



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

2014 JUL 11 PM 2' 37

RECIBO CASO ARBITRAL N° 1864-113-2010
NO ES SENAL DE
CONFORMIDAD

CES CONSULTING ENGINEERS SALZGITTER

(Demandante)

PROGRAMA NACIONAL DE SANEAMIENTO RURAL

(Demandado)

Tribunal Arbitral:

Dr. Luis Alfredo León Segura (Presidente)

Dr. Guy Figueroa Tackoen (Árbitro)

Dr. Alfonso Cox Cassinelli (Árbitro)

Contrato: No 012-2009/VIVIENDA/VMC-PRONASAR, Ámbito San Martín

RESOLUCIÓN N° 60

En Lima, a los 10 días del mes de julio del año dos mil catorce, el Tribunal Arbitral debidamente constituido, dicta el siguiente laudo:

VISTOS:

1.1- Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral

Al surgir las controversias entre las partes en relación con el Contrato, CES Consulting designó como árbitro al Doctor Guy Figueroa Tackoen y dentro del plazo de ley, Pronasar designó al Doctor Alfonso Cox Cassineli como árbitro.

Ambos árbitros se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el Doctor Alfredo León Segura

1.2- Del proceso arbitral

1-El Tribunal Arbitral se instaló en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el 20 de setiembre del 2010, según aparece en el Acta de esa fecha en la que se aprueban las reglas del procedimiento aplicables, asistiendo tanto los representantes de CES Consulting como los del Pronasar.

Se estableció que el Tribunal Arbitral funcionaría en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, encargándose la secretaría al Sr. Sandro Espinoza Quiñones.

Se dispuso, además, que el arbitraje sería Nacional y de Derecho, otorgándose al CES Consulting el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su demanda.

2- CES Consulting, con fecha 12 de Octubre del 2010, cumplió con presentar su demanda arbitral, la cual fue admitida por resolución N° 01

de fecha 17 de noviembre del 2010, corriéndose traslado a la demandada.

Con fecha 13 de octubre del 2010, CES Consulting presentó su ampliación a la demanda.

3-Pronasar contestó la demanda mediante el escrito de fecha 14 de diciembre del 2010 y formuló oposición a la exhibición de los perfiles presentados por CES Consulting y a la exhibición del expediente correspondiente al contrato de consultoría. Asimismo, formuló reconvencción. El Tribunal admitió dicha contestación y por resolución N° 03 del 16 de diciembre del 2010, otorgó a la demandante un plazo de quince (15) días hábiles para que se pronuncie sobre la reconvencción.

4-La demandante, con escrito presentado el 10 de enero del 2011, contestó la reconvencción planteada.

5-El día 5 de abril del 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

El Tribunal procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

De las pretensiones presentadas con la demanda y su ampliación

1- *Determinar si corresponde declarar la nulidad, la carencia de validez y/o justificación la Resolución del Contrato N° 012-2009-VIVIENDA-VMCSPRONASAR, Ámbito de San Martín, dispuesta por Pronasar mediante carta Notarial N° 272-2010-VIVIENDA-VMCS-PAPT recibida el 2 de julio de 2010.*

2- *Determinar si la resolución del contrato le resulta imputable Pronasar por hechos de su atribución, que ocasionaron la afectación del plazo*

original pactado en el Contrato y por los incumplimientos incurridos, los cuales se detallan a continuación:

- Caída y por lo tanto reemplazo de 26 localidades de las 50 priorizadas por el Pronasar, por no cumplir los lineamientos del Pronasar y otros, lo cual demandó un mayor tiempo en definir las localidades y un mayor costo.
- Demora en los lineamientos de las UBS y líneas de corte.
- Retraso injustificado del Pronasar en las observaciones a la elaboración de la "Línea de Base".
- Observación a la fórmula aplicada para la obtención de la cantidad de muestras de la línea basal, lo cual llevó a un retraso de los trabajos de los productos 4 y 5 en 64 días, lo cual se indicó en reiteradas cartas, quedando pendiente su solicitud por las reuniones que se llevaban en la UGP PRONASAR en marzo para llegar a un arreglo amistoso.
- Comunicación tardía de la aprobación de la línea de corte.
- Reiterados cambios en los parámetros para la formulación de los Perfiles.
- Demoras por parte del Pronasar para la revisión y aprobación u observación de casi toda la documentación presentada por el OTS, con lo cual la Entidad no cumplía con el Contrato; pues de acuerdo con lo establecido en la Sección 05 de los Términos de Referencia (TdR), numeral 14. Supervisión de los trabajos de consultoría dice: "Los plazos para la revisión, aprobación y corrección de documentos son: "La UGP Pronasar tomará un máximo de 07 días útiles para la revisión de los documentos, contados a partir de la recepción en físico del mismo".
- Designación tardía de los Supervisores, lo cual retrasaba y dificultaba la revisión y aprobación de los Perfiles.
- Observaciones en general efectuadas por la Supervisión tanto de la parte Social como de la Técnica, hasta con más de dos meses de retraso, como consecuencia de haber sido contratada después de haberse entregado los primeros productos o por la falta de la cantidad suficiente de Supervisores.

- *Incumplimiento en el plazo que tenía la Entidad para revisar y pronunciarse sobre los perfiles entregados por CES Consulting.*
- *Incumplimiento en la formulación correcta de las observaciones.*
- *Incumplimiento en el pago requerido por CES Consulting.*

3- Determinar si corresponde ordenar a Pronasar el pago de la suma de S/ 814,086.00 (Ochocientos catorce mil ochenta y seis y 00/100 Nuevos Soles) más intereses por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, lo cual comprende los saldos por pagar, daño emergente, lucro cesante.

4- *Determinar si corresponde declarar que la Ampliación de Plazo por cincuenta y dos (52) días, solicitada por CES Consulting el 20 de octubre del 2009 resultaban procedentes y deben considerarse y/o tenerse por aprobadas por los hechos señalados en el punto 2.*

5. Determinar si corresponde declarar la intangibilidad de la Carta Fianza N° 0011-0708-98000296-23-50 por S/ 1'104,997.02 (Un millón ciento cuatro mil novecientos noventa y siete y 02/100) emitida por el Banco Continental y que fuera presentada por CES Consulting como consecuencia de la celebración de el Contrato.

6. Determinar si corresponde ordenar la devolución a CES Consulting de la fianza N°0011-0708-98000296-23-50 otorgada como consecuencia del presente Contrato.

De las pretensiones presentadas en la reconvencción.

7. Determinar si corresponde declarar la eficacia y validez de la resolución Contractual de Contrato con efectos desde el 2 de julio del 2010 por causas imputables a CES Consulting, por incumplimiento en la entrega de los productos y perfiles de acuerdo a los plazos establecidos en el mismo.

8. Determinar si corresponde establecer como válida la liquidación del contrato efectuada por Pronasar, la misma que arroja a favor de la misma un saldo ascendente a la suma de S/ 1'197,827.02 (Un millón ciento noventa y siete mil ochocientos veintisiete y 02/100 Nuevos soles) según lo siguiente:

i- La suma de S/ 1'104,997.02 (Un Millón ciento cuatro mil novecientos noventa y siete y 02/100 Nuevos Soles) correspondiente al efectivo entregado como adelanto a CES Consulting que no ha sido amortizado.

ii- La suma de S/ 92,830.00 (Noventa y dos mil ochocientos treinta y 00/100 Nuevos Soles) correspondiente a los mayores gastos de supervisión en los que tuvo que incurrir Pronasar por la demora de CES Consulting en la presentación de los productos.

Punto controvertido en común

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

6-En cuanto a las pruebas ofrecidas por las partes, el Tribunal admitió las pruebas ofrecidas tanto en la demanda como en el escrito de ampliación de demanda. De igual manera admitió las pruebas ofrecidas en la contestación y reconvencción del Pronasar.

7-Independientemente de la actuación de los otros medios probatorios, mediante la Resolución N° 15 de fecha 25 de agosto del 2011 el Tribunal dispuso en relación con la pericia técnica de oficio con el objeto de quede acreditado que los perfiles entregados y los avances de los expediente técnicos están conformes con los términos de referencia del contrato, designando para ese fin al ingeniero Luis Gregorio Vásquez de Rivero.

8- El Perito cumplió con emitir su informe pericial el 1 de abril del 2013.

9- CES Consulting con escrito del 23 de Julio del 2013 formuló observaciones al dictamen pericial.

10- El Pronasar con escrito del 16 de julio del 2013 presentó un análisis de los perfiles y solicitó una ampliación de la pericia.

11- Con fecha 10 de febrero del 2014 el Perito se pronunció sobre las observaciones y ampliaciones propuestas por las partes.

12- Con fecha 10 de marzo del 2014 CES Consulting presentó un dictamen pericial de parte elaborado por el Ingeniero Jorge Mendoza Torres.

13- El 31 de marzo del 2014 se realizó la audiencia de sustentación pericial sin que asistiera el Perito por razones de salud.


14- Mediante la Resolución nro. 53 del 10 de abril del 2014 se otorgó a las partes un plazo de diez días hábiles con el fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito.

15- Con fecha 28 de Abril del 2014 ambas partes presentaron sus alegatos escritos.

16- El día 13 de mayo del 2014 se realizó la Audiencia de Informes Orales y el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles.



CUESTIONES PRELIMINARES



Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral (ii) que, CES Consulting presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; (iii) que, el Pronasar fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de

defensa,(iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (v) que se procede a laudar dentro del plazo previsto.

CONSIDERANDOS:

Este Tribunal ha considerado conveniente examinar y resolver conjuntamente la primera, la segunda y la cuarta pretensión principal en atención a que éstas se encuentran vinculadas entre sí. El apartado IV del Acta de Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos y admisión de medios probatorios le permite realizar esta acción.

1-ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRIMERA, DE LA SEGUNDA Y DE LA CUARTA PRETENSIONES FORMULADAS POR CES CONSULTING EN SU DEMANDA ARBITRAL.

1.1 Las pretensiones citadas fueron formuladas de la siguiente manera:

1- Determinar si corresponde declarar la nulidad, la carencia de validez y/o justificación la Resolución del Contrato N° 012-2009-VIVIENDA-VMCSPRONASAR, Ámbito de San Martín, dispuesta por Pronasar mediante carta Notarial N° 272-2010-VIVIENDA-VMCS-PAPT recibida el 2 de julio de 2010.

2-Determinar si la resolución del contrato le resulta imputable a Pronasar por hechos de su atribución, que ocasionaron la afectación del plazo original pactado en el Contrato y por los incumplimientos incurridos, los cuales se detallan a continuación:

•Caída y por lo tanto reemplazo de 26 localidades de las 50 priorizadas por el Pronasar, por no cumplir los lineamientos del Pronasar y otros, lo cual demandó un mayor tiempo en definir las localidades y un mayor costo.

•Demora en los lineamientos de las UBS y líneas de corte.

- **Retraso injustificado del Pronasar en las observaciones a la elaboración de la "Línea de Base".**
- **Observación a la fórmula aplicada para la obtención de la cantidad de muestras de la línea basal, lo cual llevó a un retraso de los trabajos de los productos 4 y 5 en 64 días, lo cual se indicó en reiteradas cartas, quedando pendiente su solicitud por las reuniones que se llevaban en la UGP PRONASAR en marzo para llegar a un arreglo amistoso.**
- **Comunicación tardía de la aprobación de la línea de corte.**
- **Reiterados cambios en los parámetros para la formulación de los Perfiles.**
- **Demoras por parte del Pronasar para la revisión y aprobación u observación de casi toda la documentación presentada por el OTS, con lo cual la Entidad no cumplía con el Contrato; pues de acuerdo con lo establecido en la Sección 05 de los Términos de Referencia (TdR), numeral 14. Supervisión de los trabajos de consultoría dice: "Los plazos para la revisión, aprobación y corrección de documentos son: "La UGP Pronasar tomará un máximo de 07 días útiles para la revisión de los documentos, contados a partir de la recepción en físico del mismo".**
- **Designación tardía de los Supervisores, lo cual retrasaba y dificultaba la revisión y aprobación de los Perfiles.**
- **Observaciones en general efectuadas por la Supervisión tanto de la parte Social como de la Técnica, hasta con más de dos meses de retraso, como consecuencia de haber sido contratada después de haberse entregado los primeros productos o por la falta de la cantidad suficiente de Supervisores.**
- **Incumplimiento en el plazo que tenía la Entidad para revisar y pronunciarse sobre los perfiles entregados por CES Consulting.**
- **Incumplimiento en la formulación correcta de las observaciones.**
- **Incumplimiento en el pago requerido por CES Consulting.**

4-Determinar si corresponde declarar que la Ampliación de Plazo por cincuenta y dos (52) días, solicitada por CES Consulting el 20 de octubre del 2009 resultaban procedentes y deben considerarse y/o tenerse por aprobadas por los hechos señalados en el punto 2.

1.2. El Contrato.

Este contrato tiene su antecedente en la invitación efectuada por el Pronasar a CES Consulting para que presente su propuesta para el desarrollo del servicio de Consultoría para la implementación de Proyectos de Agua y Saneamiento Rural como Operador Técnico Social (OTS) para el Departamento de San Martín, habiéndose adjudicado la buena pro a la demandante y firmándose el contrato de servicios de consultoría N° 012-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR el 31 de marzo del 2009.

Obra en el expediente arbitral la carta del 28 de Octubre del 2008 del Pronasar mediante la cual le informa a CES Consulting, en relación con la reunión de negociación realizada el 28 de octubre de 2008, que la UGP PRONASAR, en consulta con el Banco Mundial, estimó conveniente realizar la focalización y reducción de localidades para la región San Martín dentro del marco del proceso de negociación para esta región, con la cual, esperaba que esta localización y reducción de localidades contribuyese a un ajuste importante en la oferta económica de la propuesta de CES Consulting. Le solicitó, asimismo, que remita su propuesta técnica y económica ajustada, a fin de continuar con el proceso de negociación, adjuntando la relación final de localidades determinada por la UGP PRONASAR y le solicitó ampliar el plazo de vigencia de su propuesta técnica y económica hasta el 31 de diciembre de 2008.

El Contrato celebrado entre las partes consta de las siguientes partes:
Condiciones Generales del Contrato, las Condiciones Especiales del Contrato y los Apéndices que son los siguientes:

Apéndice A: Descripción de los servicios.

Apéndice B: Requisitos para la presentación de Informes.
Apéndice C: Personal Clave y Subconsultores.
Apéndice D: Estimación de costos en moneda extranjera.
Apéndice E: Estimación de costos en moneda nacional.
Apéndice F: Obligaciones del Contratante.
Apéndice G: Modelo de garantía por anticipo.

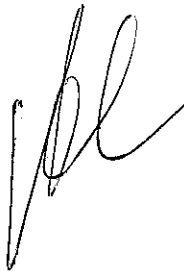
El Plazo del Contrato se estableció en 18 meses como lo señala la cláusula 2.3 de las Condiciones Especiales del Contrato.

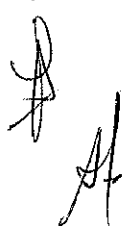
Las fases del Contrato fueron denominadas de la siguiente manera:
Fase de Pre Ejecución: 4 meses; Fase de Ejecución: 7 meses y Fase de Post Ejecución: 7 meses

La cláusula 2.1 de las Condiciones Generales del Contrato: Entrada en vigor del Contrato, establece:

Este contrato entrará en vigor y tendrá efecto desde la fecha (la "fecha de entrada en vigor ") de la notificación en que el Contratante instruya al consultor para que comience a prestar servicios. En dicha notificación deberá confirmarse que se ha cumplido todas las condiciones para la entrada en vigor del Contrato, si las hubiera, indicadas en las CEC.

El contrato entró en vigencia el 22 de junio del 2009.

 En las Condiciones Generales del Contrato, cláusula 1.2. "Ley que rige el Contrato" se establece: Este contrato, su significado e interpretación y la relación que crea entre las partes se regirán por la ley aplicable.

 En las Condiciones Especiales del Contrato aparece en el numeral 1.1 a) que la normatividad legal aplicable es la peruana.

En el Apéndice A-Descripción de los Servicios, se encuentra la siguiente información que el Tribunal estima conveniente consignar.

“Objetivo General del Proyecto

Implementar, servicios sostenibles de agua y saneamiento en comunidades rurales, con un enfoque integral, a través de la construcción y/o rehabilitación de la infraestructura, que incluya capacitación en administración y operación de los servicios y una intensiva educación sanitaria a la población y fortalecer las capacidades de los gobiernos locales en la gestión de los servicios de saneamiento.”

(..)

“ **Perfil del Proyecto** que determine la viabilidad técnica, social, ambiental y económica de los proyectos de agua y saneamiento rural, de acuerdo a los lineamientos del programa.

Expediente Técnico – Social –Ambiental contiene todos los elementos necesarios para la ejecución de las obras e implementación de los planes de capacitación y educación sanitaria.

(..)

Fases: La Fase de pre ejecución, se constituye en la fase de preparación, sensibilización y generación de compromisos de la comunidad y las autoridades locales para la intervención. Esta fase se inicia con la presentación del proyecto a las autoridades locales, a fin de que de forma conjunta sea presentado a la comunidad y se inicien las acciones conducentes a la determinación de la viabilidad del Proyecto y suscripción del Convenio específico en el cual se acuerdan los montos a cofinanciar.

A partir de este momento se trabajará con las municipalidades Distritales a fin que efectivicen el cofinanciamiento de las obras.

Con la declaración de la viabilidad del proyecto se inicia la Fase de Ejecución o fase Implementación del Proyecto, que permitirá en primer término el desarrollo de las actividades orientadas a la elaboración del expediente Técnico-Social- Ambiental, que determinará no solo la calidad de la obra sino también la intervención social, misma que se

derivará de un proceso participativo y consensuado con la comunidad y la Municipalidad Distrital.

La aprobación del Expediente Técnico – Social – Ambiental, se convierte en una acción medular en el proceso de intervención, pues a partir de ella se desencadena una serie de intervenciones de modo paralelo garantizando la presencia del equipo multidisciplinario en los diferentes componentes del proyecto. Advirtiendo este paso crítico en la operación del proyecto, se tenderán los mecanismos más apropiados de comunicación con la comunidad y Municipalidad Distrital.

(..)

Fase I Pre ejecución

En esta fase se busca definir los distritos y las localidades a intervenir, a partir de aquellos que fueron priorizados y seleccionados por la UGP PRONASAR, mediante un proceso previo de verificación de las condiciones técnicas y sociales que ofrece la localidad para la implementación de los proyectos de agua y saneamiento, así como la ratificación de las autoridades locales de cofinanciar sus obras y participar activamente en el proyecto, para determinar la viabilidad técnica –social-ambiental-económica del proyecto.

Tiempo: 120 días

(..)

Actividades Previas.

- Inducción de PRONASAR al personal del OTS.
- Conformación de los Equipos Técnicos y asignación de localidades a intervenir.
- Revisión, sistematización y análisis de la documentación presentadas por los alcaldes distritales en el concurso público de selección de distritos y localidades.
- Plan de actividades a desarrollar en cada una de las localidades.
- Verificación en el Banco de Proyectos del MEF la inexistencia de proyectos de agua y/o saneamiento en la localidad.
- Plan de Promoción y Difusión del Programa en la localidad.

- Sondeo a nivel del ámbito de intervenciones para conocer la dimensión del mercado de empresas contratistas.

Resultados esperados

- Resultado 01: Suscripción del Convenio Marco suscrito entre Gobierno Local.
- Resultado 02: JASS de la localidades a intervenir registradas en el municipio distrital.
- Resultado 03: Suscripción de Convenio OTS-Familia, respecto a la Unidad Básica Sanitaria (UBS) seleccionada.
- Resultado 04: Línea de Base Indicadores Operativos Sociales.
- Resultado 05: Perfil viable.
- Resultado 06: Convenio Específico suscrito entre JASS- Gobierno Local- MVCS.

1.3. Seguidamente, el Tribunal ingresará a resaltar los hechos más relevantes y que son los que permiten deslindar las responsabilidades de las partes, esto es, se examinarán aquellos sucesos y actividades que han dado origen a las controversias materia del proceso.

Caída y por lo tanto reemplazo de 26 localidades de las 50 priorizadas por el Pronasar, por no cumplir los lineamientos del Pronasar y otros, lo cual demandó un mayor tiempo en definir las localidades y un mayor costo.

Este evento tiene ligazón con la pretensión sobre Ampliación de Plazo por cincuenta y dos (52) días, solicitada por CES Consulting el 20 de octubre del 2009.

Mediante la carta SN 041-2009 –CES /San Martin de fecha 20 de octubre de 2009, CES Consulting solicita a la demandada la ampliación de plazo por 52 días, al amparo del numeral 2.5.3 de las Condiciones Generales del Contrato, adjuntando para el efecto el informe de ampliación de Plazo N° 1.

En este Informe se expresan las causas de la ampliación de plazo en el siguiente sentido, transcribiéndose en algunas partes del Informe y resumiéndose otras:

"JUSTIFICACIÓN TÉCNICA

Del listado original suministrado por PRONASAR en la convocatoria se tenía 51 localidades; de las cuales se retiró la localidad de la Unión del distrito de El Eslabón, ya que dicho lugar no está registrado en la Región como centro poblado. Con esa Modificación el listado quedó 50 localidades. Este retiro se coordinó con PRONASAR

Adicionalmente, se recibió de PRONASAR un segundo listado conteniendo 74 poblados para la posible sustitución. En esa oportunidad se acordó que inicialmente la sustitución se haría por distritos.

1. Inicio de la Pre Inversión

En los trabajos inicialmente desarrollados se encontraron problemas con las siguientes localidades:"

La demandante se refiere seguidamente a determinados Distritos indicando la salida de diversas localidades:

Distrito de Yorongos. Nuevo Tabaloso, Bella Florida y Belén.

Distrito de Pachiza: San Juan de Caño.

Distrito de Pajarrillio: Bajo Juñao y Costa Rica.

Distrito de Alonso de Alvarado: Nuevo Oriente.

Distrito de Chipurana: Yarina y Navarro.

Distrito de Chazuta: Mushuk Llacta Santa Rosa.

Distrito de Alto Biavo: Cusco y Barranca.

Distrito de Bajo Biavo: Pacasmayo y Nuevo Mundo.

Distrito de Huallaga: Aucararca.

En resumen, para la primera semana de julio, se tienen 15 localidades que salen del programa y que deben ser sustituidas, para la cual se efectuaron visitas de campo adicionales en 3 localidades: 1 de Pachiza y 2 de Alto Biavo, fuera de las visitas previstas en las localidades que no presentaron problemas o en las sustituidas por figurar en el SNIP.

2 Cambios Adicionales

Con la situación descrita y debida a las constataciones desarrolladas en el campo durante la 2da semana de julio del 2009, surgen nuevos cambios:

-En el distrito de Alonso de Alvarado, se constata que la localidad de **Cruz de Chalpón** tiene menos de 200 habitantes, por lo que se retira del listado y se sustituye por **Somos Libres**, del mismo distrito y a pedido del municipio.


-En el distrito Barranquita, se constata que en la localidad de **Santiago de Borja** se viene ejecutando actualmente obras de agua con fondos del Gobierno Regional, lo que obliga a buscar un nuevo sustituto, que de acuerdo a la situación de pobreza y necesidades de la población sería la localidad de **2 de Mayo** en el distrito de Sauce.

Esta situación de constatación implica la visita adicional de esas 2 nuevas localidades, sumando 5 visitas de campo no programadas ni presupuestadas, y es la situación que se presenta en el informe mensual N° 01 al PRONASAR.



3.-Nuevos criterios a aplicar.

El 20.07.2009 llega una Comisión del PRONASAR, integrada por el Ing. José Luis Huamán y la Antrop. Cladich Manrique, en la visita de Supervisión al Proyecto, quienes indicaron nuevos criterios para la selección y confirmación de las localidades:



-Sobre el tiempo de ejecución precedente en caso de existir obras de agua, que considerábamos como de 3 años según lo expuesto en el

taller desarrollado en Lima entre el 20 y 21 de mayo del 2009. Explicaron que se requiere que la antigüedad sea no menor de 8 a 10 años de ejecución. Se aclara que no se ha encontrado ninguna mención específica al respecto en los términos de Referencia ni en los documentos alcanzados por PRONASAR.

Estos nuevos criterios obligarían a una nueva visita de campo en algunas localidades y posiblemente a retirar algunas de las localidades ya priorizadas pues tenían obras con menos años que los indicados, ese es el caso de...”

CES Consulting procede a enunciar los Distritos y las localidades en cuestión finalmente resume su pedido de la siguiente manera:

“- Como se menciona en los párrafos precedentes la ejecución de las actividades en cada fase tiene un plazo de ejecución, el cual se ha elaborado considerando 50 localidades; sin embargo y debido a que PRONASAR no depuró la situación actual de cada localidad, ya que el compromiso de cada localidad priorizada se realizó en el año 2007, al año 2009 en varias de las localidades priorizadas se han ejecutado obras de agua potable y alcantarillado, otras tienen código SNIP con compromisos de publicación en el SEACE; obligó al OTS SAN MARTIN realizar trabajos en 76 localidades a fin de tener finalmente las 50 localidades declaradas Viables. Por este hecho nos hemos visto obligados a visitar 76 localidades en total, es decir 26 más que las programadas, las mismas que venían cayendo y remplazadas en fechas distintas, por lo cual se ha distraído tiempo y recursos a fin de cumplir con el objetivo previsto.

- Asimismo, el haberse definido inicialmente la obtención del convenio marco suscrito por PRONASAR y la Municipalidad Distrital; originó igualmente desfases en la ejecución de las actividades en esta fase de pre-ejecución, corrigiéndose finalmente en que se debería de obtener Acuerdo de Concejo cuyo modelo se hizo llegar al OTS SAN MARTIN.

- Además en el Taller de Inducción quedó establecido que PRONASAR proporcionaría a los OTS, los indicadores de línea de corte para saneamiento rural así como el expediente técnico aprobado de las UBS, debido a que el que se presentó en el pedido de propuestas quedó desestimado, situación que transcurrido el mes de setiembre del 2009, y hasta la fecha aun no se ha hecho llegar dicha información, lo cual es de vital importancia para determinar la viabilidad del proyecto.”

El Colegiado considera atendible los argumentos que sustentan la ampliación de plazo. Se puede constatar la existencia de mayores trabajos realizados por CES Consulting desde que en lugar de dedicarse sólo a 50 localidades se vio obligada a desarrollar trabajos también en 26 localidades más para reemplazar aquellas otras que habían sido desestimadas por diversos motivos. El Pronasar sostuvo que el OTS tenía pleno conocimiento que debía efectuar como primera acción la verificación de las localidades y debió por tal motivo considerar en su propuesta visitas de verificación en función de las 136 localidades pre seleccionadas por los gobiernos locales y el Pronasar.

Sobre el particular, se ha resaltado que el proceso que condujo a la celebración del contrato data del año 2008 y que obra la carta del 28 de Octubre del 2008 del Pronasar mediante la cual indica que el realizar la focalización y reducción de localidades para la región San Martín dentro del marco del proceso de negociación para esta región, esperaba que esta localización y reducción de localidades contribuyese a un ajuste importante en la oferta económica de la propuesta de CES Consulting. Le solicitó, asimismo, que remita su propuesta técnica y económica ajustada, a fin de continuar con el proceso de negociación, adjuntando la relación final de localidades determinada por la UGP PRONASAR y le solicitó ampliar el plazo de vigencia de su propuesta técnica y económica hasta el 31 de diciembre de 2008.

En consecuencia, no es proporcional plantear una exigencia para que en la propuesta del Consultor hubiese programado visitas de

verificación en función de las 136 localidades pre seleccionadas por los gobiernos locales y el Pronasar. La antigüedad del proceso de contratación y de los documentos que sirvieron para la formalización del contrato explicarían el por qué alguna información dada por el Pronasar no resultase útil cuando se ejecutaba el contrato y también tuviese incidencia en las cuestiones vinculadas con el personal propuesto por el Consultor y su reemplazo posterior en el año 2009.

Existía la posibilidad de que algunas localidades no resultaran apropiadas para los fines del Proyecto, esto es, que las condiciones no fueran favorables, lo que obligaba al Consultor para que verificara una localidad de reemplazo de la Lista que Pronasar había entregado previamente, pero, el número de localidades (26 de 50) que habían sido priorizadas por Pronasar según deriva de los Términos de Referencia del Contrato y que quedaron descartadas posteriormente, resulta ser un número relevante y tiene directa incidencia en cuanto a la realización de trabajos programados y es un factor no previsible, lo que afecta el calendario de ejecución contractual.

No parece razonable concebir que en un plazo tan limitado de dos meses para ejecutar una serie de actividades como las descritas en el contrato para esta etapa, la caída de casi la mitad de las localidades pre seleccionadas no tenga ningún significado o ningún alcance como para modificar o afectar el calendario contractual y generar, por ende, una ampliación de plazo.

Al analizar el punto precedente, se ha determinado que la caída y, por lo tanto, el reemplazo de 26 localidades de las 50 priorizadas por el Pronasar, por no cumplir los lineamientos de éste y otros, demandó un mayor tiempo para definir las localidades y un mayor costo. Entonces, esta ampliación de plazo debió ser aprobada por el Pronasar y resulta, a la luz de lo expresado, procedente.

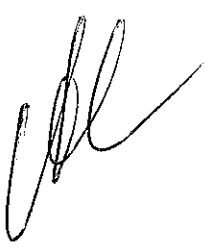

En ese caso, debió aplicarse la cláusula 2.5. de las Condiciones Generales del Contrato que señala respecto a la Fuerza Mayor lo siguiente: " Para los efectos de este Contrato, "Fuerza mayor "significa un acontecimiento que está fuera del control de una de las partes y que hace que el cumplimiento de las obligaciones contractuales de esas partes resulte imposible o tan poco viable que pueda considerarse imposible bajo tales circunstancias.

Por su parte, la cláusula 2.5.2. señala: No Violación del Contrato.

"El Incumplimientos por una de las partes de alguna de sus obligaciones en virtud del Contrato, no se considera como violación del mismo ni como negligencia, cuando este incumplimiento se deba a un evento de fuerza mayor, y que la parte afectada por tal evento, (a) haya adoptado todas las precauciones posibles, puesto debido cuidado y tomado medidas alternativas razonables, a fin de cumplir con los términos y condiciones de este Contrato, y (b) ha informado a la otra parte prontamente del acontecimiento de dicho evento."

A renglón seguido la Cláusula 2.5.3 se refiere a la Prórroga de plazo:

"El plazo dentro del cual una parte deba realizar una actividad o tarea en virtud de este contrato se prorrogará por un periodo igual aquel durante el dicha parte no haya podido realizar tal actividad como consecuencia de un evento de fuerza mayor."



En cualquier caso, la decisión del Pronasar respecto a esta ampliación de plazo carecía de sustento, habida cuenta que apreciando objetivamente la causa que generaba la ampliación de plazo, el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el plazo convenido resultaba imposible o tan poco viable que podía considerarse imposible bajo tales circunstancias. Es decir, en el plazo de dos meses no se podían realizar todos los trabajos que ha realizado CES Consulting, lo que no ha sido desconocido por el Pronasar el que básicamente sostiene que el Consultor debió estar preparado para afrontar esos acontecimientos.

Por lo tanto, es fundada esta pretensión de CES Consulting para que se reconozca la ampliación de plazo

**Demora en los lineamientos de las UBS y líneas de corte.
Comunicación tardía de la aprobación de la línea de corte**

La controversia entre las partes respecto a este punto es que, según CES Consulting la falta de precisión de esos lineamientos y la comunicación sobre la aprobación de la línea de corte generó demoras en cuanto a la elaboración de los perfiles, mientras que para PRONASAR, no han existido esas faltas.

En el Apéndice "A" del Contrato: "Descripción de los servicios", el Perfil es un Resultado y para obtenerlo se realiza un proceso que involucra la evaluación social, técnica, ambiental y económica de la implementación del servicio de agua y saneamiento en la localidad seleccionada a fin de recomendar o no la elaboración del expediente técnico correspondiente.

Tal como consta en ese mismo apéndice A, cuando se refiere al Resultado 5 "Perfil viable", se contemplan los trabajos de campo y los trabajos de gabinete. En estos últimos se indica el valor o valores de la Línea de Corte del Proyecto Pronasar para Sistemas de Agua Potable para Saneamiento, etc., resultando ser esa línea de Corte un elemento necesario para la elaboración de los perfiles.

Esto se complementa con la absolución de la consulta n° 9 que se realizó antes de la suscripción del Contrato, en la cual se expresa:

Consulta N° 09;

En la sección 5, Términos de Referencia, 3.2 Política, principios y enfoques del PRONASAR, pág. 47.

Indica: "Para la intervención en saneamiento el PRONASAR financiará la construcción de una UBS por vivienda hasta un monto de \$ 230 por vivienda"...

Anexo N°0. Guía para la elaboración de Perfiles de los proyectos de Agua y Saneamiento Rural, apéndice 4: Contenido mínimo para los proyectos de inversión a nivel de perfiles de conglomerado 1 del PRONASAR, pág. 149.

Indica:

CONCEPTO	Línea de Corte (US\$VIV)
Saneamiento	US\$135/Vivienda

Por favor aclarar cuál de las líneas De Corete se considerará en las intervenciones.

Absolución de la consulta 9:

La Línea de corte es un parámetro que se utiliza para evaluación costo efectividad de los proyectos a nivel de pre-inversión (Perfil en el caso del conglomerado PRONASAR.

El valor de US\$ 135 es la línea de corte para unidades de letrina de hoyo seco.

Para el caso de otras opciones técnicas en saneamiento será entregado oportunamente a la firma o consorcio al que se adjudique la buena pro.

La formalización de las líneas de corte para la Unidad Básica de saneamiento recién ocurrió en diciembre del 2009.

En efecto, con Oficio N° 3058-2009-EF/68.01 del Ministerio de Economía y Finanzas del 16 de diciembre del 2009 se informa de la opinión favorable que da ese Ministerio en relación con las líneas de Corte.

Con carta múltiple N° 011-2010/VIVIENDA-VMCS/UGP PRONASAR recepcionada por el Contratista el 17 de febrero del 2010 se le anunció que la Dirección General de Programación Multianual del Sector

Público-DGPM, a través del Informe N° 697-2009-EF/68.01 había emitido opinión favorable a las nuevas Líneas de Corte propuestas por la UGP Pronasar para Sistemas de Agua Potable y Saneamiento Básico (Unidad Básica Sanitaria) de los proyectos del Componente 1.

Siendo esto así, la falta de definición sobre este aspecto, repercutió sin duda en el cumplimiento oportuno de las prestaciones que debía realizar CES Consulting, ya que, al igual que otros Operadores Técnicos Sociales, tenía esos inconvenientes como aparece en el Informe N° 007-2010/VIVIENDA-PAPT/UGPPRONASAR-PLANEAMIENTO de fecha 4 de marzo del 2010, aun cuando en ese mismo informe se alegue que ya se había alcanzado esa línea de Corte a mediados del IV Trimestre del 2009, reconociéndose, sin embargo, que la formalización se hizo por el Ministerio de Economía y Finanzas recién en diciembre del 2009.

Es imputable esa demora al Pronasar, debido a que no resultó oportuna la información que suministró a pesar del ofrecimiento que se hizo en la absolución de consulta N° 9 indicada anteriormente.

Designación tardía de los Supervisores, lo cual retrasaba y dificultaba la revisión y aprobación de los Perfiles.

Observaciones en general efectuadas por la Supervisión tanto de la parte Social como de la Técnica, hasta con más de dos meses de retraso, como consecuencia de haber sido contratada después de haberse entregado los primeros productos o por la falta de la cantidad suficiente de Supervisores.

Para resolver este punto es posible agrupar estas dos imputaciones que hace CES Consulting considerando su relación.

Es un hecho aceptado por las partes contratantes que los trabajos relacionados con el Contrato se iniciaron el 22 de junio del 2009 como lo corrobora la carta N° 279-2009-VIVIENSA/PAPT.

Conforme consta en los contratos que obran en el expediente arbitral se confirma la contratación de las siguientes personas para la ejecución de las actividades relacionadas con la supervisión del Contrato:

Marco Antonio Vera Herrera, Administrador del Contrato, fue contratado por Pronasar conforme consta en el contrato 091-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 7 de setiembre del 2009.

Isabel Sylvia Tello Loyola, Supervisora Social del Contrato, fue contratada por Pronasar conforme consta en el contrato 106-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 7 de setiembre del 2009.

Pablo Omar Castro Moreno, Supervisor Social del Contrato, fue contratado por Pronasar conforme consta en el contrato 107-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 7 de setiembre del 2009.

Dalia Dueñas Vara, Supervisora Social del Contrato, fue contratada por Pronasar conforme consta en el contrato 108-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 7 de setiembre del 2009.

José Feliciano Alminco Estela, Supervisor Social del Contrato, fue contratado por Pronasar conforme consta en el contrato 135-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 28 de setiembre del 2009.

Mónica Patricia Palomino Moncada, Supervisora Técnica del Contrato, fue contratada por Pronasar conforme consta en el contrato 067-

2010/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 13 de abril del 2010.

José Fernando Delgado Ramírez, Supervisor Técnico del Contrato, fue contratado por Pronasar conforme consta en el contrato 107-2009/VIVIENDA/VMCS-PRONASAR. Fecha de Inicio de sus actividades: 3 de mayo del 2010.

Además de las actividades específicas del Administrador del Contrato, los supervisores sociales fueron contratados a efecto de que desarrollen la supervisión social de la Proyectos de Agua y saneamiento de la UGP Pronasar en la oficina de supervisión Regional del ámbito San Martín. Los Supervisores Técnicos tenían también sus propias funciones descritas en los respectivos contratos de supervisión.

Por otra parte, considerando la fecha de inicio de las prestaciones por CES Consulting en el mes Junio del 2009 y tomando en cuenta lo que ha sido expresado en el Informe N° 082-2010-VIVIENDA/VMCS/PAPT/PRONASAR/OSR-SM de fecha 22 de agosto del 2010 suscrito por Marco Antonio Vera Herrera, Administrador del Contrato San Martín, se constata que los informes de la Supervisión se empezaron a formalizar a partir del mes de Octubre del 2009, no obstante que las actividades de CES Consulting empezaron a realizarse en junio del 2009 y la etapa de pre ejecución tenía previsto un plazo de 4 meses.

Por citar algunos ejemplos, se aprecia en el Informe mencionado, documentación elaborada por la Supervisión como la siguiente que tiene que ver con diversos aspectos del contrato (inconsistencia de productos, convenios OTS, etc):

La carta 006-2009-VIVIENDA-VMCS/PAPT-UGP PRONASAR del 3 de octubre del 2009.

La carta 007-2009-VIVIENDA-VMCS/PAPT-UGP PRONASAR del 6 de octubre del 2009.

La carta 022-2009- VIVIENDA-VMCS/PAPT-UGP PRONASAR del 30 de octubre del 2009.

La carta 033-2009-VIVIENDA-VMCS/PAPT-UGP PRONASAR del 13 de noviembre del 2009.

Esta situación descrita le otorga veracidad a la denuncia de CES Consulting respecto a los tropiezos surgidos en la ejecución del contrato que no han obedecido al accionar de esa empresa, confirmándose entonces la existencia de esta causal que dificultaba la correcta ejecución del contrato por parte de CES Consulting, ya que, además, en los Términos de Referencia del Contrato, numeral 14, (Supervisión de los Trabajos), el plazo que tenían los supervisores contratados por la UGP Pronasar para la revisión, corrección y aprobación de documentos era de 7 días útiles.

Retraso injustificado del Pronasar en las observaciones a la elaboración de la "Línea de Base".

Observación a la fórmula aplicada para la obtención de la cantidad de muestras de la línea basal, lo cual llevó a un retraso de los trabajos de los productos 4 y 5 en 64 días, lo cual se indicó en reiteradas cartas, quedando pendiente su solicitud por las reuniones que se llevaban en la UGP PRONASAR en marzo para llegar a un arreglo amistoso.

Estas dos imputaciones también pueden ser examinadas por el Tribunal Arbitral en forma conjunta.

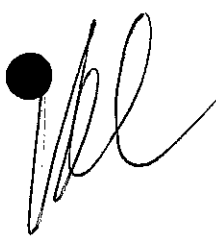
CES Consulting acusa al Pronasar de haber ocasionado un retraso injustificado del contrato debido a las observaciones que realizó en cuanto a la elaboración de la Línea Base. Esto es, recusaba las

exigencias de la Supervisión para la realización de encuestas adicionales.


La Línea Base, conforme lo señala el Apéndice A del Contrato, viene a constituirse en el Resultado 4:

Resultado 04: Línea de base de Indicadores Operativos Sociales

La elaboración de la Línea de Base de Indicadores Operativos Sociales, estará a cargo del Especialista Social y se realizará mediante la aplicación de encuestas familiares talleres comunales y la observación directa de las familias, que permita identificar los conocimientos prácticos y capacidades existentes en la población y entender la realidad local. Para las encuestas se utilizará el apéndice 01 Diagnóstico Sociocultural Basal de los Lineamientos para la implementación del Componente Social proporcionados por PRONASAR y será aplicada a una muestra representativa de familias de la localidad. Esta actividades se realizarán haciendo uso de medios adecuados a la realidad local y disponibilidad horaria de la comunidad. Las entrevistas se aplicaran a un promedio de 20 a 25 familias y se realizarán visitando a cada una de estas viviendas. Las familias serán elegidas en forma aleatoria.



Con carta SM 094-2009-CES/SAN MARTIN de fecha 19 de diciembre del 2009, CES Consulting, refiriéndose a este asunto, señala que se han aplicado 20 encuestas considerando lo establecido en el contrato y que la fórmula de muestra a utilizar ha sido en función al número de viviendas y que ya se han aplicado las encuestas en la mayoría de las localidades en cumplimiento a los plazos establecidos en el contrato, considerando, en consecuencia, extemporánea la observación del Pronasar.



Con carta N° 001-2010-UGP PRONASAR-OSR-SM del 6 de Enero del 2010, Pronasar adjunta los acuerdos tomados con personal de la

demandante sobre el tamaño muestral exigido en los proyectos del Pronasar.

Con carta SM 003-2010-CES/SAN MARTIN de fecha 8 de Enero del 2010 CES Consulting expresa, por un lado, que desconoce de la firma de algún acuerdo sobre el tamaño muestral y que no se le adjunta acta firmada por su personal ya sea Coordinadora Social y Municipal o Coordinador General y, que por otro lado, se le está tratando de imponer una fórmula matemática para aplicarse sobre un trabajo ya ejecutado en base a lo contemplado en el contrato y que no se oponen a cumplir una disposición de la Entidad aunque ello demandaría un mayor tiempo, por lo que se tendría que ampliar el plazo del contrato y reconocérseles los respectivos mayores costos.

Luego, con carta Múltiple Nro.048-2010/VIVIENDA/VMC-UGP PRONASAR de fecha 25 de Enero del 2010, Pronasar reconoce el derecho de CES Consulting a utilizar el límite inferior mínimo de encuestas exigido en el contrato suscrito, indicándoles también que tendrá que asumir la responsabilidad de las inferencias estadísticas que se realicen de acuerdo a su metodología aplicada.

Con carta SM 050-2010-CES/SAN MARTIN de fecha 22 de Febrero del 2010 CES Consulting se pronuncia sobre esta carta Nro.048-2010/VIVIENDA/VMC-UGP PRONASAR del 25 de Enero del 2010 que aborda los aspectos relativos a los tamaños muestrales para la Línea de Base y deja constancia que las exigencias de la Supervisión tratando de imponer la realización de encuestas adicionales le había generado dificultades e incertidumbres durante 64 días, lo que ha generado una ampliación de plazo que en su momento solicitaría.

De esta forma, es de notar que emergieron desavenencias sobre los tamaños muestrales para la línea base, dando lugar a que con carta Múltiple Nro. 048-2010/VIVIENDA/VMC-UGP PRONASAR del 25 de

Enero del 2010, Pronasar dejara a salvo el derecho de CES Consulting a utilizar el límite inferior mínimo de encuestas exigido en el contrato.

Esto demuestra que esta indefinición exhibida afectó la elaboración oportuna de la Línea Base, lo cual, a su vez, repercutió en la elaboración de los perfiles entregados en el año 2009, pues fueron devueltos anteriormente por Pronasar, el que destacó en la carta Nro. 049-2009 UGP PRONASAR-OSR-SM de fecha 23 de diciembre del 2009, que existía retraso en la subsanación de observaciones para la aprobación de la Línea Base de indicadores operativos, lo cual había observado en diversas cartas, agregando que requisito indispensable para la elaboración del diagnóstico correspondiente al capítulo de IDENTIFICACION de los perfiles se devuelve hasta la subsanación de dicho producto.

Sin embargo, como se ha apreciado anteriormente, recién con la Carta Múltiple Nro. 048-2010/VIVIENDA/VMC-UGP PRONASAR del 25 de Enero del 2010, se deja en libertad al Contratista para que utilice el límite inferior mínimo de encuestas exigido en el contrato.

Reiterados cambios en los parámetros para la formulación de los Perfiles. Incumplimiento en la formulación correcta de las observaciones

Sobre estos dos aspectos, habiéndose determinado que en relación con la línea base y la línea de corte, se produjeron varias indefiniciones atribuibles al Pronasar y siendo ambos conceptos el sustrato de un perfil, lógicamente, la elaboración de éste no ha podido ser lineal y consistente hasta que se dilucidasen esos asuntos.

Demoras por parte del Pronasar para la revisión y aprobación u observación de casi toda la documentación presentada por el OTS, con lo cual la Entidad no cumplía con el Contrato; pues de acuerdo con lo establecido en la Sección 05 de los Términos de Referencia (TdR), numeral 14. Supervisión de los trabajos de

consultoría dice: "Los plazos para la revisión, aprobación y corrección de documentos son: "La UGP Pronasar tomará un máximo de 07 días útiles para la revisión de los documentos, contados a partir de la recepción en físico del mismo"

Incumplimiento en el plazo que tenía la Entidad para revisar y pronunciarse sobre los perfiles entregados por CES Consulting.

1-Estos aspectos se encuentran vinculados, por cuanto tienen que ver con el cuestionamiento que hace CES Consulting respecto al tiempo que Pronasar utilizó para la revisión de los perfiles.

Como lo señala el Apéndice A Descripción de los Servicios, el Resultados 05: del Perfil viable es el proceso en el cual se realiza la evaluación social, técnica, ambiental y económica de la implementación del servicio de agua y saneamiento en la localidad seleccionada a fin de recomendar o no la elaboración del expediente técnico correspondiente.

2-Según los Términos de Referencia del Contrato, la supervisión que haría Pronasar sería del siguiente modo:

" 14- Supervisión de los Trabajos de Consultoría

La supervisión y seguimiento al trabajo que realizará el Operador Técnico Social (OTS) estará a cargo de la UGP PRONASAR.

El OTS considerará las recomendaciones y sugerencias que realice la UGP respetando el cronograma de actividades y los plazos acordados en el Plan.

Los plazos para la revisión, corrección y aprobación de documentos son:

La UGP PRONASAR tomará un máximo de 7 días útiles para la revisión de documentos, contados a partir de la recepción en físico del mismo.

De existir observaciones al informe, el OTS en un plazo no mayor de 5 días deberá absolverlas”

3- Ahora bien, parte de los perfiles fueron entregados inicialmente por CES Consulting en el año 2009, habiendo sido devueltos 34 según lo expresado por el Pronasar, devolución que obedeció a observaciones consistentes en que los perfiles no estaban completos y adolecían de los requisitos mínimos.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral ha determinado que esos actos de observación han tenido como sustento argumentos que no eran consistentes, por cuanto respondían a la interpretación de parámetros que recién se definieron en forma posterior como es el caso de la Línea de Corte y la Línea Base.

4- En el expediente arbitral se desprende que en el mes de marzo del 2010, las partes llevaron a cabo una serie de reuniones en las que aparentemente habrían arribado a una serie de acuerdos o soluciones para superar el retraso en la ejecución del contrato y en la entrega de los productos y delimitar las responsabilidades que les correspondían.

Seguidamente, CES Consulting cursó la Carta SM 104- 2010- CES/SAN MARTIN del 31 de marzo de 2010 dirigida al Coordinador General –UGP PRONASAR, Ing. Marco A Vera Herrera, Administrador del contrato San Martin, manifestándole, en relación con el requerimiento para la presentación de un cronograma de entrega de los perfiles definitivos a efectos de inscribirlos en el Banco De Proyectos del SNIP y proceder a su evaluación, “que los estudios se encontraban desfasados con respecto a la programación inicial, debido a causas ajenas al OTS CES Salzgitter GmbH, tal como se ha venido sustentando en los diferentes documentos tramitados, especialmente en las solicitudes de ampliación de plazo.”

Precisó que ello "se ha venido tratando en las reuniones sostenidas en las oficinas de la UGP PRONASAR los días 03, 12, 17, 24 y 29 de marzo de 2010, donde finalmente se concluyó que existen causales ajenas al OTS que son motivo para que se haya producido el indicado atraso, por lo tanto no es de ninguna manera imputable al OTS CES Salzitter GmbH el mencionado desfase."

Señaló también lo siguiente: "Cabe indicar que los perfiles correspondientes a 34 localidades fueron entregados al PRONASAR, de los cuales nos ha sido devueltos con observaciones 30, pero contando a la fecha con la aprobación de los productos correspondientes al resultado 4: Línea Basal y consecuentemente contando con la información aprobada para la formulación final de los perfiles técnicos definitivos, bajo tales condiciones, estamos en disposición de proponer a su representada un cronograma final de entrega de perfiles definitivos entre el 12 al 20 de abril, después de lo cual y en base a lo indicado en la última reunión sostenida (29. 03. 2010) Que luego de la presentación de los perfiles el PRONASAR tomará como máximo 10 días para la revisión y aprobación de los perfiles (30. 04. 2010), para esta manera continuar inmediatamente con los Expedientes Técnicos, cumplido esto, a más tardar el 15 de junio del 2010 se concluirá la entrega de estos últimos. Mayores detalles se presentan en el Calendario que se adjuntan."

Por lo expresado y atendiendo a que no se ha encontrado respuesta alguna de Pronasar objetando esa extensión de plazo para la revisión y aprobación de los perfiles, ya no irían a utilizarse 7 días útiles para la revisión, corrección y aprobación de documentos como se había pactado en los Términos de Referencia del Contrato, sino que ese plazo se ampliaría a 10 días útiles.

5-Los perfiles fueron entregados por CES Consulting en las fechas que se indican en el siguiente Cuadro:

Cartas	Fechas	Nº de perfiles
Carta SM 109-2010-CES/SAN MARTIN	20.04.10	19
Carta SM 110-2010-CES/SAN MARTIN	20.04.10	3
Carta SM 112-2010-CES/SAN MARTIN	28.04.10	4
Carta SM 115-2010-CES/SAN MARTIN	03.05.10.	5
Carta SM 116-2010-CES/SAN MARTIN.	04.05.10	4
Carta SM 117-2010-CES/SAN MARTIN	07.05.10.	10
Carta SM 119-2010-CES/SAN MARTIN	17.05.10.	5

Se advierte que CES Consulting no cumplió con su cronograma de entregas propuesto y recién a partir del 20 de abril del 2010 procedió con tales entregas. Sin embargo, Pronasar recibió los perfiles para evaluación, ya que mediante la Carta 055-2010-VIVIENDA/VMCS/PAPT-PRONASAR-OSR SM de fecha 26 de mayo del 2010, Pronasar, a través del Administrador del Contrato, confirmó que con carta SM 119-2010-CES SAN MARTIN de fecha 18 de mayo del 2010 se habían completado 48 perfiles de proyectos de inversión pública que corresponden a la intervención del PRONASAR en 50 localidades del departamento de San Martín los cuales se encontraban en proceso de evaluación por los especialistas sociales, técnicos y económicos de la UGP PRONASAR cuyas observaciones serían remitidas según lo indicado en el contrato.

Mediante la carta AASR-L-006-2010 RV/CT/ms de fecha 31 de mayo del 2010 recepcionada por el Pronasar el 2 de junio del 2010, CES Consulting le indica, entre otras cosas, que:

"Queda claro también, de los 50 perfiles de los proyectos referidos en el contrato, 34 equivalentes a 40 localidades por ser algunas integrales, se habían entregado al PRONASAR y que éste había devuelto 30 con observaciones genéricas. Por este motivo, se propuso y se aceptó,

durante la última reunión realizada el 30.04.10 entre la UGP PRONASAR y nosotros, la presentación de un cronograma final de nueva entrega de los perfiles. Una vez recibido los perfiles el PRONASAR contaría con 10 días para revisarlos y aprobarlos a fin de que, inmediatamente se pasase a elaborar los expedientes técnicos respectivos.”

Con nuestra carta de la referencia 4) hemos entregado los últimos cinco (05) perfiles, cumpliendo de esta manera con entregarles el 18.05.10 la totalidad de los 50 perfiles correspondientes al ámbito de la Región San Martín.

Debido a que, entre el 01.05.10 y el 28.05.10 se ha venido cumpliendo los plazos de los 10 días en que ustedes se habían comprometido a revisar y aprobar los Perfiles, sin que ustedes nos hayan informado oficialmente de alguna observación al respecto, nosotros estamos considerando que los Perfiles están aprobados y tal como les informamos en las reuniones sostenidas en la UGP PRONASAR, estamos avanzando con la elaboración de los Expedientes Técnicos de los Proyectos materia del contrato, por lo que les podemos informar que el avance con que se cuenta a la fecha en la elaboración de Expedientes Técnicos es como se detalla en los cuadros que se adjuntan.

Por lo tanto, les solicitamos autorizar a quien corresponda, proceda con efectuar el pago correspondientes a la elaboración de los Perfiles el cual asciende a la cantidad de S/ 821,635.52 incluido IGV, por el total de ellos.”

Recién con las cartas que a continuación se señalan, se empiezan a plantear las observaciones a los perfiles presentados por CS Consulting:

Carta N° 234-2010/VIVIENDA/VMCS/PAPT-1.3 de fecha 09 de Junio del 2010, recepcionada el 15 de junio del 2010.

Carta N° 230-2010/VIVIENDA/VMCS/PAPT-1.3 de fecha 09 de Junio del 2010, recepcionada el 15 de junio del 2010.

Nº 237-2010/VIVIENDA/VMCS/PAPT-1.3 de fecha 16 de Junio del 2010, recepcionada el 18 de junio del 2010.

8-El Tribunal estima que la falta de pronunciamiento oportuno respecto a los perfiles entregados tiene como consecuencia que se asuma la conformidad con ellos. Así se infiere de los términos de referencia del contrato cuando se refiere a la supervisión de los trabajos de consultoría, puesto que denota que el plazo para ello, siendo bastante ajustado, debe ser observado por las partes en forma estricta, teniendo aquél una connotación especial, ya que su observancia permitiría que el contrato pudiese seguir su curso y concretarse en todas sus etapas

La Absolución de la consulta Nº 3 y de la consulta Nº 16, realizadas antes de la suscripción del contrato así lo revelan:

Consulta Nº 03

Con el objeto de realizar las correspondientes provisiones financieras, se solicita saber ¿Cuáles serán los plazos que se tomará el contratante para realizar las aprobaciones de los perfiles de inversión y de expedientes Técnicos.

Absolución de la consulta 3:

Los plazos y periodos de revisión por parte de los supervisores asignados por UGP PRONASAR y su aprobación se establecen en los TdR.

Consulta Nº 16:

En la Sección 5 de los TdR, página 58, Cuadro Nº 03 RESUMEN DE ACTIVIDADES Y PRODUCTOS DEL OTS.

Las actividades de Pre-ejecución duran 4 meses, conformado por 4 actividades dentro de ellas la elaboración d perfiles con una duración de 2 meses.

Este perfil será aprobado por la OPI del sector para su viabilidad en el SN, el cual demandará de un tiempo, el mismo que no se ha computado dentro de la duración total del programa.

En caso de haber considerado la revisión y aprobación, estimamos que demandara aproximadamente entre 7 a 20 días (entre revisión y levantamiento de observaciones) quedando un plazo efectivo para la formulación del perfil de solo 1 mes y 10 días, el cual nos parece muy poco dadas las actividades y exigencias estipuladas en los TdR. Solicitamos una aclaración al respecto, o en su defecto una ampliación a los plazos previstos para la formulación de los `perfiles, en vista que las fases siguientes dependerán de esta aprobación.

Absolución de la consulta 16;

Los plazos establecidos para la fase de pre ejecución es de 4 meses y dentro de ellos 2 meses para la elaboración de los perfiles, los plazos previstos en el pedido de propuestas incluyen la revisión, aprobación y levantamiento observaciones si hubiera.

Ahora bien, Pronasar ha sostenido en el proceso arbitral que la Resolución Directoral N° 002-2009-EF/68.01 (publicada el 05 de febrero en el Diario Oficial El Peruano y modificada por Resoluciones Directorales No. 003-2009-EF/68.01 y 004-2009-EF/ 68.01 publicada el 21 de marzo del 2009 y 15 de abril del 2009 respectivamente) aprobó la Directiva General del SNIP. Señala también que en el indicado cuerpo normativo se regulan los plazos de evaluación de perfiles, siendo de aplicación el artículo 20 en el cual se indica que para la evaluación de un PIP o Programa de Inversión, la OPI y la DGPM tienen cada una un plazo no mayor del 20 días hábiles para la emisión del Informe Técnico a partir de la fecha de recepción del Perfil. Añade que según el numeral 20.5 estos plazos rigen a partir de la recepción de toda la información necesaria.

El Tribunal Arbitral considera, al respecto, que ese plazo de 20 días hábiles para la emisión del Informe Técnico a partir de la fecha de recepción del Perfil, de ser pertinente, ha sido objeto de modificación por las partes contratantes al haber celebrado el Contrato de servicios,

por cuanto se indica en la Directiva que el plazo no será mayor de 20 días hábiles y aquellas partes decidieron, finalmente, como puede observarse en los Términos de referencia y en la Absolución de consultas (que forma parte integrante del contrato) que el plazo para la revisión y aprobación de los perfiles sería de 7 días hábiles.

En esta situación es pertinente la aplicación del artículo 1361 del Código Civil: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Además, ese plazo de 20 días hábiles para la revisión de los perfiles no concilia con el plazo de dos meses para la elaboración definitiva de los mismos como se desprende de la absolución de consulta N° 16, por cuanto resultarían esos dos meses desbordados por el plazo que tomaría la revisión de los perfiles y devendría en insuficiente.

Por otro lado, con la Carta 055-2010-VIVIENDA/VMCS/PAPT-PRONASAR-OSR SM de fecha 26 de mayo del 2010 y con el Informe N° 082-2010-VIVIENDA/VMCS/PAPT/PRONASAR/OSR-SM de fecha 22 de agosto del 2010 suscritos ambos documentos por Marco Antonio Vera Herrera, Administrador del Contrato San Martín también se confirma la admisión de los perfiles para su respectiva evaluación, de allí que a partir de ese momento solo era pertinente observar el plazo pactado para proceder con la evaluación de los perfiles y no sostener, ulteriormente, que esos plazos nunca se computaron o que no se tomaron en cuenta.

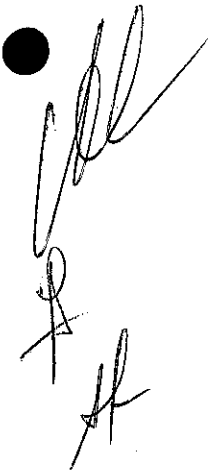
Es de tener en cuenta que el Artículo 141 del Código Civil señala que: La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita o a través de cualquier medio directo manual mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de

circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

El Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil consagra el principio denominado iura novit curia, según el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

El artículo 1761 del Código Civil se refiere a la Aprobación tácita de la prestación precisando: Informado el comitente del apartamiento de las instrucciones por el prestador de servicios, el silencio de aquél por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los usos o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo.

Esta disposición legal significa que, aún en la hipótesis de que el prestador del servicio se hubiese apartado de las instrucciones previas del Comitente (que no es el caso de la presente controversia), si éste no se pronuncia conforme a los usos o la naturaleza del asunto, se entenderá que el encargo ha sido aprobado.



El Colegiado considera que, con mayor razón, en el presente caso, se entenderá que la existencia de un plazo y su ulterior inobservancia, provocará un efecto similar, puesto que de la lectura conjunta de los términos de referencia del Contrato y de la Absolución de consultas, y tomando en cuenta las disposiciones antes enunciadas, se impone una interpretación integral sobre el asunto tal como lo dispone el artículo 169 del Código Civil, resultando que la consecuencia por la falta de pronunciamiento del Pronasar dentro del plazo establecido, implica asumir la aceptación y la conformidad en cuanto a los perfiles presentados.

Incumplimiento en el pago requerido por CES Consulting

El Tribunal ha determinado que era exigible el pago de los perfiles presentados, dada la falta de pronunciamiento en el plazo pactado, requerimiento que CES Consulting realizó mediante carta con código AASRL-06-2010 RV/CT/ms de fecha 31 de mayo del 2010.

Pronasar, en base a las razones que expuso en sus diversas cartas y en su contestación a la demanda arbitral, desestimó esa solicitud.

Esa falta de pago configuraba, entonces, un incumplimiento del contrato lo cual provocó que CES Consulting iniciara el procedimiento para la solución de controversias según carta N° AASR-L-008-2010 RV/CT/ms del 21 de junio del 2010.

El artículo 1759 del Código Civil establece que en los contratos de prestación de servicios, el pago se efectuará después de prestado el servicio o de aceptado su resultado.

Incumplimiento en la formulación correcta de las observaciones

Sobre este aspecto el Tribunal no ha encontrado evidencia documentaria que corrobore este incumplimiento imputado por CES Consulting.

Análisis sobre la Resolución del contrato

1-En lo que concierne a la formalidad de la resolución del contrato, el Tribunal encuentra que a través de la Carta Notarial Nro. 272-2010-VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3 del 1 de julio del 2010 Pronasar notificó la **resolución del contrato** N° 012-200/VIVIENDA/VMC-PRONASAR por incumplimiento del mismo por causas imputables a CES Consulting

Hizo hincapié en la carta notarial Nro. 084-2010- VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3 notificada el 4 de marzo del 2010 al Contratista, indicando que con esa carta le había otorgado "un plazo de (30) días calendario a fin de que cumplieran con entregar la totalidad de los productos

establecidos en el contrato del asunto, plazo que se cumplió el 03 de abril del 2010, sin que la fecha hayan cumplido con entregar la totalidad de los productos y actividades previstos en el contrato N° 012-2009/VIVIENDA/MCS-PRONASAR.”

2-Al respecto, es necesario retrotraerse a la situación que evidenciaba la carta Nro. 084-2010-VIVIENDA/MC-PAPT1.3 cuando destaca los incumplimientos de CES Consulting.

- Retraso de 2.5 meses en la presentación de productos.
- Grado de avance físico equivalente al 7.3 %, no obstante que el grado de avance previsto en el contrato es de 25.14%
- Ausencia del Personal de Primer Nivel (Coordinador Social Municipal y 5 Especialistas en Ingeniería).
- Inconsistencia en sus productos (no presentación de línea base).
- Insuficiente inversión de recursos para difusión y promoción de la UGP PRONASAR e implementación de oficinas.

Pronasar le señaló al Contratista en la aludida carta que, en aplicación del literal a) de la cláusula 2.6.1 de las condiciones generales del Contrato, le otorgaba un plazo de (30) días calendario, a fin que “cumpla en estricto con las actividades y productos establecidos en el contrato; caso contrario se procederá con la resolución contractual por causas imputables a vuestra representada.”

3-El incumplimiento de la obligación por parte de uno de los contratantes es el antecedente lógico y necesario para que pueda surgir y ejercerse de modo eficaz el derecho de resolución. Es un presupuesto de orden general aplicable a cualquiera de los mecanismos de resolución.

El incumplimiento debe presentarse al momento en que se realiza la intimación respectiva por el acreedor y debe subsistir hasta el vencimiento de ese plazo. La valoración de la importancia, de la trascendencia del incumplimiento, debe tener como referencia temporal

el momento en que expira el plazo que se ha concedido en el requerimiento y no el momento en que se intima al contratante que no ha cumplido su prestación. Precisamente, el plazo consignado en la intimación tiene como función diferir hasta su término el momento resolutorio. En otras palabras, la función del plazo que el acreedor anota en la intimación, consiste en establecer el momento en que decae su interés en el cumplimiento y aparece, en su reemplazo, el interés en la liberación, de manera que la gravedad del incumplimiento, que es aquello que lesiona el interés del acreedor en el cumplimiento, deberá ser apreciado, precisamente, en el momento en que esa lesión tiene lugar.

Por lo tanto, si después de de producida la intimación pero, antes de que expire el plazo fijado por el acreedor, el deudor cumple de manera parcial, la magnitud del incumplimiento debe ser apreciada, valorada, al momento en que venció el mencionado plazo, con la salvedad que si el pago parcial no fue aceptado por el acreedor, se hará caso omiso de él al efectuar la evaluación respectiva; si, por el contrario, el pago parcial hubiese sido aceptado por el acreedor, la evaluación sobre la importancia del incumplimiento deberá recaer nada más que en la parte de la prestación no ejecutada.

El acreedor debe establecer, entonces, un plazo en su respectivo requerimiento. Es un plazo durante el cual subsiste el interés del acreedor en el cumplimiento y cuya expiración pone de manifiesto la extinción del citado interés y el surgimiento de aquel relacionado a la liberación, que se realiza automáticamente mediante la resolución.

4-Ahora bien, en ese contexto, examinando los aspectos vinculados con el retraso en la presentación de productos y con el grado de avance físico, el Colegiado ha puntualizado que el desfase en la ejecución contractual no resultaba imputable a CES Consulting y que, inclusive, habían situaciones que debieron haber dado lugar a la concesión de ampliaciones de plazo por parte de Pronasar.

Respecto a la inconsistencia en los productos (no presentación de línea de base) esa denuncia fue superada si se considera que ese producto fue finalmente pagado por Pronasar como se desprende de la factura Nro. 001-0001181 del 18 de mayo del 2010, equivalente a S/ 96, 663.01 incluido IGV que corresponde a la línea base de indicadores operativos de 50 localidades del Dpto. de San Martín. En ese sentido, ese incumplimiento denunciado, a la fecha de la resolución de contrato en julio del 2010, no se verificaba como vigente.

El otro incumplimiento que se atribuyó a CES Consulting era el que tenía que ver con la Ausencia del Personal de Primer Nivel (Coordinador Social Municipal y 5 Especialistas en Ingeniería) Sin embargo, se encuentran en el expediente documentos tales como Informe N° 019-2009-VIVIENDA-PAPT-PRONASAR del 11-11-2009, el Informe N° 029-2009-VIVIENDA-PAPT-PRONASAR del 22-06-2009, la carta N° 566-2009-VIVIENDA-VMCS-PAPT-UGP PRONASAR del 10 de diciembre del 2009, la carta N° 424-2009-VIVIENDA-VMCS-PAPT-UGP PRONASAR del 24 de setiembre del 2009, documentos en los que aparece que se dio conformidad al reemplazo de diverso personal, por lo que no está debidamente sustentado este cargo por parte del Pronasar. Tal como se ha explicado en considerandos anteriores, la antigüedad del proceso de contratación (2008) y de los documentos que sirvieron para la formalización del contrato como la propia Propuesta Técnica del Consultor tuviese incidencia en las cuestiones vinculadas con el personal propuesto por el Consultor y su reemplazo posterior en el año 2009.

En cuanto a la insuficiencia de inversión que alude Pronasar, el Colegiado no ha encontrado prueba sobre la veracidad de esta imputación

5-En esa línea de análisis, cuando se produce la resolución contractual, varios de los incumplimientos imputados no tenían ya ese carácter,

bien sea porque se había cumplido con la prestación debida como porque el retardo imputado no era tal, dadas las ocurrencias suscitadas a lo largo del contrato que el Tribunal considera que no eran de responsabilidad de CES Consulting.

6-Igualmente, no deja de ser sugerente el hecho que transcurrido los 30 días calendarios fijados en la carta N° 084-2010-VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3 recibida el 4 de marzo del 2010 por CES Consulting y vencido el plazo concedido, esto es, el 3 de abril del 2010, Pronasar no cumpliera con resolver el contrato en esa fecha y recién decida hacerlo en forma posterior a los emplazamientos de CES Consulting para que le pague por los perfiles presentados.

En efecto, esos requerimientos de CES Consulting son los siguientes: La Carta AASRL-L-006-2010 RV/CT/ms del 31 de mayo del 2010 y la Carta AASRL-L-007-2010 RV/CT/ms del 11 de junio del 2010.

La resolución del contrato por parte de Pronasar se hace patente el 2 de julio del 2010 cuando remite la Carta Notarial Nro. 272-2010-VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3 y CES Consulting, por su parte, había iniciado anteriormente el procedimiento para la solución de controversias al denunciar el incumplimiento de Pronasar.

7-Todo esto pone de manifiesto que la resolución del Contrato dispuesta por Pronasar carecía de justificación a la luz de lo que está decidiendo el Tribunal, al ponderar los hechos que se indican al resolver el segundo punto controvertido.

8-En cuanto a los perfiles en sí, que era el otro producto que CES Consulting debía entregar, atendiendo a lo que la partes pactaron sobre la entrega de aquéllos y su evaluación posterior en el plazo máximo de 10 días como se ha resaltado al resolver el punto controvertido anterior, si es que esos perfiles no satisfacían las expectativas del Pronasar no solo debió observarlos en el término

convenido sino también requerir a su contraparte para que subsane las deficiencias que hubiese advertido, bajo el apercibimiento de resolver el vínculo contractual, por cuanto ese era un hecho que resultaba ajeno al requerimiento contenido en la Carta N° 084-2010-VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3, por las nuevas circunstancias existentes al mes de julio de 2010. El Pronasar no llegó a hacer ninguna de estas cosas.

El plazo, como los demás aspectos del contenido de la intimación, es esencial si se toma en cuenta que es este plazo el que indica si todavía se mantiene o si se extingue la relación contractual. Ello trae como consecuencia lógica que la omisión en fijar un plazo en la intimación, su indeterminabilidad objetiva o la indicación de uno inferior al legal, tornan ineficaz a la intimación evitando que se produzca el efecto resolutorio.

El contenido de la intimación se completa, además del requerimiento de cumplimiento y de la fijación de un plazo, con la advertencia del efecto resolutorio.

En efecto, el acreedor debe poner en claro que está ejerciendo su derecho de resolución por intimación, para la cual no es suficiente que exija la prestación y que, a la vez, señale un plazo. Debe advertir que su interés en el cumplimiento tiene un límite temporal al final del cual surgirá un interés en la liberación, lo que ocurrirá a la expiración de ese plazo si la prestación no ha quedado ejecutada. Tal exigencia es compatible con la necesidad de poder revelar de modo claro al deudor que se está ejerciendo ese derecho, lo que además concilia con el hecho de que la intimación se instrumente mediante una declaración recepticia.

9- Otro aspecto a examinar es el que tiene que ver con el contenido de los perfiles, esto es, su conformidad con los términos de referencia del contrato. El Tribunal ha señalado que la falta de pronunciamiento oportuno importa, en principio, que existe conformidad con ellos. Así se

infiere de los términos de referencia del contrato cuando se refiere a la supervisión de los trabajos de consultoría.

Sin perjuicio de que esa omisión de pronunciamiento oportuno le asigna conformidad a los perfiles, el Tribunal considera también que los mismos, en su conjunto guardan conformidad con los términos de referencia. Y en el supuesto negado que hubiesen quedado incompletos, esa situación se ha generado, debido a la decisión del Pronasar por resolver el contrato, lo cual supone decidir liberarse en relación con la continuidad de las prestaciones, por cuanto pudieron emplearse las medidas pertinentes para que se completaran al no verificarse observaciones sustanciales en unos casos y, en otros, eran exigencias que resultaban pertinentes para los expedientes técnicos mas no para los perfiles.

10-AI revisar este punto cabe señalar que se elaboró un Informe pericial por el Ingeniero Luis Vásquez de Rivero cuyo objeto se definió en la Resolución N° 15, esto es, acreditar si los perfiles entregados por CES Consulting y los avances de los expedientes técnicos están conformes con los términos de referencia del contrato.

El Perito cumplió con emitir su informe el 1 de abril del 2013 habiendo recibido observaciones de diversa naturaleza por parte de CES Consulting con escrito del 23 de Julio del 2013. Pronasar con escrito del 16 de julio del 2013 presentó un análisis de los perfiles y solicitó una ampliación de la pericia.

Con fecha 10 de febrero del 2014 el Perito se pronunció sobre las observaciones y ampliaciones propuestas por las partes.

Con fecha 10 de marzo del 2014 CES Consulting presentó un dictamen pericial de parte elaborado por el Ingeniero Jorge Mendoza Torres

El 10 de marzo del 2014 se realizó la audiencia de sustentación pericial sin que asistiera el Perito por razones de salud

Al respecto, el Tribunal estima que al haberse emitido pronunciamiento en el sentido de que los perfiles merecieron la conformidad del Pronasar porque no se emitieron las observaciones que facultaba el contrato dentro del término oportuno (señalando que el pago por ellos es exigible), entonces el contenido de la Pericia practicada deviene en inconducente, puesto que las observaciones o reparos que en ella se hacen a los Perfiles podrían haber sido pertinentes en la medida que confirmasen las que el Pronasar hubiese efectuado en el momento que correspondía.

Sin embargo, el Colegiado se permite hacer un análisis de la pericia en las partes que entiende son los aspectos más relevantes, tomando en cuenta las posiciones de las partes:

El Colegiado debe indicar que un Dictamen Pericial no es vinculante y que su valoración corresponde al Juez o al Árbitro conforme a las reglas de la sana crítica, y de acuerdo a las previsiones establecidas en el Artículo 197 del Código Procesal Civil que es aplicable supletoriamente.

En principio, el Perito declara haber revisado solo 40 perfiles, habiendo sido entregados directamente a éste por el Pronasar. Los Perfiles entregados por CES Consulting fueron 48 en total.

Antes de ello, se aprecia que mediante escrito de fecha 14 de Julio del 2012 el Perito señaló que de los 48 perfiles no habían 24 de ellos, razón por la cual solicitaba le remisión de la documentación faltante.

Al parecer, PRONASAR suministró al Perito solo copias de los perfiles y no los originales como se dispuso en la Audiencia de Fijación de

Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 5 de abril del 2011.

Es probable, entonces, que tal como lo expresa CES Consulting la revisión del Perito se hubiese practicado sobre material incompleto que no coincide con la documentación que presentó a la parte demandada, por cuanto mediante la carta del PRONASAR N°055-2010-VIVIENDA/VMCS/PAPT-PRONASAR-OSR SM de fecha 26 de mayo del 2010 se expresó que se confirmaba que con carta SM 119-2010-CES SAN MARTIN de fecha 18.05.10 se habían completado 48 Perfiles de Proyectos de Inversión Pública que corresponden a la intervención del PRONASAR en 50 localidades del Departamento de San Martín, los cuales se encontraban en proceso de evaluación por los especialistas sociales, técnicos y económicos de la UGP PRONASAR.

En conclusión el dictamen pericial tampoco se ha practicado sobre la totalidad de los Perfiles presentados.

Por otro lado, el Perito ha sostenido, en términos generales que los perfiles necesitaban los planos básicos de ingeniería estudio de suelos, para cimentación de las estructuras pasadas (reservorios) verificar percolación de las UBS faltan convenios específicos por los que los municipios se comprometían al porcentaje de financiación.

Respecto a los porcentajes de financiación, el Numeral 3.2 de los Términos de Referencia ya fija los porcentajes de financiamiento, tanto para el caso de Proyectos nuevos como para el caso de los proyectos rehabilitados, de manera que esa observación del Perito carece de fundamento.

En efecto, para el caso de sistemas de agua potable nuevos, el aporte de la Municipalidad Distrital será como mínimo el 10% del costo de inversión y máximo el 100% del costo de la obra, según se indica en el Cuadro N°

02 (considerando los ingresos municipales por concepto de Canon, Sobre canon y Regalías Mineras) y el aporte de la Comunidad es, en todos los casos, el equivalente al 100% de la mano de obra no calificada. Ambos aportes deben de significar al menos el 20% de los costos de inversión en infraestructura. En el caso el aporte comunal no cubra el 10%, la Municipalidad deberá completar el cofinanciamiento hasta cumplir con el aporte acumulado mínimo del 20% del costo total de la obra. En caso que el aporte en mano de obra no calificada sea más del 10 % del valor de la obra, el municipio deberá aportar como mínimo un 10% en efectivo llevando el aporte combinado por encima del 20 % mínimo requerido.

Como mínimo se considerarán dos localidades por distrito y para los niveles de cofinanciamiento se tendrá en cuenta:

Cuadro nº 2 Cofinanciamiento mínimo de la municipalidad en los costos de obra

Factor de regalía (K)	Cofinanciamiento de la Municipalidad y Comunidad	
	Proyectos Nuevos	Proyectos rehabilitados
0	20 %	40%
1	20 %	40%
2	30%	45%
3	40%	50%
4	50%	55%
5	60%	60%
6	70%	70%
7	80%	80%
8	90%	90%
9	100%	100%

Para la rehabilitación de sistemas existentes, el cofinanciamiento entre la Municipalidad y comunidad es como mínimo el 40% de los costos de inversión en infraestructura, considerando siempre el aporte de la comunidad del equivalente al 100% de la mano de obra no calificada. De manera similar al anterior, si la Municipalidad Distrital tiene ingresos por

conceptos de Canon, Sobrecanon o Regalías mineras, dependiendo de los montos recibidos el aporte de la municipalidad puede ser el 100% de la infraestructura, tal como lo demuestra el Cuadro N° 02.

El aporte de la Municipalidad distrital para el cofinanciamiento de los proyectos sera en efectivo y corresponderá a los montos estimados en el perfil del proyecto declarado viable. Es posible que una vez efectuada la convocatoria la propuesta ganadora tenga un monto superior a lo indicado en el Perfil, en ese caso se solicitará a la Municipalidad completar su cofinanciamiento en el lapso de 30 días.

El Perito también ha señalado que no se ha adjuntado el Convenio Específico de Financiamiento, entre el PRONASAR, la MUNICIPALIDAD y la JASS, razón la cual no es viable el Perfil. Sin embargo, el Numeral 3.5 de los Términos de Referencia señala que:

Declarada la Viabilidad se procederá a la firma del Convenio Específico de Cofinanciamiento, entre la JASS (En su condición de representante de la comunidad) Gobierno Local y MVCS, para acordar los montos a cofinanciar por parte de la municipalidad y del PRONASAR.

El Numeral 6 de los Términos de Referencia, cuando se refiere a los Productos y Plazos de ejecución relacionados con la Fase 1 del Contrato correspondiente a la Pre-Ejecución, establece que el Producto: Convenio Especifico, se elaborará y presentará después que el Perfil es viable, esto es, no es un producto que hubiese tenido que presentarse con anterioridad. Por lo tanto, existe error en el informe pericial.

De igual manera, se está requiriendo en los perfiles, análisis de precios, planos del proyecto, metrados, esto es, en la fase de Pre ejecución, cuando esos documentos son exigibles y tienen que elaborarse en la fase de inversión como lo ha expuesto el Ingeniero

Jorge Mendoza Torres en el dictamen pericial de parte que se ha presentado y admitido en el expediente arbitral.

En ese orden de cosas, el informe pericial no coadyuva para aclarar las cosas, al margen que, como se ha expresado, el Tribunal determinó que los perfiles se consideran aprobados por la falta de pronunciamiento oportuno del Pronasar.

Consecuentemente, se declaran fundadas las observaciones efectuadas por CES Consulting al dictamen pericial practicado en el expediente arbitral.

11- El incumplimiento que resaltó Pronasar en su carta notarial en cuanto a la suspensión unilateral de servicios en el ámbito San Martín por parte de CES, constituyó un nuevo hecho que debió dar lugar a la solicitud para que se levante esa suspensión y, en caso contrario, sobrevendría la resolución del contrato.

En términos estrictamente formales correspondía proceder en ese sentido, sin poder desconocerse que, en el caso concreto, existía la obligación de pagar los perfiles presentados. No puede dejar de considerarse el tiempo transcurrido desde el inicio de las actividades en el mes de junio del 2009, habiendo transcurrido un año sin percibirse lo que correspondía por los perfiles conforme a contrato y al encontrarse éste demorado por causas no atribuibles al Contratista, lo que justificaban una decisión como la adoptada por CES Consulting, amparada por el artículo 1429 del Código Civil.

12-En ese orden de cosas, la resolución del contrato no podía darse por no existir causas atribuibles a CES Consulting y en el aspecto meramente formal, el Colegiado estima también que no se cumplió con lo establecido en la cláusula 2.6.1. de las Condiciones Generales del Contrato al no haber mediado requerimiento o intimación previa a la resolución del contrato por las causas que estaba señalando Pronasar

en su Carta Notarial Nro. 272-2010-VIVIENDA/VMC-PAPT 1.3 del 1 de julio del 2010:

“ 2.6.1. El contratante podrá dar por terminado este Contrato si sucede cualquiera de los eventos especificados en los párrafos (a) a (f) de esta sub cláusula 2.6.1 de las CGC. En dicha circunstancia, el contratante enviará una notificación de resolución del contrato por escrito al Consultor por lo menos con (30) días de anticipación a la fecha de terminación, y con (60) días de anticipación en el caso referido en la sub cláusula (e).

(a) Si el consultor no subsana el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de este Contrato, dentro de los (30) días siguientes de haber sido notificado o dentro de otro plazo mayor que el Contratante pusiera haber aceptado posteriormente por escrito.”

Y, adicionalmente, no se observó lo establecido en la cláusula 8.2 de las Condiciones Especiales del Contrato sobre el sometimiento de la controversia a la conciliación concertada por las partes, a pesar que con la carta AASRL-L-008-2010 RV/CT/ms del 21 de junio del 2010, CES Consulting solicitó de modo expreso que se pusiera en marcha ese procedimiento, lo que fue desestimado, por Pronasar, en la práctica, por cuanto decidió resolver el contrato.

En su carta con código AASR-L-008-2010 de fecha 21 de junio del 2010 Ces Consulting señaló que si no hubiese solución adecuada en la reunión que le proponía al Pronasar para el 28 de junio del 2010 se tendría que pasar a la Conciliación Extrajudicial y ya que la Cámara de Comercio no contaba con un centro de Conciliación tendría que acudir a uno.

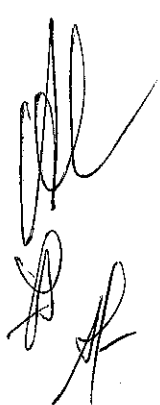
Si bien es verdad que la cláusula en cuestión se refiere a un procedimiento de conciliación ante la Cámara de Comercio de Lima y, según lo señala CES Consulting en la carta antes mencionada, dicha Cámara no cuenta con un Centro de Conciliación, ha de tenerse en

cuenta la voluntad de las partes al celebrar el contrato y esta era el de contar con la asistencia de un Conciliador para que se tratara de modo previo al arbitraje, las controversias existentes a fin de llegar a una solución armoniosa. Las cláusulas 8.1. y 8.2 de las Condiciones Generales de Contrato instan a las partes para hacer los esfuerzos necesarios a efectos de arribar a una solución amigable, lo que es concordante con la cláusula 7.1. que resalta la buena fe contractual.

8.1. Solución Amigable: Las partes acuerdan que el evitar o resolver prontamente las controversias es crucial para la ejecución fluida del contrato y el éxito del trabajo. Las partes harán lo posible por llegar a una solución amigable de todas las controversias que surjan de este contrato o de su interpretación.

8.2. Solución de Controversias: Toda controversia entre las partes relativa a cuestiones que surjan en virtud de este Contrato que no haya podido solucionarse en forma amigable de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 8.1 de las CGC pueden ser presentadas por cualquiera de las partes para su solución conforme a lo dispuesto en las CEC.

Se concluye, por lo tanto, inobservancia en el cumplimiento de las formalidades previstas en el Contrato.



13- A lo manifestado conviene agregar que el Plan Operativo Anual 2010 presentado por Pronasar con escrito del 4 de mayo del 2011 evidencia que, para los fines del contrato, que tenía hasta tres etapas, prácticamente se reducía el objeto de aquél restringiéndose a la presentación de perfiles y expedientes técnicos, actividades que se encontraban consideradas en la etapa de pre ejecución. En ese Plan Operativo se omitían las etapas siguientes, entre ellas la de ejecución de obras, debido a que no se consideraba presupuesto para esos trabajos.

Siendo previsible, por lo menos para Pronasar, que no se seguiría con el contrato en lo que correspondía a las siguientes etapas del mismo, el nivel de exigencia puesto por Pronasar en lo que atañe a la presentación de los perfiles, no parece proporcional con el destino de aquel contrato y tampoco parece apropiado que la decisión de resolverlo por causa imputable al Contratista tuviese que darse, por cuanto podía recurrirse a otro mecanismo contractual como la decisión unilateral prevista en el literal e) de las Condiciones Generales del Contrato o el mutuo disenso previsto en el artículo 1313 del Código Civil.

14- En definitiva, los sucesos que se han examinado por el Tribunal en el presente laudo, alteraron el proceso normal de ejecución del contrato y daban lugar para que se prorrogase la duración del mismo y exculpaban a la Contratista. El contrato no estaba desfasado por culpa atribuible al Contratista y los cargos que se le imputaron no revestían la solidez del caso. Esas causas, por el contrario, resultaban imputables al Pronasar como se ha determinado anteriormente (demora en la revisión y aprobación de documentos, la falta de reconocimiento de ampliaciones de plazo, designación tardía de supervisores, entre otros).

15-Por todas las razones, expuestas, el Colegiado considera que carece de validez y justificación la Resolución del Contrato N° 012-2009-VIVIENDA-VMCSPRONASAR, Ámbito de San Martín, dispuesta por Pronasar mediante carta Notarial N° 272-2010-VIVIENDA-VMCS-PAPT recibida el 2 de julio de 2010. De igual forma, esta resolución del contrato le resulta imputable al Pronasar por hechos de su atribución, que ocasionaron la afectación del plazo original pactado en el Contrato y por los incumplimientos incurridos que se han detallado en los considerandos anteriores.

2- ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN DE CES CONSULTING

3- Determinar si corresponde ordenar a Pronasar el pago de la suma de S/ 814,086.00 (Ochocientos catorce mil ochenta y seis y 00/100 Nuevos Soles) más intereses por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, lo cual comprende los saldos por pagar, daño emergente, lucro cesante.

2.1. CES Consulting indica que la resolución del contrato, al carecer de justificación y al haberse prescindido de la formalidad legal pertinente, le ha ocasionado una serie de daños y perjuicios que valoriza en S/ 814,086.00 nuevos soles.

2.2. El Tribunal, al resolver las dos pretensiones anteriores, ha determinado que Pronasar fue la parte que incumplió el contrato, por lo que es de aplicación el artículo 1321 del Código Civil, puesto que en las Condiciones Generales del Contrato, cláusula 1.1.(a) se indica que la normatividad legal aplicable es la peruana.

El artículo 1321 del C.C. señala lo siguiente:

"Artículo 1321- (...) El resarcimiento por la inejecución 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 inejecución.(...)"

2.3. Sobre la base de lo anterior, corresponde determinar entonces cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan por la resolución indebida del Contrato por parte de Pronasar.

En materia de responsabilidad civil y según la doctrina especializada se verifica la distinción siguiente: Aquellos montos que representen un daño emergente ocasionado al Contratista, deben ser indemnizados siempre que hayan sido debidamente acreditados, pues la disminución patrimonial sufrida por éste como consecuencia de la indebida resolución contractual, puede variar de un caso a otro, no pudiendo ser calculada en base a una fórmula general. En lo que concierne al lucro

cesante, éste constituye una consecuencia de la resolución indebida del Contrato, ya que resulta evidente que, en cualquier circunstancia, dicho evento detiene o frustra su ejecución, perjudicando al Contratista, el que como consecuencia de la conducta antijurídica de la Entidad, se verá imposibilitado de continuarlo y de percibir la ganancia esperada de tal negocio.

Como una cuestión referencial se tiene que el Artículo 1769 del Código Civil establece sobre la *Conclusión anticipada del contrato* lo siguiente: *“El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente.*

Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.”

Esto quiere significar que aun cuando mediase motivo justificado para poner fin a una prestación de servicios antes de que venza el plazo establecido, la ley estipula como condición a que no se cause perjuicio al prestador y que se le reembolsen los gastos efectuados y también que se le retribuyan por los servicios prestados.

En el presente caso, si el contrato ha sido resuelto de manera unilateral por la demandada como se ha establecido en los considerandos precedentes, entonces el objeto de aquel contrato no ha podido cumplirse y ello no puede repercutir en contra que quien tenía la legítima expectativa de cobrar por sus servicios, por lo que el Consultor tiene derecho a la contraprestación debida.

2.4. En su escrito de demanda CES Consulting inserta un cuadro que se transcribe a continuación:

MONTO ESTIMADO

ESPECIFICACION	CANTIDAD U	COSTO UNITARIO S/	PARCIAL S/
----------------	------------	-------------------	------------

Línea Base de indicadores Operativos sociales	50	1,939.26	96,663.00
Elaboración de perfiles	50	16,432.71	821,635.50
Avance de elaboración de Expedientes Técnicos	%		368,484.00
Daños y perjuicios emergentes			368,332.30
Lucro cesante			263,968.29
MONTO TOTAL			1'919,083.09
Amortización del adelanto			1.104,997.02
SALDO POR PAGAR			814,086.07

2.5. El Tribunal procede a analizar la procedencia de esos pagos.

2.5.1. Línea Base de indicadores Operativos sociales.

Este concepto no puede ser amparado, por cuanto ha sido pagado por Pronasar como lo demuestra la factura Nro. 001-0001181 del 18 de mayo del 2010, equivalente a S/ 96,663.01 incluido IGV que corresponde a la línea base de indicadores operativos de 50 localidades del Dpto. de San Martín.

2.5.2. Elaboración de 50 perfiles

Como se ha expresado al resolver el punto controvertido anterior, mediante carta AASR-L-006-2010 del 31 de mayo del 2010 CES Consulting solicitó el pago de S/ 821,635.50 nuevos soles por ese concepto.

Habiéndose determinado la procedencia de ese pago, la cantidad resulta de lo pactado por las partes en el Contrato, específicamente, lo que aparece en el Contrato (Anexo 01: Forma de Pago del Apéndice A "Descripción de los Servicios").

2.5.3. Avance de Expedientes Técnicos.

Mediante la carta AASR-L-006-2010 RV/CT/ms de fecha 31 de mayo del 2010 recepcionada por el Pronasar el 2 de junio del 2010, CES

Consulting le anticipa que, además de estar considerando que los Perfiles están aprobados, estaban avanzando con la elaboración de los Expedientes Técnicos de los Proyectos materia del contrato, informando del avance con que se contaba a esa fecha en la elaboración de esos Expedientes Técnicos.

Mediante la Carta AASR-L-007-2010 de fecha 11 de junio del 2010, CES Consulting le informa al Pronasar que ha avanzado con la elaboración de los expedientes técnicos y consigna un cuadro idéntico como el que a continuación se expone:

MONTO POR AVANCE DE EXPEDIENTES TECNICOS AL 31.05.2010

Nº DE PROYECTOS U	AVANCE %	COSTO UNITARIO S/	TOTAL S/
10	15	14,739.36	22,109.04
10	30	14,739.36	44,218.08
15	50	14,739.36	110,545.20
5	60	14,739.36	44,218.08
10	100	14,739.36	147,393.60
Monto total			368,484.00

Este aspecto también fue sometido a Peritaje, evidenciándose que el Perito se pronunció en el siguiente sentido:

"B EXPEDIENTES TÉCNICOS

Discos I y II

Discos I Contenido

1ra Carpeta Ing. Dionisio Gómez, contiene Expedientes Técnicos de las siguientes localidades:

- Pongo isla
- Huincoyacu
- Dos de Mayo
- Víctor Raúl

Las Carpetas contienen los siguientes:

- 0) Carátula
- 1) Memoria Descriptiva
- 2) Especificaciones Técnicas
- 3) Autorización Libre disponibilidad
- 4) Recurso hídrico
- 5) Planilla Metrados
- 6) Listados de Insumos
- 7) Cotización insumos
- 8) "agregados
- 9) Cálculos fletes
- 10) Documentos de aprobación...(no tiene)
- 11) Presupuesto Base de Obra
- 12) Análisis de Gastos Generales.
- 13) Cronograma Valorizado de Avance (no tiene)
- 14) Cronograma de ejecución de obra (no tiene)
- 15) Memoria de Cálculo
- 16) Topografía (Informes)
- 17) Estudios de mecánica de suelos
- 18) Estudio hidrogeológico
- 19) Informes Restos Arqueológicos
- 20) Estudio Ambiental
- 21) Panel fotográfico
- 22) Planos definitivos, solo tiene relación en dos, y en otros.

Hago presente que no se verifica todos los planos que corresponden al Proyecto, pero en todo caso no es factible la revisión por cuanto la entidad no aprobó los Perfiles, razón por la que solo preciso la información contenida en el disco I adjunto.

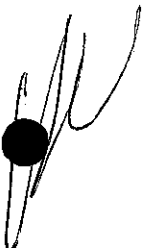
2da Carpeta del Ing. Henry Saavedra: contiene exp. Técnicos de: La unión, zanja Seca, Playa Hermosa, Nuevo Mundo, y Pacasmayo el disco no contiene planos, solo los menciona.

3er Carpeta del Ing. Yuri Encomenderos Bancayán, contiene las siguientes localidades:


Capirona, Porvenir y zancudo y tiwinsa

Las Carpetas contienen lo siguiente.

- Análisis de Precios unitario.
- Cálculo hidráulico
- Carátula
- Diseño Hidráulico
- Especificaciones Técnicas
- Especificaciones técnicas generales
- Evaluación Impacto ambiental.
- Flete materiales
- Gastos Generales
- Memoria de Cálculo de USB
- Metrados
- Planos Presupuesto
- Resumen Alternativa 1
- Resumen Alternativa 2
- Rótulo



No emito opinión sobre la información contenida en los dos discos, solo describo la información contenida, por haber sido observado los Perfiles por la entidad, no es factible según contrato, desarrollar expedientes Técnicos sin contar con aprobación previa de los Perfiles. Cada Perfil correspondiente a una localidad, incluye sus conclusiones”



Sin embargo, en relación con esta opinión del Perito, el Colegiado ha decidido que los perfiles tienen que ser reconocidos y pagados, razón por la cual es necesario realizar un análisis sobre el grado de avance de los expedientes técnicos que han sido trabajados por CES Consulting y que son materia de la demanda arbitral.

Es necesario considerar que cuando sobreviene la resolución de un contrato, es menester que se paguen los saldos pendientes tal como se ha solicitado en esta demanda arbitral, aun cuando no se tenga un expediente técnico completo.

En efecto, ello es una consecuencia de la resolución indebida del contrato por parte de Pronasar. En esa dirección, debe pagarse todo aquello que podría estar adeudándose por trabajos realmente efectuados aun cuando el producto no se hubiese llegado a culminar, esto es, aún cuando el objeto del contrato no hubiese podido cumplirse, teniendo el demandante derecho a la contraprestación debida.

Esto es así por lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 1155 del Código Civil que precisa:

“Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta pero éste conserva el derecho a la contraprestación si la hubiere”.

En ese orden de cosas, efectuada la revisión de los Discos que se le suministraron al Perito, aparece que en lugar de haber información sobre las 50 localidades materia del contrato que refirió CES Consulting en su carta pre citada del 11 de junio del 2010, sólo se advierte información que comprende 30 localidades tal como también hizo el reparo respectivo el Perito en su dictamen pericial.

En ese sentido, el Colegiado considera necesario contrastar la información que se encuentra incluida en los Discos con el contenido de un Expediente Técnico (que debe contar con una estructura de 22 ítems según lo ha considerado el Perito en su dictamen pericial y tomando como base la Guía para la elaboración de expedientes técnicos). En caso de completarse ese número viene a representar un 100%, verificándose entonces la siguiente información en los cuadros que a continuación se insertan:

AVANCE DE EXPEDIENTES TÉCNICOS - PRONASAR SAN MARTIN

Provincia		San Martín	Bellavista	Bellavista	Picota	Huallaga	Huallaga
Distrito		Huimbayoc	San Pablo	San Pablo	San Hilarión	Sacanche	Sacanche
N°	Localidad	Pongo Isla	Huingoyacu	Dos de Mayo	Nuevo Chimbote	Víctor Raúl Haya De la Torre	La Unión
	Contenido						
1	Memoria Descriptiva	SI	SI	SI	SI	SI	SI
2	Especificaciones Técnicas	NO	NO	NO	NO	NO	NO
3	Autorizac. Libre Disponib. de terreno	NO	NO	NO	NO	NO	NO
4	Autorizac. del recurso hídrico	SI	SI	SI	SI	SI	NO
	Planilla de metrados	SI	SI	SI	SI	SI	SI
6	Listado de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	SI
7	Cotización de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	NO
8	Cotización de agregados	NO	NO	NO	NO	NO	NO
9	Cálculo de flete	SI	SI	SI	SI	SI	NO
10	Documentos de aprobación del proyecto	NO	NO	NO	NO	NO	NO
11	Presupuesto de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
12	Análisis de Gastos Generales	SI	NO	NO	NO	NO	NO
13	Cronograma Valorizado de avance de obra	NO	NO	NO	NO	NO	NO
14	Cronograma de ejecución de obra	NO	NO	NO	NO	NO	NO
15	Memoria de cálculo y hojas de diseño	SI	SI	SI	SI	SI	SI
16	Topografía	SI	SI	NO	NO	NO	NO
17	Estudio de Mecánica de suelos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	Estudio Hidrogeológico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	Informe de Restos arqueológicos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	Estudio Ambiental	SI	NO	SI	SI	SI	NO
21	Panel fotográfico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
22	Planos definitivos	SI	SI	SI	SI	NO	SI

% DE AVANCE REDONDEADO	55%	45%	45%	45%	40%	30%
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Provincia	Huallaga	Mariscal Cáceres	Bellavista	Bellavista	Mariscal Cáceres	Mariscal Cáceres
------------------	----------	------------------	------------	------------	------------------	------------------

Distrito		Tingo de Saposoa	Pajarillo	Bajo Biavo	Bajo Biavo	Huicungo	Huicungo
N°	Localidad	Zanja Seca	Playa Hermosa	Nuevo Mundo	Pacasmayo	Mojarras	Dos de Mayo
	Contenido						
1	Memoria Descriptiva	SI	SI	SI	SI	SI	SI
2	Especificaciones Técnicas	NO	NO	NO	NO	SI	SI
3	Autorizac. Libre Disponib. de terreno	NO	NO	NO	NO	NO	NO
4	Autorizac. del recurso hídrico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
5	Planilla de metrados	SI	SI	SI	SI	SI	SI
6	Listado de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	SI
7	Cotización de insumos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
8	Cotización de agregados	NO	NO	NO	NO	NO	NO
9	Cálculo de flete	NO	NO	NO	NO	SI	SI
10	Documentos de aprobación del proyecto	NO	NO	NO	NO	NO	NO
11	Presupuesto de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
12	Análisis de Gastos Generales	NO	NO	NO	NO	SI	SI
13	Cronograma Valorizado de avance de obra	NO	NO	NO	NO	NO	NO
14	Cronograma de ejecución de obra	NO	NO	NO	NO	NO	NO
15	Memoria de cálculo y hojas de diseño	SI	SI	SI	SI	SI	SI
16	Topografía	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	Estudio de Mecánica de suelos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	Estudio Hidrogeológico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	Informe de Restos arqueológicos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	Estudio Ambiental	NO	NO	NO	NO	SI	SI
21	Panel fotográfico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
	Planos definitivos	SI	SI	SI	SI	SI	SI

% DE AVANCE REDONDEADO	30%	30%	30%	30%	45%	45%
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Provincia		Mariscal Cáceres	Mariscal Cáceres	Rioja	El Dorado	Bellavista	Bellavista
Distrito		Pajarillo	Pajarillo	Pardo Miguel	San Martín de Alao	Bellavista	San Pablo
N°	Localidad	Capirona	Porvenir y Zancudo	Tiwinza	Nuevo Pacaypampa	Las Mercedes	Fausa Sapina
	Contenido						
1	Memoria Descriptiva	SI	SI	NO	SI	SI	SI

2	Especificaciones Técnicas	SI	SI	NO	SI	SI	SI
3	Autorizac. Libre Disponib. de terreno	NO	NO	NO	NO	NO	NO
4	Autorizac. del recurso hídrico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
5	Planilla de metrados	SI	SI	SI	SI	SI	SI
6	Listado de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	SI
7	Cotización de insumos	NO	NO	NO	SI	SI	SI
8	Cotización de agregados	NO	NO	NO	NO	NO	NO
9	Cálculo de flete	SI	SI	SI	SI	SI	SI
10	Documentos de aprobación del proyecto	NO	NO	NO	NO	NO	NO
11	Presupuesto de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
12	Análisis de Gastos Generales	SI	SI	SI	SI	SI	SI
13	Cronograma Valorizado de avance de obra	NO	NO	NO	SI	SI	SI
14	Cronograma de ejecución de obra	NO	NO	NO	SI	SI	SI
15	Memoria de cálculo y hojas de diseño	SI	SI	SI	SI	SI	SI
16	Topografía	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	Estudio de Mecánica de suelos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	Estudio Hidrogeológico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	Informe de Restos arqueológicos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	Estudio Ambiental	SI	SI	SI	NO	NO	NO
21	Panel fotográfico	NO	NO	NO	SI	SI	SI
22	Planos definitivos	SI	SI	SI	SI	SI	SI

% DE AVANCE REDONDEADO	45%	45%	40%	60%	60%	60%
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Provincia		Huallaga	Bellavista	Moyobamba	Moyobamba	Lamas	Lamas
Distrito		Piscoyacu	Bellavista	Jepelacio	Jepelacio	Alonso Alvarado Roque	Alonso Alvarado Roque
N°	Localidad	Nuevo Huánuco	Huacho	Pacaypite	Jerillo	Somos Libres	San Juan de Pacayzapa
	Contenido						
1	Memoria Descriptiva	SI	SI	SI	SI	SI	SI
2	Especificaciones Técnicas	SI	SI	SI	SI	SI	SI
3	Autorizac. Libre Disponib. de terreno	NO	NO	NO	NO	NO	NO
4	Autorizac. del recurso hídrico	NO	NO	NO	NO	NO	NO

5	Planilla de metrados	SI	SI	SI	SI	NO	SI
6	Listado de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	SI
7	Cotización de insumos	SI	SI	NO	NO	NO	NO
8	Cotización de agregados	NO	NO	NO	NO	NO	NO
9	Cálculo de flete	SI	SI	SI	SI	SI	SI
10	Documentos de aprobación del proyecto	NO	NO	NO	NO	NO	NO
11	Presupuesto de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
12	Análisis de Gastos Generales	SI	SI	SI	SI	SI	SI
13	Cronograma Valorizado de avance de obra	SI	SI	NO	NO	NO	NO
14	Cronograma de ejecución de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
15	Memoria de cálculo y hojas de diseño	SI	SI	SI	SI	SI	SI
16	Topografía	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	Estudio de Mecánica de suelos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	Estudio Hidrogeológico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	Informe de Restos arqueológicos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	Estudio Ambiental	NO	NO	SI	SI	SI	SI
21	Panel fotográfico	SI	SI	SI	NO	SI	NO
22	Planos definitivos	SI	SI	SI	SI	SI	SI

% DE AVANCE REDONDEADO	60%	60%	55%	50%	50%	50%
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Provincia		Lamas	El Dorado	El Dorado	El Dorado	El Dorado	El Dorado
Distrito		Tabalosos	San José de Sisa	San José de Sisa	San Marín de Alao	San José de Sisa	San José de Sisa
N°	Localidad	San Luis	Huaja	Nauta	Sinami	Santa Martha	Santa Cruz
Contenido							
1	Memoria Descriptiva	SI	SI	SI	SI	SI	SI
2	Especificaciones Técnicas	SI	SI	SI	SI	SI	SI
3	Autorizac. Libre Disponib. de terreno	NO	NO	NO	NO	NO	NO
4	Autorizac. del recurso hídrico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
5	Planilla de metrados	SI	SI	SI	SI	SI	SI
6	Listado de insumos	SI	SI	SI	SI	SI	SI
7	Cotización de insumos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
8	Cotización de agregados	NO	NO	NO	NO	NO	NO
9	Cálculo de flete	SI	SI	SI	SI	SI	SI

10	Documentos de aprobación del proyecto	NO	NO	NO	NO	NO	NO
11	Presupuesto de obra	SI	SI	SI	SI	SI	SI
12	Análisis de Gastos Generales	SI	NO	NO	NO	NO	NO
13	Cronograma Valorizado de avance de obra	NO	NO	NO	NO	NO	NO
14	Cronograma de ejecución de obra	SI	NO	NO	NO	NO	NO
15	Memoria de cálculo y hojas de diseño	SI	NO	SI	SI	SI	SI
16	Topografía	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	Estudio de Mecánica de suelos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	Estudio Hidrogeológico	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	Informe de Restos arqueológicos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	Estudio Ambiental	SI	NO	NO	NO	NO	NO
21	Panel fotográfico	SI	NO	NO	NO	NO	NO
22	Planos definitivos	SI	NO	NO	NO	NO	NO

% DE AVANCE REDONDEADO	55%	30%	35%	35%	35%	35%
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

RESUMEN

LOCALIDAD	% AVANCE	CANTIDAD
La Unión, Zanja Seca, Playa Hermosa, Nuevo Mundo, Pacasmayo	30%	6
Nauta, Sinami, Santa Martha, Santa Cruz	35%	4
Victor Raul Haya De la Torre, Tiwinza	40%	2
Huingoyacu, Dos de Mayo, Nuevo Chimbote, Mojarra, Dos de Mayo, Capirona, Porvenir y Zancudo	45%	7

Jerillo, Somos Libres, San Juan de Pacayzapa	50%	3
Pongo Isla, Pacaypita, San Luis	55%	3
Nuevo Pacaypampa, Las Mercedes, Fausa, Sapina, Nuevo Huánuco, Huacho	60%	5
Total		30

**MONTO POR AVANCE DE EXPEDIENTES
TECNICOS**

N° DE PROYECTOS	AVANCE %	COSTO UNITARIO S/.	TOTAL S/.
6	30%	14,739.36	26,530.85
4	35%	14,739.36	20,635.10
2	40%	14,739.36	11,791.49
7	45%	14,739.36	46,428.98
3	50%	14,739.36	22,109.04
3	55%	14,739.36	24,319.94
5	60%	14,739.36	44,218.08
NUEVO TOTAL			196,033.49

El costo unitario de cada expediente técnico resulta ser de S/ 14,739.36 nuevos soles conforme se determina del Anexo N° 1 "Forma de Pago" del Apéndice A "Descripción de los Servicios" si se toma en cuenta el costo Total de los 50 expedientes Técnicos: S/ 736, 967.82 nuevos soles.

Efectuados los cálculos respectivos se obtiene el siguiente **Cuadro**.

Montos por avance de Expediente Técnico.

Nº PROYECTOS	DE	AVANCE %	COSTO UNITARIO S/	TOTAL S/
6		30	14,739.36	26,530.85
4		35	14,739.36	20,635.10
2		40	14,739.36	11,791.49
7		45	14,739.36	46,428.98
3		50	14,739.36	22,109.04
3		55	14,739.36	24,319.94
5		60	14,739.36	44,218.08
NUEVO TOTAL				196,033.49

En ese sentido, si bien se pueden aplicar porcentajes por esos niveles de avances, no parece suficiente, a criterio del Tribunal, tener como un único parámetro esos niveles de porcentaje que aparecen en el Cuadro anterior, pero, considerando los ítems que serían más relevantes para la constitución de un expediente técnico como por ejemplo las Memorias Descriptivas, Presupuestos de Obra, planilla de metrados, planos definitivos, entonces se aprecia que en la mayoría de las localidades se ha cumplido con incorporarlos, lo cual significa que se ha realizado un trabajo de cierta envergadura, aunque sea verdad también que se encuentren incompletos esos expedientes técnicos, lo que no significa dejar de reconocer lo realmente ejecutado.

Como resultado de este examen, el Tribunal Arbitral no puede amparar la suma requerida por CES Consulting de S/ 368,484.00 nuevos soles considerando lo expresado en párrafos precedentes (No se verifica que se hicieran avances por los 50 localidades, lo que desvirtúa la posición de CES Consulting en su pretensión) ni la cantidad obtenida en uno de los Cuadros anteriores por S/ 190,033.49, porque no le genera plena convicción, sino que decide fijar una suma menor y haciendo una valoración equitativa la determina en S/ 150,000 nuevos soles, de conformidad con el artículo 1332 del Código Civil que señala que si el

resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

2.5.4. Lucro cesante.

La demandante señala que ha estimado que el lucro cesante, que es la utilidad dejada de percibir, comprende desde el avance logrado en los Expedientes técnicos hasta la finalización del servicio y que ese monto es de S/ 263,968.29 nuevos soles.

Señala también que ha considerado el costo directo total del servicio, al cual se ha deducido el monto de toda la primera etapa hasta los perfiles, así como el monto de los avances declarados de los Expediente Técnico. A este subtotal se le afecta por el 10% que corresponde a las Utilidades que señala CES Consulting estaría dejando de percibir.

En el Contrato aparece como un anexo más el Formulario FIN-3: Desglose de costos por actividad/Producto.

El Tribunal Arbitral considera que el cálculo del lucro cesante sería el siguiente:

1. Monto pagados y que están siendo reconocidos por el Tribunal a nivel de costo directo (sin IGV)

1.1. Hasta perfil.....S/. 818,902.41.-

Que es la sumatoria de las siguientes cantidades: S/. 126, 323.50;
S/.59,4495.00; S/. 71,862.50, S/. 59, 075.94, S/: 502, 145.47
(Formulario FIN 3).

1.2. Avance Expediente Técnico..... S/. 91, 673.03.-

S/. 150,000. (incluido IGV)

-Sin IGV: (19%) S/. 126, 050.42

-Sin Gastos Generales ni Utilidad (37.5%) S/.91,6673.03

1.3. Total de monto pagado y/o reconocido..... S/.910, 575.44.-

[(1.1)+(1.2)]

2. Costo directo Total de la oferta económica.....S/.3' 376 ,614.28.-
3. Costo directo dejado de percibir..... S/. 2' 466,038.84.-
[(2) – (1.3)]
4. Utilidad dejada de percibir (sin IGV)S/. 246, 603 .88
[10% de (3.)]
5. Utilidad dejada de percibirS/.293,458.62.-
[con IGV:19%]

Como conclusión se observa que el monto obtenido resulta mayor que el solicitado por la demandante (S/ 263,968.29) debido a la disminución en el reconocimiento del avance de los expedientes técnicos. Sin embargo, como suma máxima sólo se puede reconocer lo solicitado por la demandante incluido IGV ya que no se puede resolver ultra petita.

Se dispone, en consecuencia el pago de S/ 263,968.29 nuevos soles por este concepto.

2.5.5. Daño emergente.

CES Consulting sostiene que, en su caso, ese daño está constituido por el sobre gasto en el que ha incurrido al realizar durante los tiempos adicionales (ampliaciones de plazo solicitadas) en los que ha tenido que seguir pagando al personal y utilizando recursos. Esto lo ha calculado en S/ 368,332.30 nuevos soles. Llega a esa cifra en mérito al reconocimiento de los Gastos Generales de todos los tiempos adicionales en los que sostiene ha trabajado.

En su escrito de fecha 13 de mayo del 2014 CES Consulting indicó que *"a mayo del 2010 (antes de cursar su carta sobre suspensión de actividades) debía haberse ingresado a la etapa de ejecución de obras. Sin embargo, en mayo del 2010 estaban en la etapa de pre-ejecución"*

que debió terminar en noviembre del 2009 de acuerdo al Cronograma de Trabajo. Se verifican entonces 6 meses de atraso no imputables a CES, incluyendo los 52 días por la ampliación de plazo N° 1."

Según el Formulario FIN-3: Desglose de costos por actividad/Producto, los gastos Generales contractuales vienen a ser el 27.5 % del Costo Directo, esto es, S/. 928,568.93 sin IGV, para un plazo contractual que duraría 18 meses.

Ese Gasto General dividido entre 18 meses arroja la cifra de S/. 51,587.16 sin IGV por mes.

CES Consulting sigue desarrollando sus cálculos indicando que los gastos generales por 6 meses de tiempo adicional laborado representa S/ 368,332.3 nuevos soles incluido IGV.

En lo que atañe a este reclamo el Colegiado ha determinado al resolver los puntos controvertidos anteriores que resultaba procedente conceder la ampliación de plazo por 52 días calendario debido a la caída y reemplazo de localidades.

Igualmente, ha verificado que con carta AASR-L-003-2010 de fecha 15 de marzo del 2010, CES Consulting anunciaba que se había producido una nueva ampliación de plazo por 86 días por el asunto relacionado con las líneas de corte y la indefinición sobre la misma, situación que señalaba se aclaró con la carta múltiple N° 011-2010/VIVIENDA-VMCS/UGP-PRONASAR recepcionada por el Contratista el 17 de febrero del 2010.

Con carta SM 050-2010-CES/SAN MARTIN de fecha 22 de Febrero del 2010 CES Consulting también dejó constancia que las exigencias de la Supervisión tratando de imponer la realización de encuestas adicionales le había generado dificultades e incertidumbres durante 64

días, lo que ha generado una ampliación de plazo que en su momento solicitaría.

Los asuntos puntuales que se enuncian en esas cartas han merecido el pronunciamiento del Colegiado en el sentido que esas demoras son imputables al Pronasar.

En ese contexto, el Tribunal Arbitral considera que los meses de atraso que consigna el Contratista responden a la realidad y que la explicación de su reclamo resulta razonable, por lo que decide amparar el pago de S/ 368,332.30 nuevos soles por concepto de daño emergente.

2.5.6. Finalmente, la liquidación que se obtiene es la siguiente:

ESPECIFICACION	CANTIDAD U	COSTO UNITARIO S/	PARCIAL S/
Elaboración de perfiles	50	16,432.71	821,635.50
Avance de elaboración de Expedientes Técnicos	%		150,000.00
Daños y perjuicios emergentes			368,332.30
Lucro cesante			263,968.29
MONTO TOTAL			1'603,936.00
Amortización del adelanto			1.104,997.02
SALDO POR PAGAR con IGV del 19%			498,939.00
SALDO POR PAGAR sin IGV			419,276.47
IGV del 18%			75,469.77
SALDO POR PAGAR con IGV del 18%			494,746.24

El Tribunal declara fundada en parte la tercera pretensión del escrito de demanda, en consecuencia, se ordena al Pronasar el pago de S/ 494,746.24 nuevos soles más intereses por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, lo cual comprende los saldos por pagar, daño emergente, lucro cesante.

3-ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES PRESENTADAS POR PRONASAR EN SU RECONVENCIÓN.

7. Determinar si corresponde declarar la eficacia y validez de la resolución Contractual de Contrato con efectos desde el 2 de julio del 2010 por causas imputables a CES Consulting, por incumplimiento en la entrega de los productos y perfiles de acuerdo a los plazos establecidos en el mismo.

8. Determinar si corresponde establecer como válida la liquidación del contrato efectuada por Pronasar, la misma que arroja a favor de la misma un saldo ascendente a la suma de S/ 1'197,827.02 (Un millón ciento noventa y siete mil ochocientos veintisiete y 02/100 Nuevos soles) según lo siguiente:

i- La suma de S/ 1'104,997.02 (Un Millón ciento cuatro mil novecientos noventa y siete y 02/100 Nuevos Soles) correspondiente al efectivo entregado como adelanto a CES Consulting que no ha sido amortizado.

ii- La suma de S/ 92,830.00 (Noventa y dos mil ochocientos treinta y 00/100 Nuevos Soles) correspondiente a los mayores gastos de supervisión en los que tuvo que incurrir Pronasar por la demora de CES Consulting en la presentación de los productos.

En cuanto a estas pretensiones del Pronasar planteadas en su Reconvención, el Tribunal estima que quedan resueltas en función a lo que se ha expresado a lo largo del laudo arbitral sobre las responsabilidades que conciernen a cada una de las partes y sobre los montos que han surgido como consecuencia de haber declarado

fundadas las pretensiones de CES Consulting, en tanto que no se le ha encontrado responsable de los incumplimientos que se le atribuyeron.

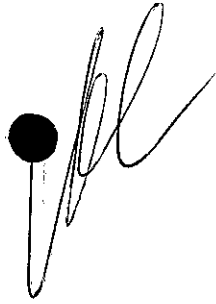
Se ve alterado, por consiguiente, el cálculo que efectuó el Pronasar cuando realizó su liquidación del contrato en su escrito de contestación a la demanda, no pudiendo ampararse ni la restitución del adelanto otorgado ni los mayores gastos que expresa demandó la supervisión que utilizó por las demoras atribuidas a la demandante.

En consecuencia, se declaran infundadas estas pretensiones del Pronasar.


4-ANÁLISIS DE LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA.

5. Determinar si corresponde declarar la intangibilidad de la Carta Fianza N° 0011-0708-98000296-23-50 por S/ 1'104,997.02 (Un millón ciento cuatro mil novecientos noventa y siete y 02/100) emitida por el Banco Continental y que fuera presentada por CES Consulting como consecuencia de la celebración de el Contrato.

6. Determinar si corresponde ordenar la devolución a CES Consulting de la fianza N°0011-0708-98000296-23-50 otorgada como consecuencia del presente Contrato.



El Tribunal, de conformidad con lo establecido en el apartado IV del Acta de Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos y admisión de medios probatorios está en condiciones de analizar y resolver conjuntamente estas dos pretensiones de CES Consulting.



Sobre este particular, la demandante ha petitionado que el Tribunal Arbitral declare la intangibilidad de la carta fianza Nro. 0011-0708-98000296 por S/ 1'104,997.02 nuevos soles emitida por el Banco Continental y que fuera presentada como consecuencia de la celebración del contrato. Asimismo, peticona que se ordene la devolución de la citada fianza.

Considerando que el Tribunal, ha determinado los importes que deben ser pagados a la demandante según aparece en los considerandos que se han vertido cuando se ha analizado la Tercera pretensión de la demanda, la carta fianza debe ser devuelta, debido a que no se verifica deuda a favor del Pronasar.

Sumado a ello, el Colegiado estima que la no ejecución de una carta fianza hasta que se determine los alcances de la resolución contractual; a cuál de las partes contratantes le resultaba imputable; la existencia o no de saldos a favor de una de aquellas, tiene su respaldo en el principio consagrado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, conforme al cual, la ley no ampara el abuso del derecho.

Es de tener en cuenta, por ejemplo, que la normatividad sobre las Contrataciones del Estado, establece y ha establecido en sus diversas disposiciones que se han emitido en los últimos años, determinados supuestos para la ejecución de las garantías y, en líneas generales, sólo procede esta ejecución cuando no se renuevan antes de la fecha de vencimiento y cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, ha quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

En ese sentido, en tanto que un laudo arbitral no se emita y en él se resuelvan las reclamaciones que las partes recíprocamente se hubiesen hecho, quedando luego dicho laudo consentido, no resulta procedente que se solicite la ejecución de una carta fianza.

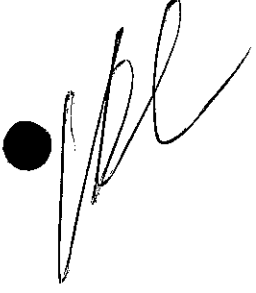
En el presente caso, considerando la existencia de una controversia respecto a la veracidad o no de los incumplimientos al Contrato, el Tribunal estima que no resulta procedente la ejecución de la fianza sin que previamente se determine, a través del Laudo Arbitral, si el

Contratista ha incurrido o no en los incumplimientos que se le atribuyeron.


El Tribunal consideró y, en términos generales considera, que esperar que se esclarezca una situación de esa naturaleza no irá a enervar el derecho de una Entidad a cuyo favor se ha emitido la garantía, por cuanto, después de emitido un eventual Laudo Arbitral en el que se determine la responsabilidad del Contratista, se está en la posibilidad plena de solicitar la ejecución de la carta fianza.

Sin embargo, en este caso, antes de que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las responsabilidades que le corresponden a las partes, se solicitó la ejecución de la garantía por parte del Pronasar, lo que no concretó debido a que se emitió la decisión cautelar contenida en la Resolución N° 1 de fecha 18 de Octubre del 2010.

Tal como se ha puntualizado el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, indica que la ley no ampara el abuso del derecho y éste se presenta cuando se afecta un interés que no está reconocido en una norma jurídica. Por el contrario, si se afectase un interés reconocido en determinada norma, se estaría ante un conflicto de derechos.



Si bien es verdad que el abuso del derecho no llega a afectar un interés específico otorgado por una norma jurídica en especial, sí representa, según lo asevera Carlos Fernández Sessarego en su obra Abuso del Derecho (Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, página 144) una violación o una transgresión a lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, a una prohibición que hace parte de un principio general del derecho.



En el abuso del derecho se presenta un conflicto claro entre una conducta y un principio general del derecho. "Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación

jurídica subjetiva". Y si no existiese una norma expresa que consagre o contemple la prohibición del abuso, se estaría ante un acto que es contrario a los principios generales del derecho, "como aquél de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran preponderantemente, en el valor de la solidaridad." Carlos Fernández Sessarego, Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, página 144.

Expresadas tales ideas, no es menos cierto, además, que las pretensiones contenidas en la reconvención que ha propuesto el PRONASAR carecen de asidero legal tal como se ha precisado cuando se han resuelto las otras pretensiones del proceso, por lo que no hubiese correspondido la ejecución de la fianza.

Y tomando en cuenta que no existe saldo a favor de la Entidad que deba ser cubierto por la carta fianza, debe disponerse la devolución de aquella garantía, por cuanto no hay ninguna exigibilidad de pago a favor del Pronasar, razones por las cuales se amparan estas pretensiones de CES Consulting.

5-COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del

mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

Que, en este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Tribunal Arbitral;

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión del escrito de demanda, en consecuencia, carece de validez y justificación la Resolución del Contrato N° 012-2009-VIVIENDA-VMCS PRONASAR, Ámbito de San Martín, dispuesta por Pronasar mediante carta Notarial N° 272-2010-VIVIENDA-VMCS-PAPT recibida el 2 de julio de 2010.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión del escrito de demanda, en consecuencia, la resolución del contrato le resulta imputable a Pronasar por hechos de su atribución, que ocasionaron la afectación del plazo original pactado en el Contrato y por los incumplimientos incurridos, los cuales se han detallado en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión del escrito de demanda, en consecuencia, se ordena a al Pronasar el pago de S/ 494,746.24 (Cuatrocientos noventa y cuatro setecientos cuarenta y seis y 00/24 Nuevos Soles) más intereses por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, lo cual comprende los saldos por pagar, daño emergente, lucro cesante.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la cuarta pretensión del escrito de demanda, en consecuencia, corresponde declarar que la Ampliación de Plazo por cincuenta y dos (52) días, solicitada por CES Consulting el 20 de octubre del 2009 resultaba procedente y debe tenerse por aprobada.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la quinta pretensión de la parte demandante y, por lo tanto, que resulta intangible la Carta Fianza N° 0011-0708-98000296-23-50 por S/ 1'104,997.02 (Un millón ciento cuatro mil novecientos noventa y siete y 02/100) emitida por el Banco Continental y que fuera presentada por CES Consulting como consecuencia de la celebración de el Contrato.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la sexta pretensión de la parte demandante, ordenándose la devolución a CES Consulting de la fianza N°0011-0708-98000296-23-50 otorgada como consecuencia del presente Contrato.

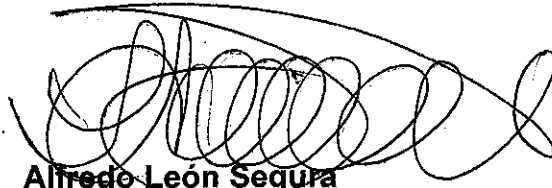
SETIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión del Pronasar para que se declare la eficacia y validez de la resolución Contractual de Contrato con efectos desde el 2 de julio del 2010 por causas imputables a CES Consulting, por incumplimiento en la entrega de los productos y perfiles de acuerdo a los plazos establecidos en el mismo.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión del Pronasar para que se tenga como válida la liquidación del contrato efectuada por ella con un saldo ascendente a la suma de S/ 1'197,827.02 (Un millón ciento noventa y siete mil ochocientos veintisiete y 02/100 Nuevos soles).

NOVENO: ORDENAR que cada parte asuma las costas y costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado III del análisis.

DÉCIMO: Establecer los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

Notifíquese a las partes.



Alfredo León Segura
Presidente del Tribunal Arbitral



Guy Figueroa Tackoen
Árbitro



Alfonso Cox Cassinelli
Árbitro



César Sobrevilla Lazo
Secretario Arbitral