

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

Expediente N° 0629-2020-CCL

BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C
(BBTI-CONTRATISTA)

vs.

PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD
(PRONIS – ENTIDAD)

LAUDO

Tribunal Arbitral

Alberto Molero Rentería – Presidente
Fredy Domínguez Fernández – Árbitro
José Antonio Sánchez Romero - Árbitro

Secretaría Arbitral

Iván Bendezú Elescano

Lima, 26 de julio de 2022

I. ANTECEDENTES

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1.1 El 23 de mayo de 2012, **BB TECNOLOGÍA INDUSTRIAL S.A.C.** (en adelante "BBTI o CONTRATISTA") y el **PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD** (en adelante, PRONIS o ENTIDAD), suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 017-2012-PARSALUD/BID, con el objeto de ejecutar las siguientes obras: "Nuevo Centro de Salud Ocalli"; "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Rodríguez de Mendoza" y; "Ampliación y Remodelación del Centro de Salud Tingo" (en adelante, CONTRATO), por un monto de S/. 7'756,056.17 nuevos soles.

1.2 En el CONTRATO las partes han previsto la aplicación de dos tipos de solución de controversias, la Conciliación Decisora y el Arbitraje. En relación a la Conciliación Decisora, las partes han acordado lo siguiente:

CGC 14.1	Los Informes de Investigación del Sitio de las Obras son: NO APLICA
CGC 15.1	Consultas: Toda consulta de la aplicación del contrato será consultada directamente a la Entidad.
CGC 21.1	Las fechas de Toma de Posesión del Sitio de las Obras será la determinada en la Carta que deberá enviar "EL CONTRATANTE" a "EL CONTRATISTA" conforme a la cláusula CGC 1.1 (u) de las Condiciones Especiales del Contrato.
CGC 24.1	Las discrepancias que se planteen respecto de las decisiones del Gerente de Obra que no puedan solucionarse amigablemente entre las partes, deberán solucionarse mediante la Conciliación prevista en la CGC 24.1, salvo aquellas referidas a la CGC 59.

22

Logo of BB Tecnología Industrial S.A.C. and Logo of Programa Nacional de Inversiones en Salud (PRONIS).

Ir. Elvira Tristán N° 210. Mantolans del Mar

1.3 De igual manera, en relación a la intervención del conciliador decisor, en las Condiciones Generales del CONTRATO (CGC) han previsto lo siguiente:

<p>24. Controversias</p>	<p>24.1 Si el Contratista considera que el Gerente de Obras ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión del Gerente de Obras.</p>
<p>25. Procedimientos para la solución de controversias</p>	<p>25.1 El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la notificación de una controversia.</p> <p>25.2 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiere la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.</p> <p>25.3 El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución denominada en las CEC y en el lugar establecido en las CEC.</p>

1.4 De otro lado, en relación al arbitraje, en las Condiciones Generales del CONTRATO (CGC) han previsto lo siguiente:

<p>CGC 14.1</p>	<p>Los Informes de Investigación del Sitio de las Obras son: NO APLICA</p>
<p>CGC 15.1</p>	<p>Consultas: Toda consulta de la aplicación del contrato será consultada directamente a la Entidad.</p>
<p>CGC 21.1</p>	<p>Las fechas de Toma de Posesión del Sitio de las Obras será la determinada en la Carta que deberá enviar "EL CONTRATANTE" a "EL CONTRATISTA" conforme a la cláusula CGC 1.1 (u) de las Condiciones Especiales del Contrato.</p>
<p>CGC 24.1</p>	<p>Las discrepancias que se planteen respecto de las decisiones del Gerente de Obra que no puedan solucionarse amigablemente entre las partes, deberán solucionarse mediante la Conciliación prevista en la CGC 24.1, salvo aquellas referidas a la CGC 59.</p>

2. DE LAS REGLAS DEL PROCESO

A través de la Orden Procesal N° 03 de fecha 9 de diciembre de 2021, el Tribunal Arbitral estableció las reglas definitivas del presente arbitraje, luego de recibir las posiciones de las partes en torno a dichas reglas.

Asimismo, se otorgó a BBTI el plazo de treinta (30) días hábiles para que presente su escrito de demanda y los medios probatorios que corresponde.

Designación del Tribunal Arbitral

- 2.1 El Tribunal Arbitral está constituido por el abogado Alberto Molero Rentería en condición de presidente del Tribunal Arbitral; el abogado Fredy Domínguez Fernández, en condición de Árbitro designado por BBTI y; el abogado José Antonio Sánchez Romero, en condición de Árbitro designado por PRONIS.

Por otro lado, el Tribunal Arbitral manifestó no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada, conforme a lo dispuesto en el Código de Ética del Centro y el Reglamento de Arbitraje del Centro (en adelante, el Reglamento).

Secretaría Arbitral

- 2.2 La Secretaría General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima designó al abogado Iván Bendezú Elescano como Secretario Arbitral.
- 2.3 Serán de aplicación al presente arbitraje, los acuerdos previstos por las partes en el respectivo convenio arbitral, las reglas contenidas en la Orden Procesal No. 03 y el Decreto Legislativo N° 1071 que aprobó la Ley de Arbitraje.

Sin perjuicio de ello, en caso de vacíos el Tribunal Arbitral quedó facultado para establecer a su entera discreción las reglas pertinentes, previa notificación a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34° de la Ley de Arbitraje.

La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la Ley Peruana, de conformidad con lo previsto por las partes en la Regla 15 de la Orden Procesal N° 3.

3. ETAPA POSTULATORIA

De la demanda de BBTI

- 3.1 Con fecha 26 de enero de 2022, BBTI presentó su escrito de Demanda.

3.2 Las pretensiones de BBTI contenidas en su demanda son las siguientes:

“Primera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral apruebe la Liquidación de Obra, presentada por la empresa BB Tecnología Industrial SAC, mediante y que tiene un saldo a favor del Contratista de S/. 639,238.40 soles.”*

“Segunda Pretensión Principal: *En caso se declare infundada la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral formule una nueva liquidación de contrato de obra donde determine el monto que corresponde por el concepto de la liquidación final del contrato y de corresponder determinar cual es el monto de la nueva liquidación de contrato de obra y el saldo por pagar que arroje de esta.”*

“Tercera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Carta N° 045-2019-MINSA/PRONIS-CG-UO con el que adjuntaron el Informe N° 001-2019-MINSA-PRONIS/UO/NDECH por el cual la parte contraria hizo llegar su observación a nuestra liquidación e hizo su propia liquidación final de obra.”*

“Cuarta Pretensión Principal: *Determinar o no que el Tribunal Arbitral declare al hoy denominado PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES DE SALUD – PRONIS efectuar la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento y se le ordene pagar los costos de renovación de la mencionada Carta Fianza desde la fecha en que se presentó la liquidación de mi representada BB Tecnología Industrial SAC, hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución.”*

“Quinta Pretensión Principal: *Que se ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES DE SALUD – PRONIS asumir los costos íntegros de las costas y costos del presente proceso arbitral, debiendo desde ya considerar su comportamiento procesal, considerando que nuestra representada asumió en su totalidad los gastos arbitrales, que se encuentran cancelados en su totalidad.”*

De la contestación de demanda de PRONIS

- 3.3 Con fecha 16 de marzo de 2022, PRONIS presentó su escrito con contestación de demanda. En dicho documento, PRONIS formuló un cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral (excepciones de incompetencia y de caducidad).
- 3.4 Con fecha 22 de abril de 2022, BBTI presentó su escrito absolviendo el traslado de la contestación de demanda.
- 3.5 Mediante Orden Procesal N° 5 de fecha 4 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral estimó pertinente adecuar el calendario de actuaciones, a efectos de recoger oralmente las exposiciones de las partes en torno al cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral. Así, dispuso adecuar la Audiencia Única a una Audiencia Única Especial sobre Excepciones.
- 3.6 Dicha Audiencia fue reprogramada para el 19 de mayo de 2022.

4. AUDIENCIA ESPECIAL

- 4.1 Con fecha 19 de mayo de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Especial, donde las partes expusieron sus posiciones en torno a los cuestionamientos a la competencia del Tribunal Arbitral.
- 4.2 Mediante Orden Procesal N° 7 de fecha 20 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar, dejando constancia que, en caso que los cuestionamientos a la competencia sean desestimados, en todo o en parte, el Colegiado, en su oportunidad, emitirá una decisión sobre el fondo de la controversia.

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

Posición del PRONIS

- 2.1 Mediante escrito de contestación de la demanda, PRONIS cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral sustentando su posición en dos aspectos centrales; a saber: (i) la caducidad del derecho invocado por BBTI respecto de las pretensiones planteadas en la demanda y; (ii) la incompetencia del Tribunal Arbitral por no haberse seguido el procedimiento para la solución de controversias previsto en el CONTRATO.

- 2.2 Con relación a la caducidad, PRONIS sostiene que mediante laudo emitido el 23 de enero de 2017, se resolvieron de manera definitiva controversias relacionadas con el CONTRATO, las mismas que fueron sometidas a arbitraje por BBTI. Dichas controversias estuvieron dirigidas a resolver: (i) el pedido de nulidad y/o ineficacia de la resolución del contrato; (ii) el pedido de nulidad y/o ineficacia de la decisión que declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 1; (iii) el pedido de nulidad y/o ineficacia de la decisión que declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 2; (iv) la devolución del fondo de garantía; (v) la aprobación de diversos pedidos relacionados a ampliación de plazo, mayores gastos generales y (vi) devoluciones de montos por concepto de retenciones y de aplicación de penalidad.
- 2.3 Alega PRONIS que de todas las pretensiones planteadas por BBTI solo fue reconocido el pago de S/. 37,411.48 y S/. 32,066.97 soles por concepto de penalidades impuestas, declarándose válida la resolución del CONTRATO. Así como la ampliación de plazo por 107 días calendario.
- 2.4 Asimismo, señala PRONIS que la liquidación del contrato, en la Cláusula 61.1 de las CGC establece que “Si el contrato se rescinde por incumplimiento fundamental del Contratista, el Gerente de Obras deberá emitir un certificado en el que conste el valor de los trabajos realizados y de los Materiales ordenados por el Contratista, menos los anticipos recibidos por él hasta la fecha de emisión de dicho certificado y menos el porcentaje estipulado en las CEC que haya que aplicar al valor de los trabajos que no se hubieran terminado (...)”. En concordancia con esta Cláusula, el Gerente de Obras elaboró la liquidación del Contrato N° 17-2012-PARSALUD/BID y en cumplimiento del laudo arbitral de fecha 23 de enero de 2017.
- 2.5 Sostiene PRONIS que, pese a ello, BBTI ha iniciado este arbitraje, para discutir controversias relacionadas con la liquidación; sin embargo, sostiene que no ha seguido el procedimiento de solución de controversias previsto en el CONTRATO.
- 2.6 PRONIS alega que el CONTRATO prevé que, ante el surgimiento de una controversia derivada de una decisión del Gerente de Obras, dicha decisión debía ser sometida al Conciliador dentro de los 14 días de haber sido notificado con dicha decisión y;

posteriormente, la decisión del Conciliador podía ser cuestionada en arbitraje dentro de los 28 días siguientes.

- 2.7 En razón a ello, PRONIS alega que BBTI no ha cumplido con ello y, por tanto, el arbitraje se encuentra incorrectamente implementado.
- 2.8 A partir de ello, PRONIS señala que la caducidad planteada no sólo es de carácter netamente jurídico, sino además de contenido esencialmente objetivo, por cuanto se trata de verificar si la solicitud de arbitraje se ha interpuesto o no dentro del plazo establecido en el Contrato.
- 2.9 De otro lado, en relación al cuestionamiento a la competencia, PRONIS sostiene que el Tribunal Arbitral sólo podría ser competente si este proceso arbitral se hubiera iniciado conforme al procedimiento de solución de controversias establecido en el numeral 24 de las condiciones generales del Contrato de Ejecución de Obra N° 17-2012/PARSALUD/BID y los numerales 24.1 y 25.3 de las condiciones especiales de dicho contrato, ya que de forma previa al inicio de un proceso arbitral, el Contratista, en caso no estar de acuerdo con la liquidación remitida por el Gerente de Obras, debía someter dicha decisión a un proceso previo de Conciliación Decisoria, siendo éste obligatorio para las partes.

Posición de BBTI

- 2.10 Con fecha 22 de abril de 2022, BBTI absuelve el traslado de la contestación de demanda. En dicha comunicación, BBTI sostiene no estar de acuerdo con la liquidación formulada por la Entidad, en tanto que se hace referencia a un monto que no considera conceptos como: (i) retención; (ii) gastos notariales, arbitrales y publicidad; (iii) multas por los cambios de ingeniero residente; (iv) interés del laudo y; (v) penalidad por retraso en el término de la obra.
- 2.11 Asimismo, BBTI sostiene no estar de acuerdo con las retenciones señaladas, pues no se consideran los montos que aún se encuentran pendientes de cancelación, los cuales generarían intereses por demora.

2.12 BBTI sostiene que PRONIS no ha considerado tampoco la ejecución de la carta fianza por la suma de S/. 775,605.62, así como la desproporción en la aplicación de penalidad.

2.13 Finalmente, BBTI señala que, las indebidas retenciones, de hasta el 30% de lo facturado, generó un desfinanciamiento de BBTI lo que implicó que se retrasara en la ejecución.

III. CONSIDERACIONES

1. Cuestión preliminar

Antes de pasar al análisis y pronunciamiento sobre las materias objeto de esta decisión, los miembros del Tribunal Arbitral declaran que:

- 1.1. Han sido debidamente designados por las partes, quienes ratificaron expresamente su aceptación al cargo. Asimismo, las partes ratificaron su total conformidad en la designación del árbitro Alberto Molero Rentería como Presidente del Tribunal Arbitral. A su vez, manifiestan no tener incompatibilidad ni compromiso con las partes, habiendo desempeñado el cargo con imparcialidad, independencia, neutralidad y objetividad, conforme a lo dispuesto en el Código de Ética del Centro y el Reglamento.
- 1.2. Ningún miembro del Tribunal Arbitral ha sido recusado.
- 1.3. El presente arbitraje es institucional, nacional y de Derecho.
- 1.4. Durante el desarrollo del proceso arbitral, ambas partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, argumentar sus posiciones y, respecto al cuestionamiento a la competencia, informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes. Asimismo, se ha cumplido debidamente con notificar cada una de las actuaciones procesales a ambas partes, hasta el momento de la emisión del presente Laudo.

Antes de desarrollar los puntos centrales materia de la presente decisión, este Tribunal Arbitral considera pertinente señalar lo siguiente:

- Los argumentos esbozados por las partes en torno al cuestionamiento de la competencia, son los establecidos en los Antecedentes, en concordancia con la información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo.
- Este Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso y tomando en cuenta los cuestionamientos a su competencia.
- Así, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los escritos presentados por las partes, en donde se hace alusión a las cuestiones relacionadas con la competencia de este Colegiado, así como los medios probatorios que resultan pertinentes para emitir el presente Laudo, analizándolos y adjudicándoles el valor probatorio que les corresponde, ello a pesar que no se haga mención expresa a alguno de ellos.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral procede a emitir decisión sobre su competencia.

2. Análisis sobre la Competencia del Tribunal Arbitral

2.1. Tal como hemos señalado en los antecedentes, mediante escrito de contestación de la demanda, PRONIS cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral sustentando su posición en dos aspectos centrales; a saber: (i) la caducidad del derecho invocado por BBTI respecto de las pretensiones planteadas en la demanda y; (ii) la incompetencia del Tribunal Arbitral por no haberse seguido el procedimiento para la solución de controversias previsto en el CONTRATO.

2.2. En este contexto, el Tribunal Arbitral considera necesario realizar un análisis del procedimiento para la solución de

controversias prevista en el CONTRATO, para luego verificar si el derecho invocado por BBTI se encuentra afectado con la caducidad.

2.3. Así, en relación al convenio arbitral, el Tribunal Arbitral considera oportuno señalar que el artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 define lo que debe entenderse por convenio arbitral. Así, el referido artículo dispone que: *“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”*.

2.4. Esta definición es recogida del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985; enmendada en 2006), la cual ha fungido de referencia para la regulación del arbitraje en varios países del continente americano, incluido el Perú.

2.5. Asimismo, este acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, antes o después de la existencia de un conflicto, tiene por objeto inmediato el de sustraer la relación jurídica de la jurisdicción ordinaria y llevarlo al ámbito particular o privado de los árbitros para que sean estos los que resuelvan y pongan fin, de forma definitiva, a la controversia sometida a su decisión.

2.6. Queda claro entonces, que para que el arbitraje sea el medio de solución de controversias de una determinada relación jurídica, las partes deben expresar válidamente su voluntad, voluntad de excluirse de la jurisdicción ordinaria y de someterse a este mecanismo de solución de conflictos, para resolver todas o ciertas controversias que pudieran surgir en relación a dicha relación jurídica.

2.7. A propósito de ello, tal como señala CREMADES, el convenio arbitral es la gran carta magna del arbitraje, *“pues esta institución no es otra cosa que un acuerdo entre unas partes en conflicto real o eventual y – tras su aceptación – los árbitros o la institución arbitral en quienes se deposita la confianza para que lleguen a una aceptable solución de las diferencias entre las partes”*¹

¹ CREMADES, Bernardo M. *El proceso arbitral en los negocios internacionales*, en: Themis, Revista de Derecho, No. 11, Lima, 1998, p. 10.

2.8. El autor en mención destaca al convenio arbitral como pieza clave del desarrollo del proceso, *“pues los árbitros no pueden apartarse, bajo peligro de nulidad, de lo acordado entre las partes”*².

2.9. En ese mismo sentido, VIDAL RAMÍREZ refiere que *“el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, desde que genera obligaciones para las partes y las vincula a su finalidad específica, que es la de someter a árbitros la solución de su conflicto”*³.

2.10. Por su parte, y en línea de lo anterior, SILVA SILVA señala que *“un acuerdo de esta naturaleza implica para las partes contratantes una renuncia a su derecho de accionar ante un tribunal jurisdiccional, para que este les solucione el conflicto. Esta renuncia, tácita o expresa, conduce a las partes a que diriman su controversia mediante el proceso arbitral”*⁴.

2.11. Qué duda cabe que para que una controversia pueda ser analizada y resuelta en la vía arbitral, es necesario que dicha controversia se encuentre bajo los alcances del convenio arbitral al que se hace referencia para dar inicio al arbitraje. Dicho convenio arbitral puede encontrarse, tanto en el documento que contiene la relación jurídica o en otro instrumento independiente, siempre y cuando, el convenio arbitral haga referencia a dicha relación jurídica.

2.12. Adicionalmente a ello, el Tribunal Arbitral debe dejar expresa constancia que, la invalidez, eficacia o existencia de un convenio arbitral debe ser analizado de manera autónoma e independiente del contrato que lo contiene; ello en atención al principio de Separabilidad de Convenio Arbitral; por lo que, la nulidad, invalidez, ineficacia o inexistencia de un contrato no implica – per se – la ineficacia, invalidez, nulidad o inexistencia del convenio arbitral contenido en dicho instrumento.

2.13. Ahora bien, sobre la excepción de incompetencia, el Tribunal Arbitral estima pertinente señalar que, las excepciones constituyen una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa, *“pues son herramientas procesales que emplean las partes a fin de cuestionar la viabilidad del arbitraje e impedir la continuidad*

² *Ibíd.*

³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El convenio arbitral*, en: Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 56, Lima, 2003, p. 571.

⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje Comercial Internacional Mexicano (Compendio de un curso)*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, México, 2015, p. 25.

*de algunas o todas las actuaciones arbitrales, sin cuestionar necesariamente, el fondo de la controversia*⁵.

2.14. Para el caso de la excepción de incompetencia, esta es un presupuesto procesal por el cual se denuncia vicios en la competencia del juzgador, en este caso, del Tribunal Arbitral, *“siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no puedan ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo a la normativa legal respectiva*⁶.

2.15. Sobre este particular, de acuerdo con lo previsto en las Condiciones Generales del CONTRATO, literal A “Disposiciones Generales”; numeral 1 “**Definiciones**”, se estableció lo siguiente:

“1.1. Las palabras y expresiones definidas aparecen negrillas

*(a) El **Conciliador** es la persona nombrada en forma conjunta por el Contratante y el Contratista o en su defecto, por la Autoridad Nominadora de conformidad con la cláusula 26.1 de estas CGC, para resolver en primera instancia cualquier controversia, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 24 y 25 de estas CGC...*”

2.16. Asimismo, en la cláusula 24 de las mencionadas Condiciones Generales del CONTRATO, las partes pactaron lo siguiente:

“24. Controversias

24.1. Si el Contratista considera que el gerente de obras ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión del Gerente de Obras”.

2.17. Como se aprecia, las partes han pactado la intervención del Conciliador para efectos de resolver la controversia que pudiera surgir frente a la decisión que emita el Gerente de Obras.

2.18. El Tribunal Arbitral aprecia que este acuerdo, resulta de particular relevancia para el presente análisis, pues, el Colegiado advierte que no estamos frente a un procedimiento conciliatorio,

⁵ Opinión No. 001-2014/DAA. Léase en: <https://bit.ly/3nflBzy>.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “El Arbitraje en la Contratación Pública”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 7, Palestra, Lima, 2009, Pág. 132.

donde lo que prima es el ánimo de conciliar; sino, que estamos frente a un pronunciamiento decisor, donde la figura del Conciliación, a diferencia de la conciliación extrajudicial, responde a un tercero con facultades decisoras por pacto expreso de las partes.

2.19. Lo anterior se corrobora con lo señalado en la propia cláusula 25 de las Condiciones Generales del CONTRATO, como veremos a continuación:

“25. Procedimientos para la solución de controversias

- 25.1. *El **Conciliador deberá comunicar su decisión** dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la notificación de una controversia.*
- 25.2. *El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. **Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje** dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes somete la decisión de la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, **la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.***
- 25.3. *El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución denominada en las CEC y en el lugar establecido en las CEC. (Énfasis nuestro)*

2.20. Como puede apreciar este Tribunal Arbitral, las partes facultaron al Conciliador a tomar una decisión sobre la controversia, lo que se distancia de la figura del conciliador extrajudicial, donde este tercero, colabora con las partes en el acercamiento de sus posiciones, proponiendo fórmulas conciliatorias, pero en este caso, el conciliador no cuenta con facultades decisoras, dado que este medio de solución de conflictos es de naturaleza autocompositiva; es decir, que son finalmente las partes las que llegan a un acuerdo que les permita resolver de manera directa sus diferencias.

2.21. Dentro de este marco, el Conciliador al que hace referencia el CONTRATO, es un tercero al que las partes le han otorgado

facultades decisoras y por tanto, son las partes las que voluntariamente se han sometido a la decisión de un tercero.

2.22. Asimismo, las partes han previsto que, en caso alguna de ellas no se encuentre de acuerdo con la decisión de este Conciliador, dicha decisión puede ser cuestionada en sede arbitral.

2.23. A partir de ello, para este Tribunal Arbitral, la figura del Conciliador con facultades decisoras, es una instancia obligatoria para la solución del conflicto y, aquello que decida el Conciliador con facultades decisoras, puede ser controvertido en vía arbitral. De ahí que, según lo pactado entre las partes, la materia arbitrable, en el marco de lo previsto en las cláusulas 24 y 25 de las Condiciones Generales del CONTRATO es aquella decisión emitida por el Conciliador.

2.24. Lo antes señalado se encuentra también regulado en la cláusula 24.1 de las Condiciones Especiales del CONTRATO, la misma que consigna lo siguiente:

*“24.1. Las discrepancias que se planteen respecto de las decisiones del Gerente de Obras que no puedan solucionarse amigablemente entre las partes, **deberán** solucionarse mediante la Conciliación prevista en las CGC 24.1 salvo aquellas referidas a la CGC59”. (Énfasis nuestro)*

2.25. Como se advierte, las partes regularon el marco por el que transitarían la controversia surgida entre las partes, expresando que, salvo aquella controversia determinada en la CGC 59, todas deben ser resueltas a través de la Conciliación, a la que hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

2.26. La cláusula 59 de las Condiciones Especiales del CONTRATO, establece lo siguiente:

“CGC59. La rescisión o resolución del contrato, formulada conforme a la cláusula 59 de la CGC, podrá ser sometida a arbitraje si “EL CONTRATANTE” o “EL CONTRATISTA” no estuvieren de acuerdo con la misma”.

2.27. Del análisis integral de las cláusulas contractuales, resulta claro para este Colegiado que las partes consideraron – como regla general – que las controversias sean resueltas a través del

Conciliador con facultades decisoras, salvo aquellas relacionadas con la rescisión o resolución del CONTRATO.

2.28. A partir de ello, del análisis de los escritos y documentos probatorios aportados por las partes al proceso, específicamente del escrito de demanda, el Tribunal Arbitral aprecia que BBTI ha sometido a arbitraje, los aspectos relacionados con la liquidación final; sin embargo, dicha controversia no se basa en la decisión emitida por el Conciliador con facultades decisoras, ni está relacionado con la resolución o rescisión del CONTRATO.

2.29. BBTI no ha negado que el inicio del presente proceso no ha seguido el procedimiento previsto en el CONTRATO, pues al momento de absolver la contestación de demanda, donde PRONIS realizó los cuestionamientos a la competencia del Tribunal Arbitral, solo hizo referencia a los aspectos de fondo de la controversia, ratificando su posición en el sentido de no estar de acuerdo con la liquidación practicada por el Gerente de Obra.

2.30. En ese orden de cosas, no existe resistencia frente a la afirmación de PRONIS respecto de la falta de sometimiento de la controversia a la decisión del Conciliador con facultades decisoras. Así, habiendo verificado este Colegiado que, en efecto, salvo lo previsto en la cláusula 59 de las Condiciones Especiales del CONTRATO, la materia controvertida que puede ser sometida a arbitraje es aquella decisión emitida por el Conciliador con facultades decisoras y; no habiéndose verificado el cumplimiento de lo previsto en el CONTRATO por parte de BBTI, la excepción de incompetencia deducida por PRONIS debe ser amparada en tanto que, el Tribunal Arbitral no resulta competente, en este momento, para resolver controversias relacionadas con las pretensiones planteadas por BBTI, en la medida que las propias partes han establecido como mecanismo de solución de controversias, para aquellas emanadas de la decisión del Gerente de Obras, la conciliación decisora.

2.31. De otro lado, el Tribunal Arbitral considera que, carece de objeto, analizar la excepción de caducidad deducida por PRONIS, en tanto que la excepción de incompetencia ha sido amparada y, con ello, las actuaciones arbitrales han concluido.

2.32. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que al haberse amparado el cuestionamiento a la competencia, la presente decisión

se torna en definitiva, habiendo este Colegiado cumplido con las funciones para el cual ha sido constituido.

3. Sobre la distribución de los Costos del Arbitraje

3.1. El numeral 1 del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro establece que los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) Los honorarios y gastos de los árbitros.
- b) Los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje.
- c) Los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere.
- d) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

3.2. De otra parte, el numeral 2. del artículo 56° del Reglamento Procesal del Centro, señala 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.

3.3. De otra parte, de la revisión del convenio arbitral contenido en el CONTRATO, el Tribunal Arbitral advierte que las partes no han establecido o acordado estipulación alguna relacionada con la imputación o distribución de los costos del arbitraje, correspondiendo a este Tribunal Arbitral, por tanto, pronunciarse al respecto.

3.4. En virtud de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que BBTI inició el arbitraje considerando que era posible acudir directamente a este medio de solución de conflictos, sin considerar que debía acudir previamente a la figura del Conciliador con facultades decisoras; no obstante, siendo que la actuación desplegada por BBTI se enmarca en el ámbito de la Buena Fe, en tanto que existió un laudo donde los árbitros habían considerado válido acudir a la vía arbitral; este Tribunal Arbitral considera que condenar a una de las partes al íntegro de los costos arbitrales resulta excesivo, siendo más bien adecuado que dichos costos sea prorrateados.

3.5. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que los costos arbitrales deben ser asumidos por las partes en iguales proporciones, debiendo cada una de ellas asumir los costos involucrados en sus respectivas defensas técnicas y legales.

IV. PARTE RESOLUTIVA

4.1. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia y el cuestionamiento a su competencia.

4.2. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la Ley de Arbitraje y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral en mayoría, en DERECHO.

LAUDA:

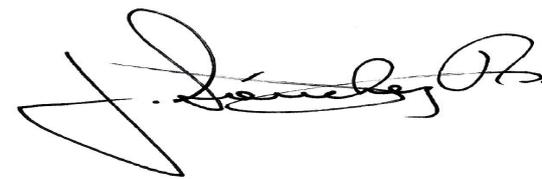
PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO el cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral formulado por PRONIS, relativo a que BBTI no ha cumplido con acudir a la figura del Conciliador con facultades decisoras, previo al inicio del arbitraje; dejando constancia que una vez desarrollada la conciliación decisoria, BBTI podrá iniciar un arbitraje en caso no se encuentre de acuerdo con la decisión del conciliador decisor.

SEGUNDO.- DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre el cuestionamiento a la competencia formulado por PRONIS, relativo a la caducidad.

TERCERO.- DISPONER que los costos arbitrales sean asumidos por las partes en iguales proporciones, debiendo cada una, asumir los costos involucrados en sus respectivas defensas técnicas y legales.



ALBERTO MOLERO RENTERÍA
PRESIDENTE



FREDY DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ROMERO**
ÁRBITRO **ÁRBITRO**