

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CONTROVERSIA DERIVADA DEL CONTRATO PARA LA ELABORACION DEL ESTUDIO DE PRE-FACTIBILIDAD DEL “MEJORAMIENTO INTEGRAL DEL SISTEMA DE RIEGO CHEPÉN” SEGUIDA POR AGUA Y AGRO ASESORES ASOCIADOS S.A.C. CONTRA EL PROYECTO ESPECIAL JEQUETEPEQUE – ZAÑA

Reunidos en la fecha en la sede del Tribunal Arbitral, sito en Calle Sinchi Roca N° 2560, distrito de Lince, los árbitros Dr. Emilio Cassina Rivas, Luis Eduardo Adrianzén de Lama y Marco Antonio Tovar Vásquez, bajo la presidencia del primero, asistidos por el Secretario Arbitral, Doctor Emilio Cassina Ramón, acordaron expedir el Laudo Arbitral sobre la controversia surgida entre **AGUA Y AGRO ASESORES ASOCIADOS S.A.C** en adelante **EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE** con el **PROYECTO ESPECIAL JEQUETEPEQUE ZAÑA**, en adelante **LA ENTIDAD o LA DEMANDADA**, sobre la Invalidez e Ineficacia de la Resolución del Contrato para la elaboración del Estudio de Pre-Factibilidad del “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chapén”, en adelante **“EL CONTRATO”**.

RESOLUCION N° 45

Lima, 2 de febrero del 2012

I PARTE EXPOSITIVA

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO.-

- El Tribunal Arbitral se instaló en las oficinas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, el 25 de marzo del 2010, según consta en el Acta de Instalación,

aprobándose las reglas de procedimientos aplicables con la asistencia del Ingeniero Francisco Coronado Del Águila, asistido por el Doctor Pablo Elías Salazar Calumani en representación de **Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C** y la doctora Vania Glenda Paola Martina Benavides Apaza acompañada del señor José del Carmen Reyes Labenita en representación del **Proyecto Especial Jequetepeque Zaña**. Se acordó que el Tribunal Arbitral funcionaría en la calle Sinchi Roca N° 2560, distrito de Lince. Se encargó la Secretaría Arbitral al doctor Emilio Cassina Ramón. Se declaró que el arbitraje sería Ad-Hoc, Nacional y de Derecho, otorgándose al Demandante el plazo de diez (10) días hábiles para que presente su demanda.

- El Demandante presentó su demanda el 12 de abril del 2010; la misma que fue admitida mediante Resolución N° 02 de fecha 15 de abril del 2010.
- La Entidad contestó la demanda mediante escrito del 29 de abril del 2010, formulando una contra demanda solicitando la Indemnización por Daños y Perjuicios por la suma de S/. 580,653.00 nuevos soles; contestación y reconvencción que fueron admitidas conforme a la Resolución N° 03 de fecha 03 de mayo del 2010.
- El Contratista contestó la reconvencción con su escrito del 18 de mayo del 2010, ofreciendo como medios probatorios los propios de la demanda; teniéndose admitida la contestación de la reconvencción conforme a la Resolución N° 04 de fecha 18 de mayo del 2010.
- El día 27 de mayo del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.

No habiéndose podido llegar a una conciliación, se procedió a fijar los puntos controvertidos y a admitir los medios probatorios de las partes en los términos que aparecen de esa Acta, reservándose el Tribunal el derecho de solicitar las

pruebas de oficio que considere pertinentes para mejor resolver.

- Mediante Resolución N° 08 de fecha 16 de junio del 2010, el Tribunal Arbitral dispone se realice una pericia técnica de Oficio respecto a la consistencia de las observaciones al estudio de pre-factibilidad formulados mediante Informe N° 097-2009-AG-OPP-UIS por la OPI-AGR al Demandante y si el documento presentado por esta reúne las condiciones técnicas para formular el Expediente Técnico de la Obra y su posterior ejecución.
- La Demandada con escrito de fecha 25 de junio del 2010 interpone recurso de reconsideración y propone puntos a considerar en la pericia solicitada; el cual mediante Resolución N° 09 del 28 de junio del mismo año es trasladado al Demandante.
- El Contratista absuelve el traslado conferido con el escrito de fecha 30 de junio del 2010, donde propone, a la vez, los puntos que deben ser considerados en la pericia solicitada.
- La Entidad presentó un escrito el 07 de julio del 2010, solicitando se declare improcedente y/o injustificado el escrito que presentó el Contratista; corriéndose traslado conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 12 del 07 de julio del 2010.
- Con Resolución N° 13, del 20 de julio del 2010, el Tribunal Arbitral resuelve declarar sin lugar la solicitud formulada por la Entidad y declarar Infundado el Recurso de Reconsideración presentado por la misma.
- Por Resolución N° 17 del 24 de setiembre del 2010, el Tribunal Arbitral designó al Ing. Juan José Velásquez Díaz como perito para el presente caso, otorgándole 10 días hábiles para el estudio del dictamen.

- La Entidad presenta un recurso de reconsideración contra la designación, conforme al escrito de fecha 06 de octubre del 2010; el cual es declarado improcedente por la Resolución N° 18 de fecha 11 de octubre del mismo año.
- Con fecha 30 de setiembre del 2010, la demandada solicita la recusación de los Doctores Emilio Cassina Rivas y Marco Antonio Tovar Vásquez; en virtud de ello, mediante Resolución N° 19 del 20 de octubre del mismo año se suspende el proceso arbitral hasta que la recusación sea resuelta por el OSCE.
- El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE emite la Resolución N° 247-2011-OSCE/PRE de fecha 11 de abril del 2011 por la que declara improcedente la recusación formulada por la Entidad contra los doctores Emilio Cassina Rivas y Marco Antonio Tovar Vásquez.
- Con Resolución N° 20 del 20 de abril del 2011 se pone en conocimiento de las partes que se levanta la suspensión del proceso arbitral al haberse declarado improcedente la recusación planteada por la Demandada.
- Con fecha 26 de agosto del 2011 es presentado el Informe Pericial del Ingeniero Juan José Velásquez Díaz, y conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 32 del 31 de agosto del mismo año se le corre traslado a las partes para que formule las observaciones que considere pertinentes.
- El Contratista se pronuncia sobre del Informe Pericial conforme al escrito del 14 de setiembre del 2011; A su vez, la Entidad hace lo propio conforme al escrito de fecha 15 de setiembre del mismo año.

- Las observaciones fueron absueltas por el Perito Ing. Juan José Velásquez Díaz, con el Informe Pericial del 04 de octubre del 2011.
- El día 11 de noviembre del 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Debate Pericial, con la asistencia de ambas partes y el Ing. Velásquez Díaz; donde se explicó los alcances de la pericia realizada y se absolvieron las preguntas efectuadas por las partes y los miembros del Tribunal.
- El 12 de diciembre del 2011 se cerró la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que formulen sus alegatos escritos y soliciten informar oralmente, de considerarlo conveniente.
- Ambas partes presentaron sus alegatos escritos el 20 de diciembre del 2011.
- El 06 de enero del 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia de ambas partes.
- Por Resolución N° 44 del 09 de enero del presente año, se dispone un plazo de veinte días hábiles para la expedición del laudo.

2. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

Con fecha 27 de mayo del 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En dicha audiencia se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

De la Demanda y su Contestación.-

1. Determinar si procede o no declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución del Contrato para la "Elaboración del Estudio de Pre Factibilidad

Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chepén”· suscrito el 26 de agosto del 2008.

2. Determinar si procede o no declarar el incumplimiento de las obligaciones de recepción y conformidad de la prestación por parte del Proyecto Especial Jequetepeque Zaña.
3. Determinar si procede o no el reembolso de mayores gastos generales, costos de mantenimiento de infraestructura técnica, costos de primas de fianzas por el termino que comprende la demora excesiva para dar la conformidad y/o formular las observaciones que correspondía hacer a la Entidad.
4. Determinar si procede o no ordenar el pago a favor de la demandante de la suma de S/.250,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la indebida e ilegal demora en la conformidad de la prestación e indebida resolución del contrato que proclama la empresa accionante.
5. Determinar si la demandante cumplió con levantar las observaciones formuladas por la demandada dentro del plazo establecido por contrato de elaboración del estudio de pre-factibilidad “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chepén”.

De la Contrademanda y Contestación.-

1. Determinar si ha existido o no incumplimiento de las observaciones al estudio de pre-factibilidad formulados mediante Informe N° 097-2009-AG-OP-UIS por la OPI-AGR a la empresa Consultora Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C.
2. Determinar si el documento presentado por la Empresa Consultora Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. reúne las condiciones técnicas para formular el Expediente Técnico de la Obra y su posterior ejecución

que permita cumplir con los objetivos de mejorar la calidad de la producción agrícola del sector de riego Chepén y mejorar las condiciones medio ambientales de la ciudad de Chepén.

3. Si el incumplimiento imputado por la Entidad respecto del estudio de pre-factibilidad elaborado por parte de la Empresa Consultora Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. ha generado o no un perjuicio económico por lucro cesante cuyo monto total asciende a S/ 580,653.00 nuevos soles.
4. Determinar si el incumplimiento que la Entidad imputa a la empresa Consultora en relación con los términos de referencia de las bases del proceso e incluso con su propuesta técnica al no realizar la capacitación del personal de PEJEZA del curso de manejo de Software HEC-RAS, ha generado un grave perjuicio y daño a la Entidad.

Punto Controvertido Común.-

1. Determinar a quién corresponde el pago de los costos del proceso arbitral.

II DE LAS CONSIDERACIONES DEL LAUDO

DECLARACION INICIAL DEL TRIBUNAL.-

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre las pretensiones de las partes y, respecto a los puntos controvertidos puestos a consideración. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la

validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo con todas sus etapas.

La presente controversia se origina en virtud del contrato suscrito el 26 de agosto del 2008, el cual tenía como finalidad la contratación del servicio de elaboración del estudio de Pre-factibilidad “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chapén”, habiéndose celebrado cuando se hallaba vigente la Ley N° 26850 – Ley De Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y su Reglamento; y la Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje; por cuyas normas se rige según el Comunicado N° 003-2009-OSCE-PRE de marzo del 2009.

El Tribunal considera conveniente precisar los siguientes hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato.

1. DEL CONTRATO - GENERALIDADES

- a) El 26 de agosto del 2008 las partes suscribieron el contrato para la elaboración del Estudio de Pre-Factibilidad denominado “Proyecto Especial Jequetepeque Zaña por el precio total de S/180,000 a todo costo, referido al mes de marzo del 2008.

El Contrato está conformado por las Bases Integradas, la Oferta Ganadora y los documentos derivados del proceso de selección.

- b) La cláusula cuarta sobre el plazo se compone de dos párrafos:

El primero señala que la vigencia del este contrato abarca a partir del día siguiente a su suscripción hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.

El segundo párrafo establece que el plazo de ejecución es de 4 meses (o 120 días calendarios) iniciándose desde el día de la entrega del 20% establecido como adelanto del precio.

- c) La primera y la sexta cláusulas indican que el Contrato está integrado por su texto, las bases integradas, la oferta del

postor y los documentos derivados del proceso de selección en cuanto establezcan obligaciones para las partes.

- d) El régimen legal, en lo no previsto por el Contrato, es el Decreto Legislativo No. 1017, su Reglamento y el Código Civil, como se manifiesta en la cláusula 4ta.
- e) La Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, según la cláusula 7ª, deberá estar vigente hasta que se de la conformidad a la recepción de la prestación del Contratista (aprobación de la OPI Agricultura)

1) De las Bases del Proceso Público de Selección

- 1) Las Bases son del mes de agosto del 2008, convocando a una futura contratación bajo el Sistema de Suma Alzada con detalles, especificaciones técnicas, descripciones, modos de presentación de los estudios y plazos, etc.
- 2) Términos de Referencia que figuran en el Anexo 12 de las Bases y establecen los términos para las revisiones y aprobaciones del Informe Final del Contratista.

3) De la Propuesta del Contratista

La oferta del Contratista es del 9 de agosto del 2008; constando que declara conocer las Bases y sus condiciones, sometiéndose a ellas.

Esta propuesta difiere en algunos pocos aspectos de las Bases, tales como el plazo de ejecución que, según éstas (proyecto de contrato, anexo 05.01 y cronograma del estudio) abarcaba un total de 4 meses incluyendo la etapa de supervisión y revisión del Estudio, mientras que en el Contrato definitivo existen en la misma cláusula 4ª dos forma de computar el plazo según se describe más adelante.

4) Del Objeto del Contrato

Éste consiste en la Elaboración del Estudio de Pre-Factibilidad denominado “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego de Chepén”.

El Anexo 12 de las Bases contiene la descripción total del Estudio citado, su cronograma de ejecución, los Informes a presentarse, el diseño preliminar de las principales obras, la evaluación económica de las alternativas y del impacto ambiental y capacitación al personal de la Entidad entre otros aspectos.

5) Plazos establecidos en las Bases, la Oferta y el Contrato

Los plazos válidos y vinculantes son los siguientes, según lectura y, en algún caso, interpretación del Tribunal.

- a) La vigencia del Contrato se extiende desde el día siguiente de su suscripción y hasta que se de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del Contratista, según el primer párrafo de la cláusula 4ª.
 - b) De acuerdo con el segundo párrafo de esta cláusula 4ª el Contratista ejecutará sus prestaciones en el plazo de 4 meses o 120 días, computado desde el día de la entrega del adelanto del 20%. Este plazo es sólo para la ejecución del Estudio, esto es para realizar las prestaciones y no incluye, por tanto, la presentación del Informe Final en limpio, el tiempo dedicado a observaciones y su subsanación; actos éstos que se regulan según lo expresado en el párrafo a) anterior.
 - c) Las partes han convenido, según lo actuado, en que el plazo de ejecución empezó a computarse el día 25 de setiembre del 2008 y vencía, por tanto, el 25 de enero del 2009.
- 6) El numeral 5.3 C) de los Términos de Referencia, trata del Informe Final y dice que:
- a) El borrador del Informe Final se presenta a la terminación del plazo para la prestación del servicio.

Este Informe fue presentado por el Contratista el día 20 de enero del 2009 dentro de lo previsto en el Contrato, según carta 005-2009-DG-AA (Anexo 5 de la Demanda) siendo objeto de observación por parte de PEJEZA mediante Oficio

No. 115-2008-PEJEZA/8101 del 09.02.09. Las observaciones fueron levantadas por el Contratista con la carta 015.2009/DG-AA del 26.02.09. (Anexos 13 y 14 de la Contestación de la Demanda).

El Informe Final en limpio fue presentado por el Contratista el 26 de febrero del 2009 mediante carta No. 015-2009-DG-AA (Anexo 8 de la Demanda). PEJEZA aprobó el Informe Final en limpio y lo remitió al Ministerio de Agricultura el 17 de marzo del 2009 con el Oficio No. 002-2009-PEJEZA (Anexo 15 de la Contestación de la Demanda).

Una vez que se presenta la versión final del Informe, el párrafo 3 del numeral 5.3 citado dispone que se inicie el trámite de aprobación ante el Sistema Nacional de Inversión Pública, el cual puede hacer observaciones, por parte de la OPI - Agricultura (Oficina General de Planificación Agraria del Ministerio de Agricultura) y de la DGPMS (Dirección General de Programa Multinacional del Sector Público del MEF) hasta que se alcance su aprobación con un documento oficial. El OPI puede hacer observaciones cuantas veces sea necesario. El consultor tiene la obligación de levantar las observaciones en un plazo de 15 días.

Este párrafo merece una consideración especial debido a su densidad y complejidad, especialmente en la expresión: “cuantas veces sean formuladas”.

- b) Como en este contrato hay obligaciones recíprocas que se regulan, supletoriamente, conforme al art. 1426 del Código Civil y como, por otro lado, no puede haber obligaciones a cumplir con plazo exigible por sólo una de las partes mientras que el Ministerio de Agricultura además del Ministerio de Economía y Finanzas, pueden tener el derecho de observar cuantas veces sea necesario, hay que analizar y determinar el rol que el contrato y las normas legales aplicables le asignan a PEJEZA, y a los Ministerios de Agricultura y de Economía y Finanzas, que serían dos terceros superiores a la Entidad y que vendrían a ser una parte privilegiada legalmente y con un poder omnímodo.

No hay tal privilegio, sin embargo, puesto que, conforme al Anexo 12 de las Bases, que es parte del Contrato, está prevista la participación de las referidas reparticiones del Ministerio de Agricultura y del Ministerio de Economía y Finanzas en las oportunidades y con las facultades contenidas en la Resolución Directoral No. 009-2007 EF / 68, 01 que aprobó la Directiva No. 004-2007-EF 168.01 “Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública” del 02.08.07, modificada por la Resolución Directoral 010-2007-EF-68.01 del 14.08.07, mencionada en el numeral 1.7 del citado Anexo 12 de las Bases (Términos de Referencia) en concordancia con el numeral 1.9 del Capítulo 1 de las Bases que citan las normas legales relacionadas, las que también se incluyen en el art. 4 de la Directiva No.09-2007-EF.68.01. y las otras normas legales aplicables en su momento al proceso de selección y al contrato.

En consecuencia, tales reparticiones ministeriales son, en unión de PEJEZA, una sola parte contractual cuya representación oficial corresponde a PEJEZA. Naturalmente, si dichas reparticiones pueden observar el Estudio del Contratista cuantas veces sea necesario, hay que concluir, también que este último tendrá un plazo de 15 días en cada caso de observación.

- c) La Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública antes citada, en vigencia desde el 2 de agosto del 2007, es la aplicable, por tanto, a este contrato y en sus artículos 13.6 a 13.17 se ocupa de los Proyectos de Pre-factibilidad.

El artículo 13.8 literal c, menciona que la OPI (Oficina de Programación de Inversiones) puede observar el Estudio, en cuyo caso deberá pronunciarse de manera explícita sobre todos los aspectos que deban ser reformulados. Puede también, rechazar el proyecto de inversión pública que es el objeto del Contrato.

En el numeral 14.1 se indica que un Proyecto de Inversión Pública Menor es aquel que, cumpliendo con las

características necesarias, tiene un monto de inversión igual o menor a S/.300,000.00.

Dado que el contrato tiene un monto de S/180,000 se colige que se trata de un proyecto de Inversión Pública Menor cuyo formato es el 05 de la Directiva y se aprueba según el literal k) del art. 7.1 de la misma.

- d) El art. 19 de la Directiva norma los plazos de evaluación de los Proyectos de Inversión Pública. El art. 19.1 b) dice que la OPI y la DGPM tienen cada una, un plazo no mayor de treinta días (30) para la emisión del Informe Técnico a partir de la fecha de recepción del Estudio a nivel de Pre-Factibilidad.

El art. 19.1 adolece de falta de claridad ya que otorga a la OPI y a la DGPM un plazo determinado (30 días en la Pre-Factibilidad), a cada una, sin especificar si son evaluaciones paralelas, simultáneas o consecutivas, aparte de que, conforme a lo antes expresado, en Proyectos de Inversión Pública Menores, la DGPM no tendría participación aprobatoria conforme al literal k) del art. 7.1.

- e) El Tribunal asume, sin embargo, que, en el caso de cómputo del plazo más extenso, éste sería de 60 días como máximo, considerando 30 días para el OPI y 30 días para la DGPM consecutivamente.

7) De los Términos de Referencia exigibles

- a) El 7 de octubre del 2008 (Anexo de Prueba No. 02 de la demanda) el Contratista formuló observaciones a los Términos de Referencia de las Bases que conforman parte del contrato, manifestando que lo hacía en aplicación del art. 210 del Reglamento de la Ley 26850 según el cual el Contratista está en la obligación de comunicar a la Entidad las fallas o defectos que advierta, luego de suscrito el Contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad hubiese proporcionado.

No obstante, su posición fue rechazada por la Entidad, según oficio No. 119-2008-INADE 110.OP y 1369-2008-INADE 8110 (Anexos de Prueba 3 y 4 de la demanda) y por tanto, en aplicación del último párrafo del mismo art. 210, el Contratista estaba en la obligación de ejecutar la prestación tal como lo exigía la Entidad. En consecuencia, como prescribe el art. 210 del Reglamento de la Ley 26850, los Términos de Referencia permanecieron en su forma original. Así, pues, el Estudio a realizar tenía que ser el previsto en los Términos de Referencia de las Bases.

8) Del cumplimiento de las Prestaciones

- a) El 8 de julio del 2009, con Oficio No. 551-2009 PEJEZA-8.101 (Anexo de Prueba N° 16 de la Contestación de la Demanda) la Entidad requiere al Contratista implementar el Curso de Capacitación.
- b) Con carta No. 083-2009-GG-AA del 9 de julio del 2009 (Anexo de prueba N° 17 de la Contestación de la Demanda) el Contratista remite los volúmenes del Estudio de Prefactibilidad, manifestando que ellos atienden las observaciones de los funcionarios del OPI de Agricultura.
- c) El 4 de setiembre del 2009, con carta No. 122-2009-GG-AA (Anexo de Prueba N° 18 de la contestación de la demanda) el Contratista pidió a la Entidad información sobre el estado en que, a esa fecha, se encontraba la revisión del Estudio elaborado por él.
- d) El 18 de setiembre del 2009, con Oficio 778-2009-PEJEZA 81.01 (Anexo de Prueba N° 19 de la contestación de la demanda) la Entidad respondió al Contratista expresándole que ese mismo día 18.09.09, había recepcionado el Oficio N° 2305-2009-AG-OPI/VIS (Anexo de Prueba N° 19 de la Contestación de la Demanda) por el cual se declara observado el Estudio elaborado por el Contratista según el Informe Técnico No.097-2009-AG-OPP-VIS emitido por dicha repartición del Ministerio de Agricultura.

La Entidad concedió al Contratista 15 días de plazo para que entregue una versión completa reformulada del Estudio elaborado; se le exigió también que ejecute el Curso de Capacitación antes mencionado.

- e) El Contratista, con su carta No 135-2009-GG-AA del 24 de setiembre del 2009 (Anexo de Prueba Nº 20 de la Contestación de la Demanda) dice que, aun cuando está en condiciones de absolver las observaciones, reclama que éstas se hayan remitido más de ocho (8) meses después de haberse entregado el Informe Final del Estudio. Solicita, para concluir en definitiva con esta situación, tener una reunión con los funcionarios de PEJEZA y del Ministerio de Agricultura.
- f) El 7 de octubre del 2009, con carta notarial No.048-2009-PEJEZA-81.01 (Anexo de Prueba 21 de la Contestación de la Demanda) la Entidad requiere al Contratista para que presente la versión final del Estudio reformulada con su hoja de levantamiento de observaciones que demuestre haber subsanado las observaciones. Le concede un plazo máximo de cinco días para ello
- g) El 7 de octubre del 2009 con carta 144-2009-GG-AA, recibida el día 12 de ese mes por la Entidad (Anexo de Prueba Nº 22 de la Contestación de la Demanda) el Contratista responde las observaciones de la Entidad y remite el Informe Final revisado del Estudio, conteniendo el levantamiento total de dichas observaciones, a la vez solicita que el plazo de cinco días se extienda en tres días hábiles para cumplir con el Curso de Capacitación.
- h) La Entidad, mediante carta notarial de 21 de octubre del 2009 (Anexo de prueba No.23) manifiesta al Contratista que, en mérito al Informe 020-2009-PEJEZA del 21.10.09, la versión reformulada del Informe Final, remitida por el Contratista con su carta 144-2009, no ha cumplido con absolver las observaciones ni con los Términos de Referencia. Le otorga un plazo de 15 días para que levante adecuadamente las

observaciones y remita la programación del Curso de Capacitación.

- i) Con carta No. 159-2009-DG-AA del 20 de octubre del 2009 (Anexo de Prueba 24 de la Contestación de la Demanda) el Contratista indica que puede presentar una tercera alternativa para el Proyecto lo cual supone costos y plazos adicionales, reiterando que, con su carta No. 144-2009-DG-AA, había cumplido con la entrega de un Informe Final reformulado, prometiendo cumplir con el Curso de Capacitación.
- j) El 28 de octubre del 2009, la Entidad le remite al Contratista la carta notarial No. 051-2009-PEJEZA-8181 (Anexo de Prueba No. 25 de la Contestación de la Demanda) en base al Informe 021-2009-PEJEZA 8110 OPI-TRLM, manifestándole que el Estudio de Pre-factibilidad se encontraba en la situación de “observado” pues no se habían levantado las observaciones. Le reitera que está corriendo el plazo para resolver el contrato.
- k) El Contratista remitió a la Entidad su carta notarial del 2 de noviembre del 2009, (Anexo de Prueba Nº 26 de la contestación de la demanda) fijando su posición sobre las observaciones de ésta manifestando que el PEJEZA y la OPI de Agricultura han incumplido sus obligaciones emitiendo informes de observación a más de 6 meses de presentado el Informe Final.
- l) El 9 de noviembre del 2009 el Contratista presentó el Informe Final en respuesta a la carta notarial de la Entidad No. 051-2009 (Anexo de Prueba Nº 28 de la Contestación de la Demanda). Con dicha carta el Contratista presenta el Informe Final levantando las observaciones. Presentó este informe el 10 de noviembre del 2009 indicando que, dado que el PEJEZA había señalado que no recibiría este tipo de documentos en su Oficina de Coordinación de Lima, lo enviaría a Jequetepeque según el art. 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Según los Informes 024-2009 PEJEZA y 034-PEJEZA del 12 y 25 de noviembre del 2009, respectivamente (Anexos de Pruebas Nos. 29 y 30 de la Contestación de la Demanda) se recomienda resolver el contrato y, en efecto, con carta notarial No. 069-2009 PEJEZA del 25.11.09 (Anexo de Prueba No. 31) la Entidad resolvió el contrato por incumplimientos del Contratista.

8) Conclusiones en cuanto a cumplimiento de plazo

a) Del Contratista

La cláusula 4ª del contrato contiene dos tipos de plazo:

- i. Uno es el relativo a la vigencia del contrato, que abarca desde la fecha en que se firmó el contrato y hasta que se produzca la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del Contratista.
- ii. El otro plazo comprende 4 meses o 120 días calendario cuyo inicio se computa desde el día de la entrega del 20% en concepto de adelanto del precio y está referido al periodo de ejecución de las prestaciones. Este plazo, iniciado el 25 de setiembre del 2008 (día aceptado por las partes) venció el 25 de enero del 2009.

Según el art. 5.3 c) de los Términos de Referencia, primer párrafo, el borrador del Estudio de Pre-factibilidad tenía que presentarse a la terminación del plazo de la prestación de los servicios, lo que estaba previsto para el 25 de enero del 2009 (120 días de plazo según el último párrafo de la cláusula 4ª del Contrato) por lo que, habiéndolo hecho el Contratista el 20 de ese mismo mes y año, el acto se cumplió correctamente, abstracción hecha de si el Estudio estaba defectuoso o no.

Los demás plazos, después de la presentación del Informe Final en limpio y su remisión a la OPI de Agricultura están en función de la forma cómo este Organismo ha tramitado su aprobación y/u observaciones conforme a lo establecido en el primer párrafo de la cláusula 4ª del contrato, la cual

establece que a la vigencia del mismo permanecerá hasta que la Entidad le de su conformidad a la prestación del Contratista

El análisis integrado del Contrato y de las Bases y de los Términos de referencia contenidos en éstas permite concluir que el contrato consta de dos etapas de ejecución, a saber:

i) Una que se desarrolla entre PEJEZA y el Contratista que termina con la presentación del Informe Final del Estudio luego de la presentación mensual de los Informes primero, segundo y tercero. Cada uno de estos tres informes parciales y el cuarto que es el Informe Final determina el pago del precio en la forma siguiente: 20% con el primero, 30% con el segundo, 25% con el tercero y 25% contra la presentación del Informe Final previa conformidad del PEJEZA y de la Gerencia de Estudios de INADE. Esto explica la razón por la cual PEJEZA aprobó los informes parciales y el Informe Final desembolsando en cada oportunidad el porcentaje previsto quedando así cancelado el precio total. Así estaba previsto en la cláusula quinta del contrato

ii) La segunda etapa de este Contrato, tal como se describe en la Cláusula Séptima del mismo y en el Anexo 12 (Términos de Referencia de las Bases) se inicia con la remisión del Informe Final del Contratista, aprobado por PEJEZA para que sea evaluado por la OPI-Agricultura – Oficina General de Planificación Agraria del MINAG y de la DGPMP (Dirección General de Programación Multinacional del Sector Público del MEF), como se establece en el literal c) del numeral 5.3 de los Términos de Referencia.

Así, pues, para que se considere terminado y aprobado el Informe Final del Contratista no basta la aprobación del PEJEZA otorgada durante la primera etapa sino que se requiere, también, la aprobación de los organismos mencionados de dichos Ministerios.

- b) De la Entidad y de la OPI
- i. Mediante el Oficio No. 202-2009-PEJEZ del 17 de marzo del 2009 (Anexo de Prueba 15 de la Contestación de la Demanda) la Entidad remitió a la Dirección General de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto el Estudio de Pre Inversión a nivel de Pre-factibilidad del Proyecto de Inversión Público elaborado por el Contratista, con el código SNIP No. 42432, solicitando la revisión, evaluación y aprobación correspondiente.
 - ii. Como Anexo de prueba No. 17 de la Contestación de la Demanda, aparece la carta No.083-2009-GG.AA, del 9 de julio del 2009, dirigido al Director Ejecutivo de PEJEZA, por la cual se le hace entrega de ciertos volúmenes que atienden observaciones recibidas por parte del profesional especialista de la OPI Agricultura, Ing. César Rubiños.

El Anexo de Prueba de la Contestación de la Demanda No. 19, demuestra que la Dirección Ejecutiva del PEJEZA, mediante el Oficio No. 778-2009-PEJEZA 8101 del 18 de setiembre del 2009 (en mérito al Oficio No. 2305-2009-AG-OPI-VIS del mismo día y año, proveniente del Director General de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Agricultura), que adjunta el Informe Técnico No. 097-2009-AG-OPP-VIS, le remitió al Contratista las observaciones al Proyecto emitidas por la OPI de Agricultura. Con ese Oficio No.778-2009-PEJEZA otorgó al Contratista 15 días para que las subsane.

Tenemos, así, que el OPI de Agricultura demoró 6 meses, desde el 17 de marzo del 2009, para pronunciarse sobre el Estudio que se le remitió incumpliendo en demasía el plazo de 30 días que establece el art. 19 de la Directiva General de Sistema Nacional de Inversión Pública e, incluso, los 60 días si se considerase que el plazo de 30 días es sucesivo para la OPI y la DGPM.

2. DE LA FORMA COMO SE HA EJECUTADO EL CONTRATO

La prestación que, conforme al contrato y a las Bases Integradas, debía realizar el Contratista consistía en la elaboración del Estudio de Pre-Factibilidad del Proyecto “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chepén”, estudio éste que tenía que ejecutarse según los Términos de Referencia que obran como Anexo No. 12 de las Bases. El numeral 2.1 señala la necesidad de que se identifiquen y formulen las alternativas para el desarrollo del referido Proyecto debiendo estudiar y desarrollar dos alternativas descritas como la 01 (pág. 38) y la 02 (página 41), siguiéndose las recomendaciones efectuadas por la OPI-Agricultura en el Informe Técnico No. 038-2007-AGOGPA-OI que declaró aprobado el Estudio del Perfil “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chepén” para lo cual, entre otros aspectos, el Consultor, deberá reajustar el planeamiento de las alternativas propuestas (pág. 50) formular e identificar las alternativas para el desarrollo del Proyecto (pág. 51) presentar los principales requerimientos de recursos según las alternativas (páginas 53, 55, 57, 59, 66 y 71). En fin, sin lugar a dudas, en el Estudio encomendado al Consultor tenía que estudiarse, evaluarse y presentarse dos alternativas.

Tal como lo expresa el Consultor en su escrito de demanda, punto 4.3, su parecer era que la Alternativa No. 02, prevista en el Perfil del Proyecto, nunca debió ser considerada, invocando una serie de deficiencias que, según él, ella adolecía y que, por esta razón, los pobladores de Chepén la habían descartado. Por tanto, dice el Consultor en el Estudio desarrolló la Alternativa No. 01 en detalle mientras que, en el caso de la Alternativa No. 2, presentó los fundamentos que lo llevaban a desecharla.

Al actuar en esa forma el Contratista – Consultor estaba incumpliendo los Términos de Referencia unilateralmente y elaborando un trabajo incompleto por lo que la Entidad no estaba obligada a aceptarlo y debía, más bien rechazarlo como ocurrió. Como señala el art. 1220 del Código Civil, el pago (en el sentido de cumplir una obligación), no se considera efectuado sino cuando se ha ejecutado íntegramente la presentación.

Por otro lado, el Consultor, al entregar el Informe Final no había cumplido con desarrollar el curso de Capacitación a que se había obligado en su Propuesta Técnica (Declaración Jurada de fs. 389 y 391) de conformidad con el Capítulo IV de la parte general de las Bases.

Por estas razones, y otras más, PEJEZA remitió al Consultor el Oficio No. 778-2009-PEJEZA-8101 del 18 de setiembre del 2009, acompañado del Informe Técnico No. 097-2009-AG-OPP-VIS de 14 de ese mismo mes y año, por el cual se declara observado el Estudio Final elaborado por el Consultor y se le concede un plazo de 15 días calendario para que subsane las observaciones contenidas en dicho Informe.

A partir de esta fecha se produjeron los acontecimientos que el Tribunal ha descrito en la Parte I de este Laudo y que culminaron con la resolución del contrato efectuada por la Entidad mediante carta notarial No. 069-2009-PEJEZA del 25 de noviembre del 2009, en la que se imputan al Contratista, incumplimientos reiterados de sus obligaciones contractuales no subsanadas pese a haber sido oportuna y adecuadamente requerido conforme a la cláusula 8ª del contrato y el D. Leg. 1017 y su Reglamento.

Independientemente del cumplimiento de los plazos a que cada parte corresponde cumplir, se han ejecutado algunas acciones por las dos partes, tales como la presentación de estudios subsanatorios por parte del Consultor quien de ese modo, manifiesta haber levantado las observaciones; así como las correspondientes evaluaciones practicadas por PEJEZA quien asevera que el Informe Final no ha sido adecuadamente corregido y continua en la condición de observado.

Fue por estas circunstancias que el Tribunal dispuso la realización de una pericia técnica que encomendó al experto, Ing. Juan José Velásquez Díaz para que le informase e ilustrase acerca del cumplimiento técnico de las prestaciones encomendadas al Consultor y la validez y consistencias de las observaciones hechas por la Entidad a través de las dependencias y organismos que la conforman. El perito emitió un primer informe recibido por el Tribunal el 26 de agosto del 2011 y un segundo informe, después de analizar los cuestionamientos de ambas partes, recibido el 4 de octubre del 2011, en los cuales se manifiesta que algunas observaciones habían sido levantadas por el Consultor pero continuaban otras que no habían sido subsanadas.

Tenemos así que el Estudio Final ejecutado por el Consultor había sido pagado en su integridad, pero, no obstante, no podía considerarse terminado. He aquí el motivo por el cual la Entidad decidió resolver el contrato, cuya procedencia el Tribunal analizará a continuación.

3. DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO

El inciso c) del art 41 de la Ley 26850 establece que, en caso de incumplimiento de obligaciones que, previamente, hayan sido objeto de observaciones e intimación para que sean subsanadas dentro de los plazos previstos sin que esa subsanación se produzca, cualquiera de las partes, esto es la que se considere afectada, puede resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por vía notarial del documento en que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, quedando el contrato resuelto de pleno derecho a partir del momento de la recepción de dicha comunicación.

Como ya se ha expresado precedentemente, el informe Final del Consultor fue observado por la Entidad, otorgándole plazos para que se subsanen. A su vez, el consultor manifestó que estaba llano a absolver las observaciones no obstante considera que su labor había sido adecuadamente cumplida, haciendo hincapié en que, a pesar de que dichas observaciones se hacían más de 8 meses después de haber entregado su Informe Final, a él se le otorgaba solamente un plazo máximo de 15 días calendarios para realizar las subsanaciones. Aun cuando el Consultor ha presentado ciertos intentos de subsanación, la Entidad los ha rechazado por considerarlos insuficientes. PEJEZA, en efecto, después del primer plazo de subsanación de 15 días, le concedió otro de 5 días (carta notarial de 7 de octubre del 2009. -Anexo 11 de la Contestación de la Demanda)

El 24 de octubre del 2009, según carta notarial que obra como Anexo 14 de la Contestación, le concedió un nuevo plazo de 15 días que el Consultor atendió el 9 de noviembre de 2009, remitiendo otro Informe Final que no satisfizo a la Entidad ya que, finalmente, resolvió el Contrato con la carta notarial No. 069-2009-PEJEZA 8101 del 25 de noviembre del 2009.

El Tribunal debe analizar de acuerdo con los hechos expuestos acerca de la ejecución de este contrato que tiene, como ya se ha dicho, un carácter plurilateral en cuanto a las partes que conforman la unidad representada por PEJEZA, si ésta se encontraba legitimada para declarar la resolución del mismo, habida cuenta de que la OPI de Agricultura, infringiendo el plazo establecido por el numeral 19.1 de la Directiva antes citada, puesto que, debiendo haberse pronunciado sobre el Informe Final del Consultor en el plazo máximo de 30 días hábiles, se tomó 6 meses para hacerlo produciendo observaciones que se transmitieron a PEJEZA para que el Consultor fuese constreñido a subsanarlas en un plazo máximo de 15 días en aplicación estricta y ceñida de esa Directiva que la propia Entidad la había incumplido muy largamente.

Si la Entidad tomó 6 meses, en lugar de 30 días, para evaluar el Informe Final en referencia, significaba que las circunstancias contractuales habían variado produciéndose un caso excepcional que tenía que recibir un tratamiento también especial con relación al Consultor pues no es admisible que sólo una de las partes sea obligada a cumplir los plazos contractuales mientras que la otra prescinde de ellos.

Seguramente que lo apropiado hubiese sido que la Entidad y el Contratista hubiesen llegado a un acuerdo para que las observaciones se levantasen dentro de un plazo especial y adecuado a las circunstancias que se habían dado, incluyendo la implementación del Curso de Capacitación a que se obligó el Consultor.

Dentro de las condiciones examinadas es evidente que la Entidad no podía resolver el contrato puesto que, si bien el Contratista se hallaba incurso en incumplimiento contractual por un trabajo defectuoso, también ella se encontraba incurso en incumplimiento de un plazo esencial.

La doctrina del derecho y la jurisprudencia tienen claramente definidos los requisitos que deben cumplirse para solicitar o declarar la resolución del contrato.

El maestro peruano Manuel de la Puente y Lavalle¹, decía sobre este punto:

“Los requisitos para resolver un contrato son: 1) que las prestaciones sean recíprocas; 2) que exista un incumplimiento de obligaciones y 3) legitimación para obtener la resolución”. Acerca de la legitimación el maestro señaló:

“El requisito fundamental para que la parte fiel esté legitimada para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra, es que ella misma (la parte fiel) no sea también incumpliente.

El jurista español Rafael Alvarez Vigaray² se expresó de este modo en su libro “La Resolución de los Contratos Bilaterales

“En términos generales los requisitos para la resolución del contrato bilateral por incumplimiento son los siguiente: a) Reciprocidad de las obligaciones b) inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales y c) previo cumplimiento del acreedor que pide la resolución”

Más adelante, en la página 255, Alvarez Vigaray dice:

“La posibilidad de pedir la resolución o de exigir la contraprestación sin haber cumplido la obligación que el actor corresponde choca con el principio de la simultaneidad del cumplimiento que rige como regla general en materia de ejecución de las obligaciones recíprocas, por lo que se impone arbitrar medios que impidan este abuso por parte de uno de los acreedores.

Teóricamente y en el Derecho comparado se establecen dos clases de medidas para evitar este resultado injusto. La primera consiste en exigir a la parte que pide el cumplimiento o la resolución del contrato bilateral que pruebe haber cumplido previamente las obligaciones que a él le incumben. La otra solución, que es la más extendida, consiste en dejar a cargo del deudor hacer valer el principio de interdependencia y simultaneidad en ejecución de las obligaciones recíprocas”.

¹ Manual de Contratos en General, pág. 484, Tomo II Editorial Palestra

² La Resolución de los Contratos Bilaterales – Editorial Comares- Granada, pág. 175

Si una de las partes del Contrato, como en este caso la Entidad, pudiese resolver el contrato imputándole incumplimiento a la otra parte, pese a haber ella incumplido el plazo de evaluación del Estudio por más de 6 meses, se daría un caso de abuso de derecho.

El art. II del Título Preliminar del Código Civil prescribe que la ley no ampara el abuso del derecho. Alberto Spota³, estudiando las causales de Resolución y Extinción de los Contratos se pronuncia de esta forma:

“ Abuso del derecho.- Una tesis objetiva dentro de esto, pero ya sobre la base de aplicar ideas, teorías generales, es la que se basa en el abuso del derecho. Se sostiene que cuando en un momento de imprevisión contractual se quiere invocar el contrato a ultranza, a pesar de esa alteración fundamental, el que lo invoca no se ciñe a las exigencias de la teoría de que no deben ejercerse los derechos abusivamente; que deben ejercerse dentro del plano de la institución. Entendemos que esta tesis brinda sólido apoyo al instituto.

El fundamento último de la teoría de la imprevisión contractual se halla, pues, en el abuso del derecho. O sea, que los derechos deben ser ejercidos en función social, económica y ética; que los derechos no deben ser desvirtuados de esos fines económicos, éticos, sociales; que cuando se desvirtúan los derechos, no se está dentro del campo de la institución, no se está, entonces, amparado por la ley”.

III PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal resuelve, en armonía con la parte expositiva, los puntos controvertidos en la forma siguiente:

1. **Puntos Controvertidos de la Demanda y su Contestación (1, 2, y 5) y de la Contrademanda y su Contestación (1, 2)**

Se declaran fundadas las pretensiones contenidas en estos puntos controvertidos y en consecuencia:

³ Tratado de las Instituciones de Derecho Civil, contratos Tomo III, pág. 578

- a) Se declara que el Contratista o Consultor no entregó satisfactoriamente el Informe Final del Estudio de Prefactibilidad “Mejoramiento Integral del Sistema de Riego Chapén” ni levantó adecuadamente las observaciones efectuadas por la Entidad.
- b) Se declara que la Entidad al no haber cumplido el plazo para evaluar el Estudio presentado, excediéndolo largamente, conforme al Contrato y las normas legales que regulan el Sistema Nacional de Inversión Pública, no estaba legitimada para declarar la resolución del contrato, pues dadas las circunstancias del caso que involucra un incumplimiento recíproco de los términos contractuales, se debió propiciar una solución especial que contemplase la pactación de un acuerdo para levantar las observaciones y concluir el Estudio adecuado completamente a los Términos de Referencia.
- c) Se declara la invalidez e ineficacia de la resolución del contrato antes referida decidida por la Entidad mediante la carta notarial No. 069-2009-PEJEZA de fecha 25 de noviembre del 2009 y, por consiguiente, se dispone que el Consultor, en el término de 45 días calendario levante las observaciones hechas por la Entidad sin costo para ésta, ciñéndose estrictamente a los dictámenes periciales presentados por el Ing. Juan José Velásquez Díaz al Tribunal los días 26 de agosto y 4 de octubre del 2011. Asimismo, dentro de dicho plazo debe implementar el Curso de Capacitación a que se obligó.

Una vez presentado por el Consultor el levantamiento de las observaciones, la Entidad deberá evaluar los resultados y declarar si el Estudio se ajusta a los Términos de Referencia. En caso contrario, la Entidad procederá conforme a lo dispuesto por el literal c) del art. 40 de la Ley 26850.

2. **Puntos Controvertidos de la Demanda y su Contestación (3, y 4) y de la Contrademanda y su Contestación (3 y 4)**

Se declaran infundadas las pretensiones contenidas en estos puntos controvertidos.

3. **Punto controvertido común.**- Se declara, de acuerdo al resultado del proceso que ambas partes deben cubrir cada una directamente las costas y costos que les haya demandado sus respectivas defensas.

EMILIO CASSINA RIVAS
Presidente

LUIS E. ADRIANZEN DE LAMA
Arbitro

MARCO A. TOVAR VASQUEZ
Arbitro

EMILIO CASSINA RAMON
Secretario Arbitral