregable N° 7).

- 14.49 El Tribunal Arbitral concluye que no corresponde amparar la presente pretensión, toda vez que la misma es una Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal la cual fue declarada fundada. Efectivamente, toda vez que una pretensión subordinada está condicionada al resultado de la pretensión principal, si la pretensión principal fue amparada por el Tribunal Arbitral, no corresponde que exista un pronunciamiento de la pretensión subordinada, pues dicho pronunciamiento se encuentra subordinado únicamente a la desestimación de la pretensión principal.

Al respecto, Eugenia Ariano Deho sostiene lo siguiente:

"(...) el pronunciamiento de la "subordinada" está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal: si la principal es estimada, el juez no debe ya pronunciarse sobre la otra (u otras), pues ésta (o éstas) justamente estaba "subordinada" en su pronunciamiento, a la desestimación de la principal. En cambio, si es que la principal no es estimada, el juez²³ debe pronunciarse sobre la otra (u otras), estimándola o desestimándola."²⁴

- 14.50 Puesto que la presente pretensión está subordinada a la Tercera Pretensión Principal, la cual ha sido amparada, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la presente Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.

²³

Léase árbitro en el presente caso.

²⁴

ARIANO DEHO, EUGENIA. La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables. IUS ET VERITAS. N°47. (2013). Pág. 204.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda:

- *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con indemnizar al Consorcio los daños y perjuicios generados bajo concepto de lucro cesante y daño emergente por la no continuidad del contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato".*

14.51 La pretensión bajo análisis está referida a una indemnización solicitada por el Contratista. En ese sentido, el artículo 1321 del Código Civil dispone que:

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

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

14.52 Conforme con el artículo citado, la figura de la indemnización solamente procede cuando concurren 4 elementos: el elemento antijurídico, el daño, el nexo causal y la imputabilidad²⁵.

14.53 En virtud de lo mencionado, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente a fin de determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad indemnizar al Contratista.

14.54 Respecto del elemento antijurídico, el cual está referido a la actuación contraria al ordenamiento jurídico que genera la obligación de indemnizar, corresponde precisar lo siguiente:

En el caso concreto, el Contratista solicita una indemnización, sustentada en la no continuidad del Contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades relacionadas al Entregable N° 7, que le han generado daños que, según el Contratista, deben ser indemnizados por la Entidad.

En ese sentido, corresponde indicar que la decisión de la Entidad de no continuar con el Contrato no configura ningún elemento antijurídico, toda vez que no ha transgredido ninguna disposición normativa. Además de ello, como se concluyó antes, el Contratista no está facultado legal ni contractualmente para cuestionar dicha decisión.

²⁵

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo X. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. P. 268.

Respecto de la dilación del reconocimiento y pago de las actividades relacionadas al Entregable N° 7 si configuran una actuación contraria a la normativa y, consecuentemente, un elemento antijurídico. Ello en virtud de que, como se determinó anteriormente, si corresponde a la Entidad emitir la conformidad y efectuar el pago del Entregable N° 7. De modo que, la demora de la Entidad respecto de la conformidad y pago es una actuación contraria a Derecho.

Por tanto, se ha determinado la existencia del elemento antijurídico pero solamente respecto de la dilación en emitir la conformidad y efectuar el pago del Entregable N° 7.

- 14.55 Con respecto a la imputabilidad, corresponde observar lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil. Así, en este caso concreto opera la presunción de culpa leve, toda vez que se ha determinado que la Entidad ha tenido una actuación contraria a derecho.
- 14.56 En relación al daño, el Tribunal Arbitral advierte que el Contratista no ha otorgado medios de prueba que sustenten y acrediten los daños y/o perjuicios sufridos. Por consiguiente, el Contratista no ha determinado cuál es el daño en concreto, ni mucho menos el monto que corresponde ser indemnizado.
- 14.57 En cuanto al nexo causal (relación entre la conducta antijurídica y los daños), corresponde indicar que no es posible determinar relación alguna entre la conducta antijurídica y el daño, toda vez que el Contratista no ha logrado acreditar ni sustentar el daño y/o perjuicio sufrido.
- 14.58 El mero incumplimiento contractual o producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. La probanza de este incumplimiento o realización del hecho doloso o culposo incumbe al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido.
- 14.59 Es por ello que, de los actuados en el presente proceso, no se advierte el nexo causal entre los hechos demandados y los daños producidos expuestos en su escrito por el Contratista, por lo que no es posible determinar si él tiene derecho a ser indemnizado.
- 14.60 Ahora bien, de acuerdo a lo analizado, a criterio del Tribunal no corresponde amparar la pretensión indemnizatoria, toda vez que no concurren todos los elementos necesarios para la procedencia de la indemnización. Por lo expuesto, el Tribunal resuelve declarar infundada la presente pretensión indemnizatoria. Por consiguiente, no corresponde ordenar a la Entidad indemnizar al Contratista.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal:

- *Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y pague a favor del Consorcio, todos y cada uno de los costos y gastos incurridos por la no continuidad del*

contrato, la dilación del reconocimiento y pago de las actividades detalladas en nuestro "Informe Final de Actividades de Asesoramiento Integral, Comunicación y Promoción realizada en el marco del Contrato", bajo el concepto de enriquecimiento sin causa.

- 14.61 En cuanto a la pretensión relacionada a la figura del enriquecimiento sin causa, resulta relevante tener en consideración lo resuelto por este Tribunal respecto de la excepción de incompetencia formulada por la Entidad.
- 14.62 Puesto que el Tribunal determinó que no es competente para pronunciarse respecto de las controversias relacionadas a la figura del enriquecimiento sin causa, no corresponde que el Tribunal realice el análisis de la presente pretensión subordinada.
- 14.63 Por lo indicado, el Tribunal declara improcedente la Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Quinta Pretensión Principal de la demanda:

- *Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que reconozca el pago a favor del Consorcio TQB por el honorario de éxito establecido en el inciso b) de la cláusula tercera del Contrato N°041-2014-PROINVERSION.*

- 14.64 Mediante la Quinta Pretensión Principal el Contratista solicita al Tribunal ordenar a la Entidad reconocer el pago a su favor respecto del honorario de éxito establecido en el inciso b) de la Cláusula Tercera del Contrato.
- 14.65 En virtud de lo mencionado, se realizará el análisis correspondiente a fin de determinar si corresponde o no amparar la presente pretensión.
- 14.66 Como primer punto, corresponde analizar lo pactado entre las partes respecto del honorario de éxito. Así, la sección b) de la Cláusula Tercera del Contrato dispone lo siguiente:

"b) Honorario de Éxito

El Honorario de Éxito ascenderá al 10% de Honorario Fijo, y se pagará de acuerdo al siguiente detalle:

i) El cien por ciento (100%) del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de cuatro (04) propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso de Proyectos Integrales, así como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

ii) El ochenta por ciento (80%) del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de tres (03) propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso del Proyecto Integral, así

como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

iii) El cincuenta por ciento (50%) del Honorario de Éxito, si el asesor logra concretar la presentación de dos (02) propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso del Proyecto Integral, así como la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

Cualquiera de los pagos antes indicados, será cancelado después de la fecha de suscripción del contrato de APP en el marco del Concurso de Proyectos Integrales."

- 14.67 Del texto citado se advierte que, a efectos de que la Entidad efectúe el pago del honorario de éxito, es necesario el cumplimiento de alguno de los supuestos detallados en la sección b) de la cláusula tercera del Contrato. Asimismo, el monto a pagar respecto del honorario de éxito varía en función de cada supuesto en particular.
- 14.68 Ahora bien, los tres supuestos sobre los cuales opera el honorario de éxito requieren el cumplimiento de dos hechos. En primer lugar, la presentación de propuestas económicas válidas por parte de los postores del Concurso de Proyectos Integrales. Para entender mejor, debía concretarse la presentación de propuestas válidas por parte de los postores. Acorde a la cláusula, en el primer supuesto la presentación de 04 propuestas, en el segundo supuesto 03 propuestas y en el tercer supuesto 02 propuestas. En segundo lugar, era necesaria la suscripción del Contrato APP con el adjudicatario de la buena pro.
- 14.69 Por tanto, a efectos de solicitar el pago del honorario de éxito resulta necesario el cumplimiento de alguno de los supuestos establecidos en la sección b) de la Cláusula Tercera del Contrato.
- 14.70 Llegados a este punto, corresponde analizar si se ha acreditado alguno de los supuestos indicados en la sección b) de la cláusula tercera, ello con la finalidad de determinar si corresponde o no el pago por concepto de honorario de éxito a favor del Contratista.

En relación al cumplimiento de alguno de los supuestos

- 14.71 Al respecto, las partes determinaron que, al realizarse el primer supuesto, el monto a pagar a favor del Contratista será equivalente al cien por ciento (100%) del honorario de éxito. Se tiene por cumplido el primer supuesto solo si el asesor logra concretar la presentación de cuatro (04) propuestas económicas declaradas viables presentadas por los postores del Concurso de Proyectos Integrales y, además, se efectúa la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.
- 14.72 En cuanto al segundo supuesto, el monto considerado es el ochenta por ciento (80%) del honorario de éxito. Al igual que el primer supuesto, debía concretarse la presentación de tres (03) propuestas económicas declaradas

viales en el Concurso de Proyectos Integrales. Además de ello, para el otorgamiento del referido honorario de éxito es además necesario la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

14.73 Finalmente, en relación con el tercer supuesto, las partes acordaron el pago del cincuenta por ciento (50%) del honorario de éxito en caso se logre concretar la presentación de dos (02) propuestas económicas declaradas válidas en el Concurso de Proyectos Integrales. Asimismo, para el otorgamiento del referido honorario de éxito es además necesario la suscripción del Contrato de APP con el adjudicatario de la Buena Pro de dicho concurso.

14.74 Ahora bien, de los medios de prueba aportados, se tiene que el Contratista no ha logrado acreditar el cumplimiento de alguno de los supuestos expresados en la sección b) de la Cláusula Tercera del Contrato. Así, no se tiene constancia de que se haya concretado la presentación de propuestas declaradas válidas en el Concurso de Proyectos Integrales. Asimismo, tampoco existe evidencia y no se encuentra acreditado en el presente arbitraje, la suscripción del contrato con el adjudicatario de la buena pro de dicho concurso. Por el contrario, en el Acuerdo de Comité N° 509-3-2015-ZALAC se evidencia que el Concurso de Proyectos Integrales fue suspendido el día 03 de noviembre de 2015. Esta decisión fue comunicada por la Entidad al Contratista mediante el oficio N°161-2015/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01²⁶ de fecha 06 de noviembre de 2015.

14.75 En ese sentido, teniendo en consideración la suspensión del Concurso de Proyectos Integrales y, además la falta de acreditación del cumplimiento de alguno de los supuestos contenidos en la Cláusula Tercera del Contrato relacionada al honorario de éxito, este Tribunal Arbitral resuelve que no corresponde reconocer el derecho del Contratista al pago del honorario de éxito, pues en opinión de este Tribunal las partes siempre fueron conscientes que la generación del bono de éxito estaba sujeta a la verificación de un hecho futuro e incierto que no dependía de PROINVERSION, pero además las propias partes acordaron en el numeral 3.4 de la cláusula tercera del contrato que ante la eventual terminación anticipada del mismo, solo sería exigible los porcentajes de los honorarios establecidos en el numeral 3.1 del propio contrato, es decir solo el honorario fijo.

14.76 Conforme todo lo expuesto, corresponde declarar infundada la Quinta Pretensión Principal de la demanda. Por tanto, no corresponde ordenar a la Entidad reconocer el pago respecto del honorario de éxito a favor del Contratista.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda:

²⁶ Anexo A-6 del escrito de demanda.

57

- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de todas las costas, costos y gastos derivados del presente arbitraje.

14.77 En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

- a) El inciso 4 del artículo 42 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima establece que:

“El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.”

- b) Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje sean asumidos de forma equivalente por cada una de las partes.

14.78 En consecuencia, el pago de los costos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de Centro de Arbitraje), fueron acreditados, de acuerdo a la información brindada por el Centro de Arbitraje, conforme se detalla a continuación:

PARTES	Gastos Administrativos del Centro	Honorarios del Tribunal Arbitral	Total
Pago efectuado por: Consorcio BTQ	S/ 8.526,53 más I.G.V.	S/ 25.614,13 más I.G.V.	S/ 34140.66 más I.G.V.
Pago efectuado por: PROINVERSION	S/ 00.00	S/ 00.00	S/ 00.00

14.79 A partir del cuadro detallado, se advierte que el Consorcio TQB ha efectuado el pago de los costos arbitrales a cargo de ambas partes, siendo el monto total S/ 34,140.66 (Treinta y cuatro mil ciento cuarenta con 66/100 soles).

14.80 En ese sentido, por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral ordena a PROINVERSIÓN, el pago y/o reembolso a favor del Consorcio TQB el monto del 50% de los costos arbitrales (entiéndase honorario del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro de Arbitraje), cuyo monto asciende a S/ 17,070.33 (Diecisiete mil setenta con 33/100 soles) más IGV.

XV. LAUDO

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral RESUELVE:

Primero.-Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Caducidad deducida por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada en su escrito de contestación de demanda de fecha 12 de junio de 2018, y su Escrito N° 04 de fecha 04 de octubre de 2018.

Segundo.-Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Competencia sobre la indemnización por daños y perjuicios deducida por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada en su Escrito N° 04 de fecha 04 de octubre de 2018.

Tercero.-Declarar **FUNDADA** la Excepción de Competencia sobre el enriquecimiento sin causa deducida por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada en su escrito de contestación de demanda de fecha 12 de junio de 2018, y su Escrito N° 04 de fecha 04 de octubre de 2018.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **NO CORRESPONDE** declarar la ineficacia y/o invalidez del Oficio N°5-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01.

Quinto: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, **CORRESPONDE** ordenar a la Entidad emitir la conformidad del Entregable N° 7 dentro del plazo máximo de diez (10) hábiles computados desde la notificación del presente laudo, y ordenar a la Entidad efectuar el pago referente al Entregable N°7 dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de emisión de la conformidad del Entregable N° 7; y, en consecuencia se ordena a PROINVERSIÓN reconocer a favor del Consorcio TQB el pago ascendente a US\$ 223,983.57 (Doscientos veintitrés mil novecientos ochenta y tres con 57/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el Impuesto General a las Ventas (IGV).

Sexto: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **CORRESPONDE** declarar la ineficacia del Oficio N°11-2016/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPPU.01.

Sétimo: Declarar que **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la presente Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.

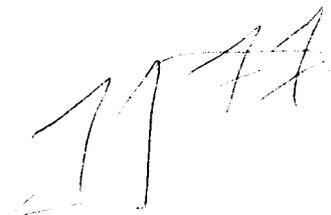
Octavo: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de demanda. Por tanto, **NO CORRESPONDE** ordenar a la Entidad efectuar el pago de una indemnización a favor del Contratista.

Noveno: Declarar **IMPROCEDENTE** la Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

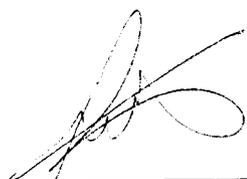
Décimo: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda. Consecuentemente, **NO CORRESPONDE** ordenar a la Entidad efectuar el pago del honorario de éxito a favor del Contratista.

Undécimo: Respecto de la Sexta Pretensión Principal de la demanda, ORDENAR que cada parte asuma los costos y costas que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o les corresponda. Por lo que, se ordena a PROINVERSION el pago y/o reembolso a favor del Consorcio TQB por el monto de S/ 17,070.33 (Diecisiete mil setenta con 33/100 soles) más IGV, por concepto del 50% del costo total de los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

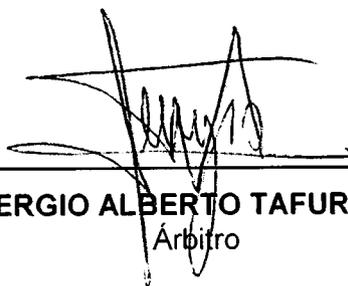
Notifíquese a las partes. -



ALFREDO FERNANDO SORIA AGUILAR
Presidente del Tribunal Arbitral



RODRIGO FREITAS CABANILLAS
Árbitro



SERGIO ALBERTO TAFUR SÁNCHEZ
Árbitro

610