

Exp. Nro. 1558-270-17

**CONSORCIO MEGA PROGRESO vs. PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES
EN SALUD DE LA UNIDAD EJECUTORA 123 – PRONIS**

DECISIÓN Nro. 18

Lima, 5 de agosto de 2020

LAUDO DE DERECHO

Partes:

- CONSORCIO MEGA – PROGRESO, conformado por MEGAPROYECT CONSULTORES S.A.C. y CONSULTORA PROGRESO E.I.R.L. (en adelante, el CONSORCIO, el consultor o el demandante, indistintamente), y
- PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD – PRONIS, de la Unidad Ejecutora 123 del Ministerio de Salud (en adelante, PRONIS, la entidad o el demandado, indistintamente).

Tribunal Arbitral:

- Milagros Maraví Sumar, abogada, designada por el CONSORCIO.
- Luis Manuel Juárez Guerra, abogado, designada por el PRONIS.
- Marco Antonio Ortega Piana, abogado, Presidente del Tribunal Arbitral designado por el Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO).

Secretaría arbitral:

- Silvia Rodríguez Vásquez, abogada, Secretaría General de Arbitraje del CENTRO.

VISTOS:

La Decisión Nro. 1, del 10 de mayo de 2018, estableciendo que las reglas aplicables al presente proceso arbitral serán las establecidas en el respectivo convenio arbitral y en el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el REGLAMENTO ARBITRAL), salvo tratándose de aquellos supuestos que no hayan sido modificados o regulados en la señalada Decisión.

La demanda presentada el 28 de mayo de 2018 por el CONSORCIO contra el PRONIS, y el ofrecimiento de sus respectivos medios probatorios, los mismos que se acompañan como anexos del escrito de demanda.

La contestación de demanda presentada el 22 de junio de 2018 por el PRONIS, y el ofrecimiento de los correspondientes medios probatorios, los mismos que se acompañan como anexos del respectivo escrito.

La determinación de las cuestiones controvertidas sometidas al conocimiento del Tribunal Arbitral, conforme a lo enunciado en la Decisión Nro. 8, del 17 de enero de 2019.

El acta de la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones del 29 de noviembre de 2019, desarrollada con la participación de ambas partes. Se deja constancia que el audio de dicha audiencia fue grabado por el CENTRO, encontrándose bajo su custodia y responsabilidad.

Los alegatos finales presentados por el CONSORCIO el 19 de diciembre de 2019. El PRONIS no presentó alegatos finales.

El escrito presentado por el PRONIS el 6 de febrero de 2020, manifestando lo conveniente a su derecho.

La Decisión Nro.15, del 19 de febrero de 2020, por la que, entre otros aspectos, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, precisándose que las partes ya no podrán presentar escrito alguno, salvo requerimiento efectuado por el Tribunal Arbitral, fijándose el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogable por diez (10) días hábiles, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del REGLAMENTO ARBITRAL.

Las cinco (5) suspensiones de los plazos procesales arbitrales, entre ellos, del plazo para laudar, dispuestas sucesivamente por el CENTRO -en acatamiento del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional mediante D.S. Nro. 080-2020-PCM y sus sucesivas prórrogas-, con arreglo a la facultad establecida en el literal e) del artículo 9 del REGLAMENTO ARBITRAL, suspensiones que fueron comunicadas a las partes, siendo que la quinta de ellas, vigente conforme al D.S. Nro. 094-2020-PCM, se extendió hasta el martes 30 de junio de 2020;

La reanudación de los plazos procesales arbitrales, conforme a lo dispuesto por el CENTRO en el "Protocolo de Atención de los Servicios del CARC – PUCP en el marco del Estado de Emergencia por Covid – 19", siendo que por el mérito de la notificación electrónica de la Decisión Nro. 17, del 4 de agosto de 2020, tratándose del presente

caso arbitral, se reanudó el correspondiente cómputo del plazo para laudar, retomándose éste desde el 4 de agosto de 2020, con vencimiento al 3 de setiembre de 2020.

Los diversos medios probatorios ofrecidos por las partes y que han sido admitidos en su oportunidad.

Los demás escritos presentados por las partes y decisiones expedidas por este Tribunal Arbitral durante el desarrollo de las actuaciones del presente proceso arbitral.

ANTECEDENTES:

1. Para fines de la presente Decisión, el Tribunal Arbitral procederá a describir los principales antecedentes del caso, sobre la base de lo que ha sido expresado por las propias partes a lo largo del proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios documentales ofrecidos y que obran en el expediente.

Se deja expresa constancia que lo expresado y/o referido en la presente sección no significa reconocimiento de la veracidad y/o de la suficiencia de los señalados hechos, o la adopción de una determinada posición del Tribunal Arbitral respecto de ellos, dado que su verificación, evaluación y calificación jurídica se realizará con ocasión de analizarse cada una de las materias que han sido sometidas a su conocimiento, para su ulterior resolución.

Sobre la relación contractual entre las partes

2. El 22 de enero de 2016, en el marco del Concurso Público Nro. 02-2015-PARSALUD, primera convocatoria, el PRONIS y el CONSORCIO celebraron, y suscribieron, el Contrato Nro. 001-2016-UE 123 "Consultoría para la formulación del Estudio de Preinversión a nivel de factibilidad del Proyecto de Inversión Pública "Mejora de la Capacidad Resolutiva del Hospital Regional de Huacho – Huaura – Lima"" (en adelante, el CONTRATO), por cuyo mérito, entre otros aspectos, las partes acordaron lo siguiente:
 - 2.1. El objeto del CONTRATO (cláusula segunda) radica en la prestación del servicio de consultoría para la formulación del Estudio de Preinversión a nivel de factibilidad del Proyecto de Inversión Pública "Mejora de la Capacidad Resolutiva del Hospital Regional de Huacho – Huaura – Lima", conforme a los respectivos Términos de Referencia (en adelante, los TDR).
 - 2.2. El monto contractual (cláusula tercera) ascendía a S/. 831,192.00 (Ochocientos treinta y un mil ciento noventa y dos con 00/100 Soles),

incluidos los tributos de ley, siendo que en la cláusula cuarta se regula lo relativo al pago, bajo un régimen de pagos parciales luego de la recepción formal y completa de la documentación completa, esto es, de lo que comúnmente se denomina, los entregables. Respecto a dicho monto del contrato original, la cláusula octava regula lo relativo al adelanto directo (10% del señalado monto).

- 2.3. El plazo de ejecución (cláusula quinta) fue establecido en ciento veinte (120) días calendario, computable desde el día siguiente de la suscripción del CONTRATO, estableciéndose dentro del mismo el plazo máximo de presentación de cada uno de los cuatro (4) entregables, habiéndose dejado expresa constancia que los señalados plazos son para la elaboración del Estudio de Preinversión (incluido el Plan de Actividades), por lo que no se incluye a los plazos que el PRONIS y entidades involucradas requieran para revisar y comunicar la conformidad de los entregables, ni el tiempo para el levantamiento de observaciones.
- 2.4. Se declara que el CONTRATO está conformado (cláusula sexta) por las Bases Integradas, la oferta ganadora (propuesta técnica y económica) y los documentos derivados del correspondiente proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.
- 2.5. Tratándose de la conformidad del servicio, la cláusula novena del CONTRATO se remite a lo establecido en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el REGLAMENTO), disponiéndose que será otorgada por la Unidad de Gestión de Preinversión, regulándose lo relativo a las observaciones y subsanación de las mismas.
- 2.6. El marco legal del CONTRATO es definido en la cláusula décimo sexta, estableciéndose que en todo lo no previsto en el CONTRATO, en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LEY), en su REGLAMENTO, y en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial, aplicará supletoriamente el Código Civil y demás normas de derecho privado.
- 2.7. Por último, la cláusula décimo séptima del CONTRATO establece que todas las controversias relativas a la ejecución del CONTRATO, deberán solucionarse mediante arbitraje administrativo, de conformidad con el REGLAMENTO y, en su defecto, de la LEY, arbitraje que será organizado y administrado por el CENTRO, de conformidad con sus respectivos reglamentos, pero haciéndose la salvedad que ningún plazo podrá ser inferior a cinco (5) días hábiles, siendo que el respectivo laudo

será inapelable y definitivo. Conforme a dicha cláusula se deja a salvo la posibilidad de activar la conciliación como mecanismo de solución de controversias.

3. Merece destacarse que, conforme a la Primera Adenda del CONTRATO, celebrada y suscrita en marzo de 2016, el PRONIS y el CONSORCIO convinieron modificar las cláusulas tercera y novena del CONTRATO.

Sobre la instalación del Tribunal Arbitral

4. De acuerdo a lo previsto en la cláusula décimo séptima del CONTRATO, y habiéndose activado, con fecha 21 de noviembre de 2017, el mecanismo de solución arbitral de controversias por iniciativa del CONSORCIO, cada parte designó un árbitro, siendo que el CENTRO procedió finalmente a realizar la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, quien el 27 de abril de 2018 aceptó ejercer dicha función, lo cual fue comunicado ulteriormente por el CENTRO a las partes y a sus coárbitros para los fines pertinentes, quedando constituido el correspondiente Tribunal Arbitral.
5. Mediante Decisión Nro. 1, se establecieron las reglas aplicables al presente proceso arbitral y se abrió la etapa postulatoria del presente arbitraje administrativo, nacional, institucional y de derecho,

SOBRE LAS POSTULACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Sobre la demanda interpuesta por el CONSORCIO contra el PRONIS:

6. De acuerdo al escrito de demanda del CONSORCIO, presentado el 28 de mayo de 2018, suscrito por su representante común, señor Hjalmar Martín Díaz Purizaca, según representación acreditada en el expediente, se plantean las pretensiones siguientes:
 - 6.1. Que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el PRONIS mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017.
 - 6.2. Que se tenga por resuelto al CONTRATO por causa imputable al PRONIS, conforme a la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 38777-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017.

- 6.3. Que se inste al PRONIS a que emita, mediante la Unidad de Preinversión, la correspondiente conformidad al Entregable 2 (Primer Avance del PIP), esta última necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP).
- 6.4. Que el PRONIS proceda al Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, habiendo el CONSORCIO cumplido con entregar el Entregable 3 culminado.
- 6.5. Que se ordene al PRONIS que proceda al reconocimiento y pago de los intereses legales generados por el retraso en el Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, generados desde el momento en que debió pagarse hasta la fecha efectiva de su pago.
- 6.6. Que, de no ampararse las dos pretensiones precedentes, que se ordene al PRONIS pagar al CONSORCIO el importe económico de S/. 374,036.40 (Trescientos setenta y cuatro mil treinta y seis con 40/100 Soles), equivalente al 45% del monto contractual total, por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.
- 6.7. Que se ordene al PRONIS pagar al CONSORCIO el importe económico de S/. 45,445.16 (Cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco con 16/100 Soles), por concepto de indemnización por lucro cesante, esto es, por la utilidad neta dejada de percibir por la no realización del Entregable 4.
- 6.8. Que se ordene al PRONIS que proceda a la devolución inmediata, a favor del CONSORCIO, de las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento, prevista en la cláusula séptima del CONTRATO y en el artículo 155 del REGLAMENTO (D.S. Nro. 184-2008-EF, aplicable por temporalidad).
- 6.9. Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de cualquier penalidad impuesta por el PRONIS contra el CONSORCIO con relación al CONTRATO.
- 6.10. Que el PRONIS proceda al consecuente reembolso / devolución de cualquier penalidad impuesta contra el CONSORCIO, en caso esta última haya sido efectivamente deducida, en virtud del CONTRATO.
- 6.11. Que se ordene al PRONIS que proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.

6.12. Que se ordene al PRONIS el pago íntegro de las costas y costos respectivos.

Por último, el CONSORCIO dejó expresa constancia que se reservaba el derecho de ampliar, complementar y/o modificar la fundamentación señalada y/o los demás aspectos de la demanda, conforme al artículo 46 del REGLAMENTO, siendo que también se reservaba el derecho de modificar la cuantía de la demanda.

7. Dichas pretensiones (doce en total), conforme al respectivo escrito de demanda, se sustentan en los fundamentos de hecho y de derecho que al efecto se enuncian, los mismos que serán referidos y evaluados por el Tribunal Arbitral en la parte pertinente de la presente Decisión, al analizarse cada extremo del indicado petitorio.

Sobre la contestación de demanda presentada por el PRONIS:

8. De acuerdo al escrito de contestación de demanda presentado el 22 de junio de 2018, el PRONIS, representado por el Procurador Público del Ministerio de Salud, señor Luis Valdez Pallete, según representación acreditada en el expediente, solicita que se declare infundada la respectiva demanda, desestimándose todas y cada una de las pretensiones interpuestas por el CONSORCIO.
9. Los respectivos fundamentos de hecho y de derecho que, al efecto se enuncian, serán referidos y evaluados por el Tribunal Arbitral en la parte pertinente del presente Laudo.
10. Por último, el PRONIS dejó expresa constancia que se reservaba el derecho de modificar y/o ampliar su contestación de la demanda, y de presentar los medios probatorios que correspondan.

Sobre la determinación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento arbitral:

11. Conforme a la Decisión Nro. 8, del 17 de enero de 2019, fueron determinadas las cuestiones sometidas al conocimiento y pronunciamiento del Tribunal Arbitral, conforme a lo siguiente:

11.1. Primera cuestión controvertida: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el PRONIS, formulada mediante Carta Nro. 195-2017-PRONIS/CG del 31 de octubre de 2017 (carta notarial Nro. 23448), notificada el 8 de noviembre de 2017.

- 11.2. Segunda cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se tenga por resuelto el CONTRATO por causa atribuible al PRONIS, conforme a lo expresado por el CONSORCIO mediante carta notarial del 6 de noviembre de 2017 (carta notarial Nro. 30866-2017), notificada el 7 de noviembre de 2017¹.
- 11.3. Tercera cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no instar al PRONIS que emita, a través de la Unidad de Preinversión, la correspondiente conformidad del Entregable 2 (Primer Avance del PIP), esta última necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP).
- 11.4. Cuarta cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PRONIS que proceda al Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, habiendo el CONSORCIO cumplido con entregar el Entregable 3 culminado.
- 11.5. Quinta cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PRONIS que proceda al reconocimiento y pago de los intereses legales generados por el retraso en el Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, generados desde el momento en que debió pagarse ello hasta la fecha efectiva de su pago.
- 11.6. Sexta cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, en caso de no ampararse la cuarta y quinta pretensión, ordenar al PRONIS que proceda al pago en favor del CONSORCIO del importe económico de S/. 374,036.40 (Trescientos setenta y cuatro mil treinta y seis con 40/100 Soles), equivalente al 45% del monto contractual total, por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.
- 11.7. Sétima cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PRONIS que proceda al pago en favor del CONSORCIO del importe económico de S/. 45,445.16 (Cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco con 16/100 Soles), por concepto de

¹ En rigor, la carta notarial Nro. 30866-2017, entregada el 7 de noviembre de 2017, es la carta conminatoria del CONSORCIO al PRONIS para el cumplimiento, bajo apercibimiento de resolución; siendo que la carta notarial Nro. 30877-2017, entregada el 9 de noviembre de 2017, corresponde a su comunicación de resolución del CONTRATO, haciéndose efectivo el apercibimiento referido anteriormente. La demanda del CONSORCIO refiere expresamente a esta última en su petitorio; empero, al enunciarse la resolución dispuesta por el demandante, se refiere a la comunicación previa, que es su antecedente.

indemnización por lucro cesante, por la utilidad neta dejada de percibir por la no realización del Entregable 4.

- 11.8. Octava cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PRONIS que proceda a la devolución inmediata en favor del CONSORCIO de las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento, prevista en la cláusula séptima del CONTRATO.
- 11.9. Novena cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de cualquier penalidad impuesta por el PRONIS contra el CONSORCIO, con relación al CONTRATO.
- 11.10. Décima cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PRONIS proceda al reembolso / devolución de cualquier penalidad impuesta contra el CONSORCIO, en caso esta última haya sido efectivamente deducida, con relación al CONTRATO.
- 11.11. Undécima cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PRONIS que proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.
- 11.12. Duodécima cuestión controvertida:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se condene al PRONIS al pago íntegro de las costas y costos respectivos.
12. Con relación a dichas cuestiones controvertidas, el Tribunal Arbitral dejó establecido que su enunciado es de carácter referencial, reservándose el derecho de modificarlas, ajustarlas o reformularlas, a su entera discreción, con conocimiento de las partes, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento.

ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE

13. Sobre la base de lo previsto en la Decisión Nro. 8, este Tribunal Arbitral estima que resulta conveniente establecer un orden para facilitar la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento y decisión, agrupándolas. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que corresponde analizar y pronunciarse, en primer lugar, sobre lo relativo a la resolución del CONTRATO, tanto tratándose de la que habría sido generada por el PRONIS como por el CONSORCIO (primera y segunda pretensiones); en segundo lugar, sobre lo relativo a la conformidad respecto del Entregable 2 y procedencia del Pago Nro. 2, por la presentación del Entregable 3, extensivo a sus intereses (tercera,

cuarta y quinta pretensiones); en tercer lugar, sobre lo relativo a las indemnizaciones reclamadas (sexta y séptima pretensiones); en cuarto lugar, sobre las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento (octava pretensión); en quinto lugar, sobre lo relativo a las penalidades (novena y décima pretensiones); en sexto lugar, sobre lo relativo a los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar (undécima pretensión); y en séptimo y último lugar, sobre la asunción de las costas y costos (duodécima pretensión).

Sobre la primera y segunda pretensiones de la demanda

14. Que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el PRONIS mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017.
15. Que se tenga por resuelto al CONTRATO por causa imputable al PRONIS, conforme a la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

16. El CONSORCIO destaca que, por el mérito de la Primera Adenda, que modificó las cláusulas tercera y novena del CONTRATO, quedó expresamente establecido que la conformidad por los Entregables 2, 3 y 4 sería de cargo de la Unidad de Preinversión, y que la respectiva opinión favorable sería de cargo de la OPI del GR.
17. La cuestión radica, conforme manifiesta el CONSORCIO, en que el PRONIS no cumplió con emitir, dentro del término de ley y a través de la señalada Unidad de Preinversión, la conformidad del Entregable 2 (Primer Avance del PIP), la cual era necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP), lo cual constituyó el incumplimiento de una obligación legal, esencial y reglamentaria a su cargo, lo cual no fue regularizado pese al tiempo transcurrido. En consecuencia, estándose a los artículos 168 y 169 del REGLAMENTO, concordante con el artículo 40, inciso c), de la LEY, el CONSORCIO requirió al PRONIS mediante carta notarial Nro. 030866, entregada el 7 de noviembre de 2017, que dentro del plazo improrrogable de 24 horas procediera a la emisión y entrega de la conformidad del Entregable 2, bajo apercibimiento expreso de resolución contractual.
18. Es así que -según expresa el CONSORCIO-, dado que el PRONIS, a través de su Unidad de Preinversión, no cumplió con emitir la correspondiente conformidad del Entregable 2, mediante carta notarial Nro. 030877-2017,

entregada el 9 de noviembre de 2017, se hizo efectivo el apercibimiento formulado, comunicándosele la resolución del CONTRATO, y solicitándosele la liquidación de los servicios ejecutados hasta la fecha de la resolución.

19. Sin embargo, de acuerdo siempre a lo expresado por el CONSORCIO en su fundamentación de demanda, lejos de cumplir con lo que le fue requerido en su oportunidad, el PRONIS notificó el 8 de noviembre de 2017 dos cartas notariales simultáneas: La carta Nro. 195-2017-PRONIS/SG, emitida presuntamente el 31 de octubre de 2017, y la carta Nro. 380-2017-PRONIS/UAF, emitida el 8 de noviembre de 2017. En la primera manifestó su decisión de resolver el CONTRATO por no haberse subsanado presuntamente observaciones durante más de un mes, siendo que el CONSORCIO sostiene que las mismas sí fueron contestadas mediante carta Nro. 061-2017-GG-MEGAPROYECT. Y en la segunda, el PRONIS expresó su desacuerdo con el procedimiento de resolución iniciado por el CONSORCIO, indicando la existencia de una “opinión favorable” al Entregable 2, dándole el carácter de conformidad, lo cual desconoce lo acordado en el CONTRATO y en la Primera Adenda, conforme a los cuales se regulaban dos condiciones para el pago: Conformidad de los entregables por parte de la Unidad de Preinversión, y la Opinión Favorable de la OPI del GR, entendiéndose que ésta sería mediante informe técnico o acta de aprobación, lo cual inclusive estaba previsto en el capítulo II, numeral 2.10 (página 25) de las bases administrativas integradas del proceso de selección que derivó en el CONTRATO, por lo que no puede sustituirse la opinión favorable con la conformidad, ni viceversa.
20. El CONSORCIO destaca finalmente en su demanda que, el PRONIS no llegó a entregar, a través de la Unidad de Preinversión, la conformidad del Entregable 2, la cual era necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3, situación que no sólo corresponde a un incumplimiento contractual, sino que vulnera crasamente los principios de imparcialidad y de transparencia en materia de contrataciones con el Estado, existiendo total subjetividad en el tratamiento al CONSORCIO. Es más, prosigue destacando el CONSORCIO, en lugar de brindar alguna explicación sobre dicho incumplimiento, lo que hizo la entidad fue comunicar sorpresivamente la resolución administrativa del CONTRATO, basándose en observaciones que fueron realizadas más de un mes antes, pese a que las mismas ya habían sido contestadas en su oportunidad (carta Nro. 061-2017-GG-MEGAPROYECT). Conforme a lo anterior, el CONSORCIO concluye que corresponde declarar la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución dispuesta por el PRONIS y, de manera correlativa, corresponde dar por resuelto el CONTRATO conforme a la carta notarial Nro. 030877-2017, entregada el 9 de noviembre de 2017, por causa atribuible al PRONIS.

Fundamentación por parte del PRONIS

21. Con relación al extremo demandado en el sentido que se declare nula y/o se deje sin efectos la resolución administrativa del CONTRATO, el PRONIS destaca, en primer lugar, que el acto resolutivo emitido se presume válido conforme al artículo 9 de la Ley Nro. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General; y siendo que en el marco de un contrato, el cumplimiento recíproco y oportuno de las obligaciones pactadas es la situación esperada, la normativa de contrataciones con el Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato por causa de incumplimiento, conforme al artículo 36 de la LEY (siendo que la aplicable al CONTRATO es la que corresponde a la Ley Nro. 30225).
22. De acuerdo a lo anterior, sobre la base de los artículos 135 y 136 del REGLAMENTO, el PRONIS procedió a la resolución del CONTRATO mediante carta Nro. 195-2017-PRONIS/SG, comunicada el 8 de noviembre de 2017.
23. El PRONIS destaca una extensa cronología de hechos, entre ellos, los siguientes:
 - 23.1. El 19 de mayo de 2016, mediante carta Nro. 091-2016-GG-MEGAPROYECT, el CONSORCIO remitió el Entregable 2 (Primer Avance del PIP) para su correspondiente revisión.
 - 23.2. El 20 de junio de 2016, mediante carta Nro. 074-2016-PRONIS/UAF/ALOG, el área de Logística remitió al CONSORCIO las observaciones al señalado Entregable 2.
 - 23.3. El 27 de junio de 2016, mediante carta Nro. 113-2016-GG-MEGAPROYECT, el CONSORCIO remitió el levantamiento de observaciones al Entregable 2 para su revisión correspondiente.
 - 23.4. El 16 de agosto de 2016, mediante carta Nro. 122-2016-GG-MEGAPROYECT, entre otros aspectos, el CONSORCIO presentó el Entregable 2.
 - 23.5. Mediante carta Nro. 368-2016-PRONIS/UAF/ALOG, se comunicó la conformidad del Entregable 2 al CONSORCIO, y se detalló además el plazo en que deberá ser entregado el Entregable 3 (Segundo Avance del PIP). Atendiendo a ello, se realizó el primer pago por la suma de S/. 249,357.60, correspondiente al 30% del pago total, S/. 831,192.00.
 - 23.6. El 5 de junio de 2017, mediante carta Nro. 029-2017-GG-MEGAPROYECT, el CONSORCIO remitió el Entregable 3, presentando

información complementaria en la misma fecha mediante carta Nro. 030-2017-GG-MEGAPROYECT.

- 23.7. El 12 de julio de 2017, mediante carta Nro. 108-2017-PRONIS/UAF, se solicita que en un plazo de diez (10) días se levanten las observaciones al Entregable 3, contenidas en el Informe Nro. 41-2017-PRONIS/UP-KEBA de la Unidad de Preinversión, siendo además que también se observan algunos aspectos del Entregable 2, para la consistencia del PIP.
- 23.8. El 9 de agosto de 2017, mediante carta Nro. 144-2017-PRONIS/UAF, se solicita al CONSORCIO que en un plazo de diez (10) días subsane las observaciones contenidas en la carta Nro. 108-2017-PRONIS/UAF, ya que el plazo para ello había quedado suspendido debido a que estaba pendiente el visto bueno al diseño arquitectónico.
- 23.9. El 22 de agosto de 2017, mediante carta Nro. 053-2017-GG-MEGAPROYECT, el CONSORCIO remitió el levantamiento de observaciones al Entregable 3.
- 23.10. Habiendo presentado la señalada subsanación de observaciones, el CONSORCIO solicitó asistencia técnica, para lo cual se le hizo llegar una programación de reuniones de coordinación para los especialistas de estructuras, eléctricas, comunicaciones, mecánicas y sanitarias, siendo que del equipo del CONSORCIO sólo concurrió el especialista en estructuras; las inasistencias a las reuniones programadas para el 28 de agosto de 2017 evidenció el incumplimiento del numeral 8.3 de los TDR y de la cláusula décimo tercera del CONTRATO, lo cual acarrearía la aplicación de penalidades.
- 23.11. El 31 de agosto de 2017, mediante correo electrónico dirigido al CONSORCIO, el PRONIS reiteró la observación al especialista en sanitarias realizada el 23 de junio de 2017, conforme al cual el documento presentado por el CONSORCIO no cumple con los contenidos mínimos establecidos en el CME12, lo cual no hace posible su evaluación, debiéndose realizar la correspondiente adecuación.
- 23.12. Se destaca que se han programado coordinaciones y reuniones técnicas con relación a las actividades comprometidas, siendo que el CONSORCIO no cumplió con sus compromisos de remisión de documentos, no asistiendo, retirándose de las reuniones o asistiendo luego de la hora programada, todo lo cual evidenció el incumplimiento del numeral 8.3 de los TDR y de la cláusula décimo tercera del CONTRATO, lo cual acarrearía la aplicación de penalidades. Dichas

situaciones son comunicadas el 26 de setiembre de 2017, mediante carta Nro. 012-2017-PRONIS/UP.

24. El PRONIS destaca -de manera adicional- que, de la revisión de la documentación presentada por el CONSORCIO mediante carta Nro. 053-2017-GG-MEGAPROYECT, del 22 de agosto de 2017, se advierte:

24.1. Que el producto presentado aún mantiene observaciones de fondo y forma que afectan la continuidad del respectivo proyecto de inversión pública, las que no han podido ser subsanadas, a pesar de las reuniones de asistencia técnica y coordinación sostenidas para fines que se cumpla con entregar un producto que cumpla con lo establecido en los TDR, el CONTRATO y las respectivas bases integradas.

24.2. Conforme a los TDR, tratándose de los contenidos de los entregables, se establece que se someten a evaluación y seguimiento técnico para su aprobación, por lo que el CONSULTOR asume la actualización de su contenido en todas las especialidades y lo que ello demande, en todos los casos en que la normativa vigente y los procesos de evaluación así lo requieran. Atendiendo a ello, los ajustes que correspondan no representan costos para el PRONIS.

24.3. Y tratándose específicamente del contenido del Entregable 3, los TDR establecen que el CONSORCIO garantiza la consistencia entre el Primer Avance (Entregable 2) y el Segundo Avance (Entregable 3), siendo que el primero de ellos puede estar sujeto a modificaciones o actualizaciones. Dicha situación no se ha cumplido en el presente caso, conforme a las observaciones comunicadas en su oportunidad, lo cual derivó en que el PRONIS requiera el cumplimiento de la respectiva obligación bajo apercibimiento de resolución contractual, siendo que se comunicó finalmente que se hacía efectiva dicha resolución, conforme a la normativa sobre contrataciones del Estado, por lo que debe desestimarse la demanda en todos sus extremos.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

25. De manera previa a su análisis de los hechos y sobre los argumentos de las partes, el Tribunal Arbitral estima pertinente dejar constancia del régimen normativo aplicable a la resolución por incumplimiento tratándose de contratos sujetos a la LEY y al REGLAMENTO.

Para ello debe destacarse que la segunda de las disposiciones complementarias transitorias de la Ley Nro. 30225 establece expresamente que

los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la citada Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

Así, de conformidad con la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley Nro. 30225, la misma entraba en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de su Reglamento, habiendo sido publicado este último el 10 de diciembre de 2015, mediante Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF, por lo que, tanto dicha Ley como su Reglamento entraron en vigencia recién a partir del 09 de enero de 2016.

Por su parte, el Concurso Público Nro. 02-2015-PARSALUD (primera convocatoria), del cual se derivó el CONTRATO, fue convocado con fecha anterior a la señalada.

Siendo ello así, el CONTRATO se rige íntegramente por lo establecido en el Decreto Legislativo Nro. 1017, y por su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 184-2008-EF, incluidas sus respectivas modificatorias, conforme a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Nro. 30225, antes citada.

26. Así, la cláusula décimo cuarta del CONTRATO regula lo relativo a la resolución del mismo en los términos siguientes: *“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40º, inciso c), y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167º y 168º de su Reglamento. De darse el caso, “LA ENTIDAD” procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.*
27. Conforme a lo anterior, forman parte de la normativa aplicable los siguientes artículos de la LEY:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

a) Garantías: La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.

b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

(...)

Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo.

28. Asimismo, complementan la normativa aplicable los siguientes artículos del REGLAMENTO:

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato (según texto aprobado por el artículo 1 del Decreto Supremo Nro. 138-2012-EF, publicado el 7 de agosto de 2012, que entró en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación)

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los

intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

29. Conforme a la normativa reproducida anteriormente, para resolver un contrato de servicios, de consultoría, por causa de incumplimiento de obligaciones, podía recurrirse al procedimiento que hubiese sido pactado expresamente, siendo suficiente entonces una comunicación notarial para dar por resuelto el respectivo contrato, de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaración constitutiva de tercero, y sin perjuicio de la exigibilidad de la responsabilidad correspondiente. Esa figura corresponde jurídicamente a lo que se denomina cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio expreso. En defecto o ausencia de dicho pacto, como ocurre tratándose del caso concreto del CONTRATO, debería seguirse un procedimiento de resolución por intimación, lo cual significa, como regla general, requerir notarialmente el cumplimiento de lo inejecutado, otorgándose para dicho efecto un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolución; vencido dicho plazo, de mantenerse el incumplimiento, correspondería hacer efectivo el apercibimiento, comunicándose la resolución del respectivo contrato, entendiéndose que dicha resolución opera totalmente, salvo que oportunamente se hubiese señalado cosa distinta si la prestación inejecutada fuese divisible.
30. Y aunque la LEY ni el REGLAMENTO lo señalen expresamente, conforme a la doctrina, el acreedor que ejerce el remedio resolutorio es la denominada parte fiel, esto es, que debe estar al día en lo relativo al cumplimiento de sus propias obligaciones o, dicho de otra manera, no debe encontrarse en situación de falta o incumplimiento. De no ser así, se carecería de legitimidad o capacidad jurídica para resolver el respectivo contrato, máxime cuando se pretende implementar una resolución de pleno derecho.
31. Atendiendo a los hechos referidos por las partes, corresponde evaluar, en primer lugar, cuál de las partes contratantes era la parte fiel y, luego de ello, determinar si el procedimiento resolutorio seguido se ajusta o no a las exigencias normativas señaladas. Se deja expresa constancia que resulta imposible que ambas partes sean simultáneamente parte fiel, dado que la resolución a la que se contrae el análisis presupone incumplimiento, esto es, que la parte a la que se le invoca la resolución sea parte infiel, incumplidora de sus obligaciones contractuales.

En todo caso, de concluirse que ambas partes son infieles, que no han honrado sus compromisos prestacionales, las pretendidas resoluciones se neutralizan entre sí, no habrían operado.

32. El Tribunal Arbitral advierte, en función a lo expresado por las partes, que la controversia está relacionada a la presentación y aprobación de los Entregables 2 y 3, atendiendo a la formulación de observaciones.

Es así que, conforme a los documentos que obran en el expediente:

- 32.1 El 9 de mayo de 2016, mediante carta Nro. 091_2016_GG_MEGAPROYECT, el CONSORCIO presentó al PRONIS el Entregable 2 (Primer Avance del PIP), conforme a los TDR, a fin de que sea derivado al área correspondiente para la respectiva evaluación. Dicho documento ingresó a la Unidad de Preinversión el 20 de mayo de 2016.
- 32.2 Al respecto, el 20 de junio de 2016, mediante carta Nro. 074-2016-PRONIS/UAF/ALOG, el PRONIS, a través de su Área de Logística, informó al CONSORCIO que su Unidad de Preinversión mediante el Memorando Nro. 331-2016-PRONIS/UP le había remitido el Informe Nro. 016-2016-PRONIS/UP/EJEP, conforme al cual se concluía que el Entregable 2 presentaba observaciones en todas las especialidades del proyecto, las cuales eran detalladas en los documentos señalados en dicho informe, requiriendo su subsanación dentro de los siete (7) días calendario, conforme a la cláusula novena del CONTRATO.
- 32.3 El 27 de junio de 2016, mediante carta Nro. 113_2016_GG_MEGAPROYECT, el CONSORCIO remitió al PRONIS el levantamiento de observaciones al Entregable 2, para su revisión por el área correspondiente.
- 32.4 Mediante cartas Nros. 147 y 148-2016-PRONIS/UAF/ALOG, del 5 de agosto de 2016, el PRONIS requiere al CONSORCIO el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y procede a devolver el Entregable 2, respectivamente.
- 32.5 En respuesta, el 16 de agosto de 2016, mediante carta Nro. 122_2016_GG_MEGAPROYECT, el CONSORCIO señala que se le está requiriendo pronunciamientos externos que escapan a su control, siendo que ya ha gestionado el pronunciamiento de las respectivas entidades, por lo que se solicita que el tiempo para levantar las observaciones se contabilice luego que se le proporcionen todas las validaciones

solicitadas por el PRONIS, sin perjuicio de ello, se acompañó el Entregable 2.

- 32.6 El 29 de diciembre de 2016, mediante carta Nro. 368-2016-PRONIS/UAF-ALOG, haciendo referencia al Memorando Nro. 808-2016-PRONIS/UP el 28 de diciembre de 2016, se comunica al CONSORCIO la conformidad del Entregable 2 al CONSORCIO, y se detalla además el plazo para la presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP), conforme al numeral 11 de los TDR.
- 32.7 El 21 de marzo de 2017, se realizó el pago por la suma de S/. 249,357.60, correspondiente al 30% del pago total, S/. 831,192.00. Si bien en el Comprobante de Pago Nro. PR000267 del 17 de marzo de 2017, al enunciar el concepto de pago se hace referencia al Entregable 1, por el monto y estándose a lo establecido en el CONTRATO, dicho pago corresponde al Entregable 2 (Factura Nro. 001-000372 del 15 de marzo de 2017 del CONSORCIO).
- De acuerdo a las cláusulas tercera y quinta del CONTRATO, según texto modificado por la Primera Adenda, el Pago 1 (30% del monto contractual) estaba condicionado a la conformidad del Entregable 2 por parte de la Unidad de Preinversión del PRONIS y la opinión favorable de la OPI del GR, sea esto último por informe técnico o acta de aprobación.
- 32.8 Mediante cartas Nro. 026, 029, 030 y 031_2017_GG_MEGAPROYECT, del 24 de mayo, 5 de junio, 6 de junio y 12 de junio de 2017, el CONSORCIO solicitó asistencia técnica para fines de revisión de especialidades relativas al Entregable 3.
- 32.9 El 12 de julio de 2017, mediante carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF, haciendo referencia al Memorandum Nro. 161-2017-PRONIS/UP y a la solicitud de asistencia técnica señalada anteriormente, el PRONIS solicita al CONSORCIO que en un plazo no mayor de diez (10) días calendario cumpla con la subsanación integral de las observaciones señaladas por la Unidad de Preinversión. Dicha carta hace referencia también al Informe Nro. 41-2017-PRONIS/UP-KEBA del 7 de julio de 2017, en que se destaca que para fines del levantamiento de observaciones se cuenta con el apoyo de la Unidad de Preinversión del PRONIS, requiriéndose que se presente el levantamiento de observaciones (un total de 73) en un plazo no mayor de diez (10) días calendario.
- 32.10 Mediante carta Nro. 043_2017_GG_MEGAPROYECT, del 24 de julio de 2017, en respuesta a la carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF, el

CONSORCIO expresa al PRONIS que le ha solicitado asistencia técnica respecto al Entregable 3 que se encuentra en proceso porque las observaciones son parciales, acompañando un levantamiento de dichas observaciones (acompaña un cuadro sobre ello), encontrándose pendiente obtener información del Hospital Regional de Huacho, lo que se espera en un breve plazo.

- 32.11 El 9 de agosto de 2017, mediante carta Nro. 144-2017-PRONIS-UAF, haciendo referencia al Memorándum Nro. 201-2017-PRONIS/UP del 7 de julio de 2017 (habría un error material, lo cual se aprecia contextualmente, siendo la fecha 7 de agosto de 2017) y al Informe Nro. 65-2017-PRONIS/UP-OIVG del 4 de agosto de 2017, el PRONIS destaca que -de acuerdo a lo informado por la Unidad de Preinversión- el Entregable 3 se encuentra en condición de observado, por lo que requiere al CONSORCIO que proceda a la subsanación integral de las respectivas observaciones en un plazo no mayor de diez (10) días calendario.
- 32.12 El 26 de setiembre de 2017, mediante carta Nro. 012-2017-PRONIS/UP, haciendo referencia a las reuniones sostenidas el 6 y 7 de setiembre de 2017 entre el personal técnico del PRODIS con los representantes del CONSORCIO, para revisar las observaciones al Entregable 3, el PRONIS destaca que dichos representantes no se encuentran registrados dentro del expediente de contratación como profesionales que conformen el equipo técnico del CONSORCIO, no habiéndose seguido el procedimiento establecido sobre sustitución de personal, por lo que para todo efecto se considera la no asistencia del CONSORCIO a las señaladas reuniones, lo que ameritaría la imposición de las penalidades correspondientes, conforme al CONTRATO y a los TDR.
- 32.13 Mediante Informe 152-2017-PRONIS/UP/MCY-FPZ del 3 de octubre de 2017, haciendo referencia a la situación existente respecto del levantamiento de las observaciones comunicadas en su oportunidad, la Unidad de Preinversión del PRONIS, como área usuaria, es de la opinión que por razones de celeridad, economía y eficacia, el CONTRATO debería ser resuelto, teniendo en cuenta el carácter facultativo que imprime la normativa sobre contrataciones a dicha decisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 169 del REGLAMENTO, y el literal c) del artículo 40 de la LEY.
- 32.14 El 4 de octubre de 2017, mediante carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF, remitiéndose al Memorando Nro. 295-2017-PRONIS/UP, el PRONIS refiere a los incumplimientos advertidos, acompañando la “Ficha de Evaluación de Estudios de Preinversión”, requiriendo notarialmente al

CONSORCIO para que, dentro del plazo no mayor de un (1) día calendario cumpla con la presentación del Entregable 3, bajo apercibimiento de resolución contractual. Dicha carta notarial fue entregada al CONSORCIO el miércoles 4 de octubre de 2017, conforme se indica en diversos documentos relativos a ello, lo cual no ha sido cuestionado.

- 32.15 Mediante Informe Nro. 170-2017-PRONIS/UP-IMCY-FPZ, del 17 de octubre de 2017, la Unidad de Preinversión del PRONIS estima que, no habiendo cumplido el CONSORCIO con presentar el Entregable 3 conforme al CONTRATO, las Bases Integradas y los TDR, como área usuaria es de la opinión que el CONTRATO sea resuelto. En la misma línea, mediante Informe Nro. 252-2017-PRONIS/UAF, del 23 de octubre de 2017, la Unidad de Administración y Finanzas del PRONIS ratifica el Informe Nro. 170-2017-PRONIS/UP-IMCY-FPZ tratándose del incumplimiento incurrido por el CONSORCIO, destacando que al no haberse cumplido con la presentación del Entregable 3, requerido bajo apercibimiento de resolución, correspondería disponer la resolución del CONTRATO, por lo que se solicita que, previa opinión de la Unidad de Asesoría Legal, se evalúe la pertinencia de concretar dicha resolución. Es así que, mediante Informe Legal Nro. 199-2017-PRONIS/UAL, del 24 de octubre de 2017, se destaca finalmente que mediante la carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF, diligenciada notarialmente el 4 de octubre de 2017, se requirió al CONSORCIO para que dentro del plazo de un (1) día calendario cumpla con sus obligaciones contractuales, debiendo remitir el Entregable 3, siendo que el CONSORCIO no ha desvirtuado dicho incumplimiento, atendiendo que la Unidad de Preinversión es el órgano competente para informar sobre el incumplimiento del contratista y solicitar el inicio del procedimiento resolutorio, por lo que corresponde resolver el CONTRATO con arreglo al artículo 169 del REGLAMENTO.

Merece destacarse que el CONSORCIO no ha cuestionado lo expresado tratándose de la fecha de diligenciamiento notarial de la carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF.

- 32.16 Mediante carta del 6 de noviembre de 2017, entregada notarialmente el 7 de noviembre de 2017, a las 15:42 horas y bajo el registro Nro. 30866-2017, el CONSORCIO expresó al PRONIS que, hasta la fecha, no se había emitido la conformidad del Entregable 2, por la Unidad de Preinversión, lo cual era necesario para el cómputo del plazo de presentación del Entregable 3, situación anormal que corresponde a un incumplimiento legal, esencial y reglamentario a su cargo pese al tiempo transcurrido; en consecuencia, conforme a la LEY y al REGLAMENTO

requería que dentro del plazo improrrogable de 24 horas de notificada la indicada carta, procedan a la emisión y entrega al contratista recurrente de la correspondiente conformidad del Entregable 2, por parte de la Unidad de Preinversión, bajo apercibimiento de resolución.

- 32.17 El 8 de noviembre de 2017, mediante carta Nro. 195-2017-PRONIS/CG del 31 de octubre de 2017, el PRONIS comunicó notarialmente al CONSORCIO que, haciendo efectivo el apercibimiento señalado en la carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF, resolvía de pleno derecho el CONTRATO a partir de la fecha de la señalada comunicación. Aunque dicha carta es del 31 de octubre de 2017, siendo una comunicación recepticia, la entrega y generación de efectos legales se produjo el referido miércoles 8 de noviembre de 2017. No es controvertida la fecha de dicha notificación, lo cual es admitido inclusive en el propio texto de la demanda del CONSORCIO.
- 32.18 Mediante carta Nro. 380-2017-PRONIS/UAF del 8 de noviembre de 2017, el PRONIS respondió notarialmente la carta notarial Nro. 30866-2017, señalada precedentemente, destacando, de un lado, que ya se había notificado la resolución administrativa del CONTRATO por incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del Entregable 3 y, de otro lado, que siendo que el primer pago por el servicio se realizaría una vez que se hubiese emitido la conformidad del Entregable 2, mediante carta Nro. 368-2016-PRONIS/UAF-ALOG - recibida por el CONSORCIO el 29 de diciembre de 2016-, se otorgó la opinión favorable al Entregable 2, habiéndose además procedido a realizar el pago correspondiente. Se destaca finalmente que, conforme a la carta notarial Nro. 052-2017-PRONIS/CG, recibida por el CONSORCIO el 17 de marzo de 2017, se solicitó la presentación del Entregable 3, lo cual permite corroborar la finalización de la etapa previa, relativa al Entregable 2, por lo que el CONSORCIO estaba en la posibilidad de dar inicio a la elaboración del Entregable 3, cuya presentación defectuosa derivó en la resolución del CONTRATO.
- 32.19 Por último, mediante carta del 9 de noviembre de 2017, entregada notarialmente en la misma fecha bajo registro Nro. 30877-2017, el CONSORCIO expresó al PRONIS que, haciendo efectivo el apercibimiento señalado en su carta notarial Nro. 30866-2017, notificada el 7 de noviembre de 2017, al no haber obtenido un resultado positivo, manifestaba su voluntad de resolver el CONTRATO por incumplimiento de la obligación a su cargo de emitir y entregar al CONSORCIO la correspondiente conformidad del Entregable 2, por parte de la Unidad de Preinversión.

33. Este Tribunal Arbitral estima pertinente destacar que, encontrándose las partes vinculadas a través de un contrato de servicios, cada una de ellas asume distintas situaciones jurídicas subjetivas según sea el interés comprometido. Dicha categorización conceptual resulta muy útil para calificar, en términos jurídicos, si una determinada parte soportaba un débito, deuda u obligación, y si su incumplimiento habilitaría o legitimaría correlativamente una eventual resolución por incumplimiento de obligaciones.

34. En función al interés comprometido en una determinada relación jurídica, los sujetos de la misma puedan estar adscritos a determinadas situaciones jurídicas subjetivas, sean de ventaja o de desventaja, sean activas o pasivas.

Una situación de ventaja es la que permite obtener un beneficio, más allá que sea activa o pasiva. En esta categoría se encuentra el poder, el derecho personal o crediticio, el derecho potestativo, etc. Por el contrario, una situación de desventaja implica que deben soportarse sacrificios, al margen que sea activa o pasiva. En esta categoría se encuentra el deber, la obligación, la carga, etc.

35. Para los efectos del presente caso, una situación de desventaja es ciertamente la obligación, deuda o débito, porque el deudor se compromete, debe ejecutar algo (sacrificio) para satisfacer el interés del acreedor, titular del correlativo derecho, acreencia o crédito (quien inversamente se encuentra en situación de ventaja). La obligación está orientada, por lo tanto, a satisfacer el interés exclusivo del acreedor. La conducta debida -que es la prestación- está orientada a ello. Así, ante el cumplimiento, habiéndose satisfecho dicho interés, el pago produce naturalmente el efecto satisfactivo y, por consiguiente, extingue correlativamente el vínculo (efecto extintivo).

Conforme a ello, en el marco de un contrato de servicios, el débito del locador es brindar la actividad comprometida y, en su momento, el débito exigible al comitente es pagar lo convenido como retribución. De no cumplirse con ello, y sujeto a la observancia de los requisitos correspondientes, podrá resolverse justificadamente el contrato.

36. Otra situación de desventaja subjetiva de desventaja activa es el deber, conforme al cual debe observarse determinada conducta positiva o negativa; dentro de ello, en el marco de un contrato, existe el deber de colaboración, adscrito a la regla de buena fe probidad o conducta colaborativa, conforme a la cual el acreedor debe colaborar -en lo que corresponda- para que el deudor pueda pagar. En términos simples, cuando se está ante una obligación de dar que demanda que el deudor entregue algo al acreedor, lo mínimo que se espera

es que este último disponga lo necesario para recibirlo; de no ejecutar dicho deber, el acreedor se expone a que se invoque la denominada mora creditoria, abriéndose la posibilidad de un pago en vía de consignación. Adviértase que este deber de colaboración advierte de una mutua actuación y, ello se explica porque el interés comprometido es compartido, ya que, al efectivizarse el pago, el deudor no sólo transfiere los riesgos, sino que cumple, obteniendo su liberación, siendo que el acreedor colabora también por su propio interés, porque recibiendo se hace de la posesión y/o propiedad del bien que le interesa.

Lo anterior permite destacar que, por ejemplo, aunque el Código Civil señale impropriadamente que el comprador está "obligado" a recibir el bien (artículo 1565), en rigor sólo está obligado a pagar el precio, siendo más bien que está comprometido a ejecutar el deber de colaboración de recibir el bien.

37. Por último, siempre con relación al presente caso, existe otra situación jurídica subjetiva de desventaja activa que es la carga, conforme a la cual, una parte contractual debe realizar o abstenerse de algo para mantener un derecho en sentido amplio, o su titularidad, porque de no observarla se expone a perderla o afectarla. La carga más conocida es probablemente la de carácter procesal, en el sentido que quien demanda e invoca hechos, debe probarlos, porque de lo contrario se desestimarán su demanda, afectándose directamente su propio interés. Igual ocurre, por ejemplo, en el marco de un contrato de seguro, conforme al cual ante la ocurrencia de un siniestro el asegurado debe observar la carga legal de dar inmediato aviso a la aseguradora, porque de lo contrario caducará, se extinguirá, su pretensión indemnizatoria, perdiendo el derecho a reclamar cobertura.

En palabras de calificada doctrina²:

*"El concepto de carga nació en la teoría del Derecho procesal, para explicar aquellos casos en que uno de los litigantes se encuentra constreñido a adoptar una determinada conducta para evitar un perjuicio procesal, que en última instancia puede ser una sentencia desfavorable. Inicialmente, el concepto se utiliza para explicar la llamada "carga de la prueba", aunque después se generaliza a otros supuestos. GOLDSCHMIDT señaló que **las cargas no constituyen deberes jurídicos, en el sentido que no son nunca directamente exigibles, pero implican la necesidad de la adopción de una conducta para la evitación de un perjuicio**".*

Lo destacado en negrita es nuestro.

² DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen segundo (Las relaciones obligatorias), quinta edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, págs. 109 y 110.

De la misma manera, en materia de contratación administrativa, las entidades públicas disponen de un determinado plazo para pronunciarse, por ejemplo, sobre una solicitud del contratista sobre ampliación de plazo para fines de un contrato de obra, de lo contrario, la respectiva solicitud se considera aprobada, por silencio administrativo positivo. No se trata que las entidades estén “obligadas” a aprobar o desaprobar la respectiva solicitud, sino que, de no pronunciarse oportunamente, se entiende por aprobada legalmente, por lo que, si se desea impedir en resguardo de su propio interés que se genere dicha ampliación, con la correlativa obligación de pagar los mayores gastos generales, la entidad debe pronunciarse oportunamente sobre la solicitud recibida.

38. Siguiendo siempre a calificada doctrina³:

“Reimer SCHMIDT señaló que, al lado de las obligaciones perfectas y de otras que se pueden denominar incompletas, existen supuestos de origen legal o convencional en que la necesidad de adopción de una conducta por parte de un sujeto, posee una intensidad menor. Estos supuestos se caracterizan porque regularmente el sujeto activo no le corresponde ninguna pretensión encaminada a su cumplimiento, ni tampoco la posibilidad de una acción o de ejecución, ni una pretensión de resarcimiento de daños por su inobservancia o infracción. Sin embargo, la persona colocada en la necesidad de adopción de esta conducta se ve situada, en caso de inobservancia, frente a ciertas desventajas jurídicas. La relación que en tales normas se produce entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentra articulada en interés del sujeto activo y del sujeto pasivo. Se crea una situación en virtud de la cual la observancia del comportamiento es premisa del buen resultado del propio interés. La misma idea ha sido sostenida por otros autores, como ESSER y SMICHDT, quienes señalan que las cargas obedecen a criterios de atribución y distribución de riesgo, y son, en definitiva, imperativos colocados para defender el propio interés. La inobservancia de las cargas determina un entorpecimiento, una reducción o una pérdida del derecho o, en general, de la posición jurídica del gravado”.

Lo destacado con negrita es nuestro.

39. Los términos legales pueden ser polisémicos, como bien destaca ROPPO⁴, de manera que en lo jurídico una misma palabra puede tener significados distintos, como ocurre tratándose de “dolo”, término que tiene su propio significado en materia de acto jurídico, de inejecución de obligaciones voluntarias y de responsabilidad civil, sin perjuicio del tema penal.

³ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., pág. 110.

⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. cit., págs. 43 y 44.

40. No podemos dejar de considerar que el lenguaje admite tres manifestaciones, la común, la académica y la legislativa, siendo que ellas no son necesariamente coincidentes⁵.

El lenguaje común es simplemente el cotidiano, comprensible para las mayorías, para los miembros de una colectividad. El lenguaje académico corresponde a una aspiración de mayor precisión, es técnico para los fines de la ciencia jurídica; en consecuencia, no es necesariamente comprensible para todos, adquiere singular relevancia cuando se genera una controversia legal. Y el lenguaje legislativo tiene alcances especiales, debe ser comprensible en general, pero tampoco debe alejarse de la rigurosidad jurídica, dado que la ley es fuente de derecho.

El problema es que muchas veces lo legislativo se asume como si fuese un lenguaje académico, y no es así definitivamente; el lenguaje legislativo debería estar más identificado con el cotidiano, salvo en aquellos aspectos en que resulte indispensable la precisión académica. Por ello, compartimos el criterio que postula que el lenguaje legislativo debe ser sencillo y comprensible, ajeno a interpretaciones sutiles.

De acuerdo al lenguaje común, se suele afirmar que, en caso de incumplimiento, se rescindirá el contrato. Allí el término rescisión no está empleado con propiedad, con rigurosidad científica o académica, sino como sinónimo de terminación o mecanismo extintivo del contrato, y conforme a ello se entiende. En el lenguaje académico bien corresponde diferenciar entre rescisión y resolución, y en este último caso, entre resoluciones remediales o en sentido estricto y resoluciones no remediales o en sentido lato⁶; cada término corresponde a una figura jurídica distinta, lo cual sirve para evidenciar sus efectos.

Y en el lenguaje legislativo se toman varias veces licencias en el uso de los términos. Así, por ejemplo, en materia de compraventa está prohibido el denominado pacto de mejor comprador (artículo 1582, inciso 1, del Código Civil), el cual permitiría que el vendedor pueda rescindir bajo ciertas circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato; por su naturaleza, dicho pacto no es uno de rescisión, porque esta figura demanda de causal originaria y no sobreviniente, demanda de declaración constitutiva jurisdiccional,

⁵ ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, ANGELANI, Elsa Beatriz y VÁSQUEZ, Gabriela Alejandra. Teoría General de las Ineficacias, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000, págs. 1 a 7.

⁶ ROPPO, Vincenzo. El contrato, primera edición peruana, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2009, págs. 862 y 863.

y no de una declaración unilateral o de una declarativa jurisdiccional, siendo que sus causales son legales, y no de fuente voluntaria. Es manifiesto, que la prohibición no puede entenderse con relación a la rescindibilidad del negocio, sino en cuanto a su resolución, específicamente, a su receso motivado. Se advierte que la falta de rigurosidad legislativa genera la necesidad de un ejercicio de interpretación legal. Igual ocurre tratándose de las características de la oferta, dado que la ley establece que la oferta es, como regla general, obligatoria (artículos 1382 y siguientes del Código Civil); sin embargo, detrás de dicha expresión lo que se pretende destacar es que la oferta es irrevocable, que el oferente queda comprometido a su declaración. Y es que, con rigurosidad, recién al formarse el contrato, mediante la aceptación de dicha oferta, es que surge la relación obligacional, no antes. Hay nuevamente un ejercicio de interpretación.

41. Atendiendo a lo expresado, la palabra obligación debe conceptualizarse debidamente para luego, si se está empleando adecuadamente, sea en un texto legislativo o en un acuerdo contractual, poder determinar las consecuencias legales por su inejecución.
42. Ocurre que una carga puede ser denominada en un determinado instrumento contractual como deber, o inclusive como obligación, pero es el interés comprometido lo que definirá la efectiva naturaleza jurídica del compromiso asumido. Una obligación supone un sacrificio del deudor para beneficiar, satisfacer exclusivamente, al acreedor, la prestación o conducta debida radica en satisfacer exclusivamente un interés ajeno. Tratándose del deber, de uno de colaboración, la actuación es de interés compartido, la conducta beneficia a ambas partes contractuales. Pero en el caso de la carga, el compromiso a observar se sustenta en interés propio, de quien debe observarla, quien debe respetarla para evitarse un perjuicio, o para no perder un beneficio, derecho o titularidad.

En palabras de reconocidos autores⁷:

“(La carga) definida también como “deber libre” y destinado a ubicarse entre la libertad y la obligación, se traduciría como un comportamiento necesitado para la realización de un interés propio del titular”.

La definición es concluyente, porque de ella se extrae, conforme se ha visto anteriormente, que la contraparte no puede exigir la conducta, no puede

⁷ BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, tomo I, volumen 1 (Normas, sujetos y relación jurídica), primera edición en español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, págs. 447 y ss.

“obligar” coercitivamente a que se ejecute la carga, ni tiene la herramienta de la prestación indemnizatoria de manera alterna, menos la resolutoria, por lo que el sujeto afecto a la carga decide “libremente” si la observa o no. De no hacerlo, le traerá consecuencias jurídicas negativas, se afectará su propio interés, perderá derechos o se verá expuesto a alguna contingencia. La materialización de un determinado riesgo dependerá, en consecuencia, de su observancia o no por el propio interesado.

43. En función a ello, es que corresponde analizar jurídicamente en el presente caso, si son efectivamente obligaciones las situaciones invocadas por cada una de las partes para haberse representado la resolución del CONTRATO por causa imputable a su contraparte.

Y más allá del orden en que se examinen, la cuestión radica en, ¿constituye jurídicamente obligación del CONSORCIO entregar oportunamente el Entregable 3?, ¿constituye jurídicamente obligación del PRONIS extender u otorgar la conformidad del Entregable 2, para que se inicie el plazo de entrega del Entregable 3?

44. Al menos, desde un enfoque *prima facie*, este Tribunal Arbitral no tiene duda que, en razón del correspondiente objeto contractual, relativo a la formulación de un estudio de preinversión a nivel de factibilidad, la entrega de los denominados entregables evidencia obligaciones fundamentales a cargo del CONSORCIO, orientadas a la satisfacción exclusiva del interés del PRONIS para fines del implementar el correspondiente proyecto de inversión pública. Dicha obligación tiene como correlato, en el marco de un contrato sinalagmático, que el PRONIS deba pagar al CONSORCIO la contraprestación convenida. En dicha correlación de prestaciones se aprecia inequívocamente la dinámica contractual sinalagmática.
45. Sin embargo, tratándose de la extensión u otorgamiento de una conformidad a los entregables recibidos, en particular, al Entregable 2, por la naturaleza del interés comprometido, no puede afirmarse que ello corresponde jurídicamente a una obligación a cargo del PRONIS. En efecto, de no extenderse oportunamente dicha conformidad, la omisión o el retardo termina impactando directamente en el propio interés de la entidad pública, ya que no se activaría el plazo para la entrega del entregable siguiente, afectándose la extensión temporal del contrato celebrado, ya que la entidad no contaría oportunamente con la documentación final y completa que requiere para implementar el correspondiente proyecto de inversión pública. Es más, ya ha sido destacado que el plazo de ejecución del CONTRATO (cláusula quinta) fue establecido en

ciento veinte (120) días calendario, computable desde el día siguiente de su suscripción, estableciéndose dentro del mismo el plazo máximo de presentación de cada uno de los cuatro (4) entregables, habiéndose dejado expresa constancia que los señalados plazos eran para la elaboración del Estudio de Preinversión (incluido el Plan de Actividades), por lo que no se incluía a los plazos que el PRONIS y entidades involucradas requiriesen para revisar y comunicar la conformidad de los entregables, ni el tiempo para el levantamiento de observaciones. En buena cuenta, la demora en revisar y extender la conformidad, no afectaba al plazo de ejecución, al CONSORCIO, siendo más bien el afectado el propio PRONIS. Es así que, desde un enfoque *prima facie*, este Tribunal Arbitral no tiene duda que esta actividad de extender la conformidad a un entregable es jurídicamente una carga, no una obligación.

46. Distinto es el caso del pago del respectivo entregable, lo cual es ciertamente una obligación a cargo del PRONIS, obligación que fue atendida en su oportunidad tratándose del Entregable 2, sin haberse formulado cuestionamiento con ocasión de su realización.
47. De lo anterior se desprende que, de haberse incumplido una obligación, el acreedor, como parte fiel del respectivo contrato, bien puede optar por la resolución, entre otros remedios frente a la señalada patología. En cambio, ante la inobservancia de una carga, no es posible invocar y aplicar el remedio de la resolución por incumplimiento de obligaciones, salvo que se hubiese acordado expresamente un régimen de resolución en sentido amplio, un receso motivado, lo cual no se aprecia en el presente caso.
48. Atendiendo a lo destacado precedentemente, este Tribunal Arbitral advierte, en razón de la cronología de eventos antes referida, que la pretendida resolución invocada por parte del CONSORCIO es meramente reactiva frente a la comunicación del PRONIS de resolver el CONTRATO por incumplimiento de obligaciones a cargo del CONSORCIO, lo cual además permite entender las afirmaciones expresadas en los actuados sobre las fechas y oportunidad de entrega de las respectivas cartas notariales. Empero, tales afirmaciones pierden relevancia cuando se advierte que el PRONIS no estaba legal ni contractualmente obligado a extender u otorgar la conformidad del Entregable 2, dado que dicha presunta conducta debida no estaba dirigida única y exclusivamente a satisfacer el interés del CONSORCIO, sino para que la propia entidad se evitase alguna contingencia, siendo que la obligación del PRONIS era más bien pagar por los servicios brindados, pago que se realizó y que no ha sido negado.

49. Conforme a lo anterior, la resolución invocada por el CONSORCIO carece de un elemental presupuesto conceptual, no hay obligación contractual incumplida, no hay causal. En consecuencia, no tiene mayor utilidad que este Tribunal Arbitral proceda a analizar si el CONSORCIO cumplió o no con el procedimiento formal de comunicaciones notariales para fines de resolver el CONTRATO.
50. De otro lado, tratándose de la resolución invocada por el PRONIS, no hay duda que la misma sí presenta, al menos, el presupuesto factico elemental que es el incumplimiento de obligaciones, la falta de entrega del Entregable 3, lo cual sí es una obligación a cargo del CONSORCIO, según ha sido analizado precedentemente. Conforme a ello, corresponde analizar al Tribunal Arbitral, si dicho incumplimiento es atribuible finalmente al deudor (lo cual, se presume en aplicación supletoria del artículo 1329 del Código Civil) y, además, si ha sido seguido rectamente el procedimiento resolutorio regulado en el artículo 169 del REGLAMENTO.
51. A juicio de este Tribunal Arbitral, si está sustentada la resolución administrativa del CONTRATO en razón, entre otros aspectos, de los siguientes:
- 51.1 La falta de entrega del Entregable 3 corresponde a la inejecución de una obligación nuclear o fundamental, asociada al objeto contractual mismo, siendo que el CONSORCIO no ha probado que haya cumplido con dicha entrega a satisfacción del PRONIS.
- 51.2 Para que se justifique una resolución, dicha falta de entrega debe ser imputable al CONSORCIO. En tal virtud, la parte demandante ha sostenido que el plazo para la entrega del Entregable 3 no se activó, no corría, porque el PRONIS no extendió la conformidad del Entregable 2, conforme a los términos y condiciones contractuales. En otras palabras, encontrándonos ante una prestación de dar, de responsabilidad objetiva, el CONSORCIO destaca que un hecho propio del acreedor, del PRONIS, habría impedido que comience a computarse el plazo para la entrega del Entregable 3, por lo que no sería responsable del retraso, el cual estaría finalmente justificado.
- 51.3 Este Tribunal Arbitral no comparte dicho criterio, teniendo en consideración los medios probatorios documentales que obran en el expediente, entre otros, a saber:
- (a) El 29 de diciembre de 2016, mediante carta Nro. 368-2016-PRONIS/UAF-ALOG, con referencia al Memorando Nro. 808-2016-PRONIS/UP del 28 de diciembre de 2016, el PRONIS comunicó al

CONSORCIO la conformidad del Entregable 2, detallándose además el plazo para la presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP).

(b) El 21 de marzo de 2017, el PRONIS realizó el pago de S/. 249,357.60, correspondiente al 30% del pago total (S/. 831,192.00); y si bien es cierto que el Comprobante de Pago Nro. PR000267 del 17 de marzo de 2017 hace referencia al Entregable 1, se aprecia inequívocamente que, por el monto y estándose a lo establecido en el CONTRATO, dicho pago corresponde definitivamente al Entregable 2 (Factura Nro. 001-000372 del 15 de marzo de 2017 del CONSORCIO). Debe destacarse que el CONSORCIO no ha negado ni contradicho lo anterior; conforme a ello, habiéndose comunicado la conformidad del Entregable 2, habiéndose presentado por el CONSORCIO la documentación para fines de obtener el correspondiente pago, y habiéndose finalmente cobrado lo relativo al Entregable 2, ¿cómo puede sostenerse luego que el PRONIS no extendió dicha conformidad? o, en todo caso, ¿por qué no se objetó en su momento lo que se objeta actualmente como consecuencia que el PRONIS decide resolver administrativamente el contrato?; ¿no resulta inconsistente y carente de buena fe por parte del CONSORCIO asumir que sí hay conformidad del Entregable 2 para fines de obtener el Pago 1 del CONTRATO, pero que no hay conformidad para fines que se calcule el plazo de presentación del Entregable 3?

(c) Mediante cartas Nros. 026, 029, 030 y 031_2017_GG_MEGAPROYECT, del 24 de mayo, 5 de junio, 6 de junio y 12 de junio de 2017, el CONSORCIO solicitó asistencia técnica para fines de revisión de especialidades relativas al Entregable 3, lo cual evidencia que ya se encuentra computando el plazo para su presentación.

(d) El 12 de julio de 2017, mediante carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF, haciendo referencia al Memorandum Nro. 161-2017-PRONIS/UP y a la solicitud de asistencia técnica señalada anteriormente, el PRONIS solicita al CONSORCIO que en un plazo no mayor de diez (10) días calendario cumpla con la subsanación integral de las observaciones señaladas por la Unidad de Preinversión.

(e) Mediante carta Nro. 043_2017_GG_MEGAPROYECT, del 24 de julio de 2017, en respuesta a la carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF, el CONSORCIO expresa al PRONIS que le ha solicitado asistencia técnica respecto al Entregable 3 que se encuentra en proceso porque las observaciones son parciales, acompañando un levantamiento de dichas

observaciones, encontrándose pendiente obtener información del Hospital Regional de Huacho, lo que se espera en un breve plazo.

(f) El 9 de agosto de 2017, mediante carta Nro. 144-2017-PRONIS-UAF, haciendo referencia al Memorandum Nro. 201-2017-PRONIS/UP del 7 de julio de 2017 (se entiende contextualmente que la fecha es 7 de agosto de 2017) y al Informe Nro. 65-2017-PRONIS/UP-OIVG del 4 de agosto de 2017, el PRONIS destaca que, de acuerdo a lo informado por la Unidad de Preinversión, el Entregable 3 se encuentra observado, por lo que requiere al CONSORCIO que proceda a la subsanación integral de las observaciones realizadas en un plazo no mayor de diez (10) días calendario.

(g) El 26 de setiembre de 2017, mediante carta Nro. 012-2017-PRONIS/UP, haciendo referencia a las reuniones sostenidas el 6 y 7 de setiembre de 2017 entre el personal técnico del PRODIS con los representantes del CONSORCIO, para revisar las observaciones al Entregable 3, el PRONIS destaca que los representantes del CONSORCIO no se encuentran registrados como profesionales que conformen su equipo técnico, no habiéndose seguido el procedimiento sobre sustitución de personal, por lo que para todo efecto se considera la no asistencia del CONSORCIO a las señaladas reuniones, aplicándose además las penalidades correspondientes, conforme al CONTRATO y a los TDR.

Conforme a lo anterior, se encuentra acreditada la imputabilidad del CONSORCIO en lo relativo a la falta de entrega oportuna del Entregable 3, siendo que el PRONIS ya había cumplido en su momento con lo relativo al Entregable 2, con su conformidad y correspondiente pago.

- 51.4 Merece destacarse que, en el contexto señalado anteriormente, el PRONIS era parte fiel del CONTRATO (no se aprecia que estuviese en falta respecto de sus obligaciones exigibles) y, por consiguiente, contaba con plena legitimidad para resolverlo en caso que el CONSORCIO incumpliese con las obligaciones a su cargo, dado que ya había extendido la conformidad del Entregable 2 para fines que se proceda a su pago, hecho este último que se produjo en su momento, el mismo que no ha sido finalmente negado por el CONSORCIO.

En cualquier caso, si dicha conformidad no fue extendida por el área competente de acuerdo al CONTRATO, sino por una distinta, estándose ante una carga, ello corresponde a un tema interno del PRONIS, que no afectó al CONSORCIO, máxime cuando éste no objetó en su momento

la comunicación sobre inicio del plazo para el Entregable 3 y sobre el pago del Entregable 2, pago que percibió sin cuestionamiento alguno.

- 51.5 En el contexto indicado, mediante carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF del 4 de octubre de 2017, destacando el incumplimiento incurrido tratándose del Entregable 3, el PRONIS requirió notarialmente al CONSORCIO para que, dentro del plazo no mayor de un (1) día calendario, cumpliera con la presentación del señalado Entregable 3, bajo apercibimiento de resolución. Dicha carta notarial fue diligenciada en ese mismo día, según lo expresado por el PRONIS, lo cual no ha sido contradicho por el CONSORCIO.

Este Tribunal Arbitral destaca que dicho requerimiento satisface las exigencias el artículo 169 del REGLAMENTO, esto es: (a) Exigencia de pago practicada mediante carta notarial, lo cual permite contar con fe pública sobre su entrega al destinatario y correlativo conocimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 1374 del Código Civil, en aplicación supletoria. (b) Requerimiento puntual de cumplimiento, tratándose del Entregable 3, conforme a los respetivos antecedentes, destacados precedentemente. (c) Requerimiento bajo sanción o apercibimiento de resolución contractual, conforme a la normativa correspondiente. (d) Otorgamiento de un plazo no mayor de un (1) día calendario para que se verifique el cumplimiento requerido, plazo dentro del margen temporal que autoriza el artículo 169 del REGLAMENTO.

- 51.6. No habiendo sido cumplida la obligación reclamada, y sobre la base de lo expresado en el Informe Nro. 170-2017-PRONIS/UP-IMCY-FPZ del 17 de octubre de 2017, de la Unidad de Preinversión, en el Informe Nro. 252-2017-PRONIS/UAF del 23 de octubre de 2017, de la Unidad de Administración y Finanzas, y en el Informe Legal Nro. 199-2017-PRONIS/UAL del 24 de octubre de 2017 de la Unidad de Asesoría Legal, mediante carta Nro. 195-2017-PRONIS/CG del 31 de octubre de 2017, entregada notarialmente el 8 de noviembre de 2017, el PRONIS comunicó al CONSORCIO que, haciendo efectivo el apercibimiento señalado en la carta Nro. 333-2017-PRONIS-UAF, resolvía de pleno derecho el CONTRATO a partir de la fecha de la señalada comunicación.
- 51.7. Mediante carta del 6 de noviembre de 2017, entregada notarialmente el 7 de noviembre de 2017, el CONSORCIO expresó al PRONIS que, hasta la fecha, no se había emitido la conformidad del Entregable 2 por la Unidad de Preinversión, lo cual era necesario para el cómputo del plazo de presentación del Entregable 3, situación anormal que

correspondía a un incumplimiento legal, esencial y reglamentario a su cargo pese al tiempo transcurrido; en consecuencia, conforme a la LEY y al REGLAMENTO requería que dentro del plazo improrrogable de 24 horas de notificada la indicada carta, se procediera a la emisión y entrega de la correspondiente conformidad del Entregable 2, por parte de la Unidad de Preinversión, bajo apercibimiento de resolución.

Este Tribunal Arbitral estima que la señalada comunicación carece de efectivo sustento porque, según ha sido destacado, el CONSORCIO en su momento no cuestionó ni impugnó la carta Nro. 368-2016-PRONIS/UAF-ALOG, del 29 de diciembre de 2016, por la que se comunicó al CONSORCIO la conformidad del Entregable 2, detallándose de manera adicional el plazo para la presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP), conforme al numeral 11 de los TDR. Por el contrario, siendo que dicha conformidad activaba la posibilidad de cobrar el 30% el monto contractual (S/. 831,192.00), sin hacer reserva alguna sobre la materia, lo cierto es que el 21 de marzo de 2017 el CONSORCIO cobró la suma de S/. 249,357.60, pago que correspondió al Entregable 2 (Factura Nro. 001-000372 del 15 de marzo de 2017 del CONSORCIO).

De lo anterior se aprecia que la actual invocación a una falta de conformidad del Entregable 2, de acuerdo a los términos contractuales, asignándose además a la extensión de dicha conformidad la naturaleza de una obligación contractual (tema que ya ha sido analizado precedentemente), resulta totalmente contradictoria con las acciones seguidas por el propio CONSORCIO en su oportunidad, de manera que, a criterio de este Tribunal Arbitral, se está ante un argumento formalista, invocado en su momento para tratar de neutralizar la inminencia de una resolución administrativa del CONTRATO.

52. Conforme a lo anterior, cumpliendo con los requisitos legales de fondo y forma, debe concluirse que operó la resolución administrativa del CONTRATO por incumplimiento de obligaciones imputable al CONSORCIO, por lo que carece de fundamento la impugnación realizada por el CONSORCIO, el que no sustenta la causal legal específica para deducir una supuesta nulidad, o la razón legal para concluir en la supuesta improcedencia y/o ineficacia.
53. En el período de tiempo existente coincidentemente entre la remisión de la carta notarial Nro. 333-2017-PRONIS-UAF (requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de resolución de pleno derecho) y la carta notarial Nro. 195-2017-PRONIS/CG (comunicación de la resolución de pleno derecho), mediante carta notarial Nro. 30866-2017, del 6 de noviembre de 2017, entregada

notarialmente al día siguiente, 7 de noviembre de 2017, el CONSORCIO expresó al PRONIS que, hasta la fecha, no se había emitido la conformidad del Entregable 2 por la Unidad de Preinversión, lo cual era necesario para el cómputo del plazo de presentación del Entregable 3, situación que representaba un incumplimiento legal, esencial y reglamentario a su cargo pese al tiempo transcurrido; en consecuencia, requería que dentro del plazo improrrogable de 24 horas de notificada la indicada carta, procediera a la emisión y entrega de la conformidad del Entregable 2, bajo apercibimiento de resolución.

Por último, mediante carta notarial Nro. 30877-2017, del 9 de noviembre de 2017, entregada notarialmente en la misma fecha, el CONSORCIO expresó al PRONIS que, haciendo efectivo el apercibimiento señalado precedentemente, daba por resuelto el CONTRATO de pleno derecho.

54. Ya ha sido señalado que, por más que en sus cartas notariales el CONSORCIO refiera que el PRONIS incumplió obligaciones a su cargo, signándoles el carácter de incumplimiento de obligaciones legales, esenciales y reglamentarias, lo cierto es que jurídicamente el hecho alegado, falta de otorgamiento de conformidad del Entregable 2 -lo cual era necesario para el cómputo del plazo para la entrega del Entregable 3-, no corresponde jurídicamente a una obligación, sino a una carga en la esfera jurídica del PRONIS, sin perjuicio que además tal imputación carecía de soporte fáctico, al estar demostrado que no sólo se extendió dicha conformidad, sino que además fue pagado el respectivo Entregable 2, conforme al monto pactado. Actos en los que el CONSORCIO, en su debido momento, no cuestionó u objetó de manera alguna, siendo más bien que recién lo cuestiona en su carta notarial Nro. 30866-2017, del 6 de noviembre de 2017, entregada notarialmente al día siguiente, 7 de noviembre de 2017, comunicación que se produce cuando ya había recibido la carta notarial Nro. 333-2017-PRONIS-UAF (requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de resolución de pleno derecho), apreciándose por consiguiente un comportamiento que no concuerda con las reglas o estándares de la buena fe contractual.
55. En tal virtud, la supuesta resolución contractual invocada por el CONSORCIO carece de sustento jurídico, no solo porque la presunta obligación incumplida por el PRONIS no era una obligación sino una carga, sino porque además la conformidad y pago del Entregable 2 ya se había verificado finalmente, debiéndose además considerar que, por estar en falta contractual (respecto al Entregable 3), en incumplimiento, el CONSORCIO carecía de legitimidad para resolver, al no ser parte fiel del CONTRATO.
56. Al margen de lo señalado precedentemente, no debe olvidarse que la resolución implica extinguir una relación contractual válida y vigente, concepto

uniformemente aceptado, por lo que habiéndose resuelto de pleno derecho el CONTRATO el 8 de noviembre de 2017, la pretendida resolución del CONSORCIO ya resulta extemporánea (carta notarial Nro. 30877-2017), por haber sido comunicada al día siguiente, sin perjuicio que no reúne las exigencias legales correspondientes, conforme ya ha sido destacado ampliamente por este Tribunal Arbitral.

Lo anterior explica la impugnación del CONSORCIO de la resolución administrativa del CONTRATO, porque sólo decayendo la misma, se admitiría que el CONTRATO sigue vigente y, por lo tanto, que es susceptible de ser resuelto; empero, esto último solo se podría materializar siempre y cuando se cumplan los presupuestos y requisitos legales correspondientes.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

57. Atendiendo a las consideraciones expuestas precedentemente, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde desestimar la pretensión sobre declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el PRONIS mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017; asimismo, corresponde desestimar que se tenga por resuelto al CONTRATO por causa imputable al PRONIS, conforme a la pretendida resolución contractual efectuada por el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017.
58. En consecuencia, ambas pretensiones deben ser declaradas infundadas.

Sobre la tercera, cuarta y quinta pretensiones de la demanda

59. Que se inste al PRONIS a que emita, mediante la Unidad de Preinversión, la correspondiente conformidad al Entregable 2 (Primer Avance del PIP), esta última necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP).
60. Que el PRONIS proceda al Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, habiendo el CONSORCIO cumplido con entregar el Entregable 3 culminado.
61. Que se ordene al PRONIS que proceda al reconocimiento y pago de los intereses legales generados por el retraso en el Pago Nro. 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, generados desde el momento en que debió pagarse hasta la fecha efectiva de su pago.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

62. De acuerdo a la demanda, se advierte que los fundamentos de hecho y de derecho asociados a estas tres pretensiones se encuentran estrechamente relacionados a las dos pretensiones precedentemente analizadas, habiéndose ya destacado que conforme al CONTRATO y a la Primera Adenda las condiciones para el pago eran dos: (i) La conformidad de los entregables por parte de la Unidad de Preinversión, y (ii) la opinión favorable de la OPI del GR (lo cual sería mediante Informe Técnico o Acta de Aprobación), lo cual estaba inclusive previsto en el Capítulo II, numeral 2.10 (página 25) de las Bases Administrativas Integradas, instrumentos diferentes, con características propias, individuales, y que no pueden confundirse entre sí, siendo que el numeral 11 (página 40) de los propios TDR establece que al momento de la entrega del entregable, el contratista debe adjuntar copia de la conformidad del entregable precedente.
63. Conforme a lo anterior, el CONSORCIO destaca que el PRONIS no llegó a entregar, a través de la Unidad de Preinversión, la conformidad al Entregable 2, la cual era necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3, lo cual -a juicio del CONSORCIO- es un incumplimiento contractual que vulnera los principios de imparcialidad y transparencia en materia de contrataciones con el Estado, conducta arbitraria del PRONIS manifestada inclusive en que, lejos de proporcionar una explicación a la falta de atención a lo solicitado, procedió sorpresivamente a comunicar la resolución administrativa del CONTRATO, basándose en observaciones formuladas con más de un mes de antigüedad. A juicio del CONSORCIO, dicha situación justifica que se declara la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la señalada resolución administrativa del CONTRATO, teniéndose más bien resuelto el CONTRATO por causa imputable al PRONIS, según fue declarado por el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017, debiendo instarse al PRONIS que emita la correspondiente conformidad del Entregable 2.
64. Se destaca adicionalmente en la demanda, que el PRONIS no ha cumplido con realizar el Pago Nro. 2 (45% del total), conforme a lo pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, pese a que el CONSORCIO presentó el correspondiente entregable, conforme se acredita de las propias cartas Nros. 195-2017-PRONIS/CG del 31 de octubre de 2017, y 380-2017-PRONIS/UAF del 8 de noviembre de 2017, no habiéndose extendido la respectiva conformidad al Entregable 3, menos la opinión favorable de la OPI del GR, situación por lo que no se ha procedido al pago correspondiente, lo cual vulnera lo sancionado en los artículos 177 y 181 del REGLAMENTO, pago que debe incluir los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha efectiva de pago, por el retraso incurrido, conforme a lo establecido en el artículo 48 de la LEY y en el artículo 1245 del Código Civil.

Fundamentación por parte del PRONIS

65. Conforme se aprecia del escrito de contestación a la demanda, la contradicción a los fundamentos de hechos y de derecho asociados a estas tres pretensiones demandadas se encuentra también estrechamente relacionada a la contradicción de las dos pretensiones precedentemente analizadas.

66. El PRONIS destaca que, mediante cartas Nro. 026, 029, 030 y 031_2017_GG_MEGAPROYECT, del 24 de mayo, 5 de junio, 6 de junio y 12 de junio de 2017, el CONSORCIO solicitó asistencia técnica para fines de revisión de especialidades relativas al Entregable 3. Asimismo, se destaca que, mediante carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF, entregada el 12 de julio de 2017, se solicitó al CONSORCIO que, en un plazo no mayor de diez (10) días calendario, cumpla con la subsanación integral de las observaciones señaladas por la Unidad de Preinversión.

Mediante carta Nro. 144-2017-PRONIS-UAF, del 9 de agosto de 2017, se destacó nuevamente al CONSORCIO que debía subsana las observaciones señaladas en la carta Nro. 108-2017-PRONIS-UAF en un plazo no mayor de diez (10) días calendario. En respuesta, mediante carta Nro. 053-2017-GG-MEGAPROYECT, recibida el 22 de agosto de 2017, el CONSORCIO presentó el levantamiento de las observaciones señaladas anteriormente; empero, solicitó asistencia técnica siendo que la misma no se pudo finalmente implementar por causa atribuible al propio contratista.

67. El PRONIS destaca que, tratándose de las subsanaciones presentadas mediante carta Nro. 053-2017-GG-MEGAPROYECT, recibida el 22 de agosto de 2017, las observaciones expresadas en su oportunidad se mantienen, tanto en temas de fondo y forma. PRONIS pone de manifiesto que, conforme a los TDR, el CONSORCIO es responsable del contenido del Estudio de Preinversión, debiendo realizar los ajustes correspondientes, sin que ello signifique costo adicional para el PRONIS, estando obligado a subsanar todas las observaciones planteadas por el PRONIS, así como las que también sean emitidas por otras entidades involucradas en el proceso de evaluación, como los casos de la OPI REGIONAL, OPI MINSA y Dirección General de Inversión Pública (DGIP) del Ministerio de Economía y Finanzas. Asimismo, se destaca que el CONSORCIO debe garantizar la consistencia entre el Entregable 2 y el Entregable 3, situación que no se ha cumplido en el presente caso, conforme al cuadro de observaciones comunicado en su oportunidad.

68. Por ello, no habiendo cumplido el CONSORCIO con presentar el Entregable 3, subsanando las respectivas observaciones, se procedió a la resolución administrativa del CONTRATO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

69. De acuerdo al CONSORCIO, el PRONIS debe extender formalmente la correspondiente conformidad al Entregable 2 (Primer Avance del PIP), la misma que es necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP); de otro lado, estima que el Entregable 3 fue presentado en su oportunidad, por lo que corresponde el pago de lo reclamado, Pago 2, equivalente al 45% del monto contractual, más los correspondientes intereses legales, por causa de mora en dicho pago.
70. Siendo que este Tribunal Arbitral ha desestimado las dos primeras pretensiones demandadas, asociadas a hechos y circunstancias relacionados a las tres pretensiones actualmente analizadas, negando en particular que el PRONIS haya incurrido en un incumplimiento de obligaciones, de la misma manera considera que las estas tres pretensiones sometidas a su conocimiento carecen de fundamento.
71. Y es que, según ya ha sido destacado, el PRONIS comunicó finalmente la conformidad del Entregable 2, procediendo además al pago correspondiente, signado como Pago 1, conforme al CONTRATO, situación respecto de la cual el CONSORCIO no expresó reparo o reserva alguna, lo que realiza al invocar una pretendida resolución contractual, como reacción frente al procedimiento ya iniciado de resolución administrativa del CONTRATO. Asimismo, al haberse desestimado el extremo demandado que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución administrativa, este Tribunal Arbitral ha reconocido que la misma se ejerció regularmente, en fondo y forma, admitiéndose así que el Entregable 3 no fue finalmente entregado, en el sentido que se hubiesen levantado satisfactoriamente las observaciones comunicadas reiteradamente por el PRONIS, por lo que menos correspondería ordenar su pago, el mismo que se identifica como Pago 2, conforme al CONTRATO.
72. De acuerdo a lo anterior, se aprecia que la viabilidad de las tres pretensiones bajo análisis se sustentaría en que se hubiesen acogido las dos primeras pretensiones, dado que al admitirse que la resolución administrativa del CONTRATO carece de validez y/o eficacia, ello supondría la subsistencia del vínculo y la posibilidad de la resolución invocada por el CONSORCIO. No obstante, al descartarse dichas pretensiones, las tres pretensiones demandadas objeto del presente análisis pierden consistencia, máxime cuando su propia presentación evidencia cierta inconsistencia conductual del

CONSORCIO, dado que, de un lado, afirma que la conformidad del Entregable 2 es esencial, es necesaria, para fines de contabilizar el plazo de presentación del Entregable 3, pero, de otro lado, sostiene que dicho Entregable 3 no solo ya fue presentado (satisfactoriamente) sino que además es exigible su pago, más intereses, obviando que no se ha generado conformidad ni opinión favorable sobre él, todo lo contrario.

73. A criterio de este Tribunal Arbitral, habiendo el PRONIS presentado los diversos documentos que refieren a las múltiples observaciones generadas a la presentación del Entregable 3, y no habiéndose demostrado por el CONSORCIO de todas y cada una de ellas fue levantada en su oportunidad, no resulta aceptable sostener que el Entregable 3 fue efectivamente presentado, en condiciones de culminado, a satisfacción del PRONIS, menos que era exigible el pago correspondiente que se demanda, máxime cuando no se ha generado la conformidad por parte de la Unidad de Preinversión, ni la opinión favorable de la OPI del GR, aspectos formales que el CONSORCIO destaca sostenidamente, pero que no aplica curiosamente en estos extremos de su demanda.
74. El Tribunal Arbitral pone especial atención que, en estas materias, la carga probatoria tiene un rol fundamental, porque al haber mediado observaciones por parte de la entidad, corresponde demostrar al consultor que cumplió con levantar todas y cada una de ellas de manera oportuna, carga probatoria que no ha sido observada en el presente caso. De manera correlativa, no habiéndose probado que se presentó el Entregable 3, levantándose las observaciones, menos corresponde disponer que se proceda a su pago, para lo cual es absolutamente indispensable una declaración de conformidad, la cual no fue extendida porque no se presentó un entregable culminado.
75. Por lo tanto, no corresponde que se ordene al PRONIS otorgar la conformidad al Entregable 2 (Primer Avance del PIP), dado que se sostiene que esta última es necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP), dado que dicha conformidad fue extendida y pagado el monto correspondiente a dicho entregable.

No habiéndose demostrado que el CONSORCIO haya entregado el Entregable 3 culminado, levantando las observaciones generadas, no habiendo de por medio una declaración de conformidad de la entidad, menos corresponde ordenar que el PRONIS proceda al Pago 2 (45% del total, conforme a la cláusula tercera del CONTRATO), por lo que al no haber exigibilidad de dicho pago por causa del CONSORCIO, carece de todo sustento que se ordene al PRONIS que proceda a reconocer y pagar intereses legales por un supuesto retraso en el pago.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

76. Por las consideraciones expresadas, tratándose de la tercera, cuarta y quinta pretensiones de la demanda, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declararlas infundadas.

Sobre la sexta y séptima pretensiones de la demanda:

77. Que, de no ampararse las dos pretensiones precedentes (relativas, según se entiende, a que se ordene al PRONIS que proceda al Pago 2 -45% del monto contractual- pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, por haberse cumplido con entregar el Entregable 3 culminado, más intereses legales), que se ordene al PRONIS pagar al CONSORCIO el importe económico de S/. 374,036.40 (Trescientos setenta y cuatro mil treinta y seis con 40/100 Soles), equivalente al 45% del monto contractual total, por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.
78. Que se ordene al PRONIS pagar al CONSORCIO el importe económico de S/. 45,445.16 (Cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco con 16/100 Soles), por concepto de indemnización por lucro cesante, esto es, por la utilidad neta dejada de percibir por la no realización del Entregable 4.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

79. Tratándose de la sexta pretensión demandada, el CONSORCIO demanda el pago de la suma equivalente al 45% del monto contractual, como pago indemnizatorio por daño emergente y lucro cesante, por cuanto el PRONIS recibió un servicio de consultoría ejecutado por el proveedor, habiéndose presentado el Entregable 2 (en rigor, debería entenderse que la referencia es al Entregable 3, el mismo que da origen la Pago 2, por S/. 374,036.40, 45% del monto contractual), situación que generó un innegable menoscabo económico en el CONSORCIO, el mismo que debe ser resarcido, daño patrimonial consistente en la inversión realizada por el CONSORCIO para la elaboración y presentación de respectivo entregable.
80. El CONSORCIO destaca que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida por el incumplimiento de un contrato, o por el perjuicio derivado de un acto no lícito, lo cual corresponde a un empobrecimiento, comprendiéndose los daños inmediatos como futuros, ya que las consecuencias no siempre serán inmediatas.

81. Tratándose de la séptima pretensión demandada, el CONSORCIO demanda el pago de S/. 45,445.16 por indemnización por lucro cesante, como utilidad dejada de percibir por la no realización del Entregable 4.
82. Se destaca en la demanda que el lucro cesante es la utilidad dejada de percibir o el no incremento del patrimonio del dañado, a diferencia del daño emergente que corresponde a un empobrecimiento; se está ante un impedimento de enriquecimiento legítimo.

Fundamentación por parte del PRONIS

83. Por su parte, en su escrito de contestación de la demanda, el PRONIS no se pronuncia estrictamente sobre estas dos pretensiones demandadas, habiéndose limitado a solicitar que las diversas pretensiones demandadas sean declaradas infundadas, enfocado su defensa en destacar la legitimidad de la resolución administrativa del CONTRATO y la ilegitimidad de la resolución contractual invocada posteriormente por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

84. Las dos pretensiones sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral corresponden a pretensiones indemnizatorias contractuales; en consecuencia, lo primero que debe analizarse es la procedencia de una pretensión de dicha naturaleza, para luego aplicar los respectivos conceptos al caso concreto.
85. Interesa nuevamente recurrir a DIEZ-PICAZO⁸ para fines de destacar lo siguiente:

“Los medios de defensa y protección del derecho de crédito son un conjunto de facultades o acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta, defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse. Se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una serie de actos de contravención del derecho, que, desde el punto de vista objetivo, y en orden a su tipicidad, pueden ser considerados como actos ilícitos, (...), más como quiera que el derecho subjetivo de crédito otorga a su titular el poder de decidir sobre los medios de defensa y de protección, la sanción prevista por el ordenamiento jurídico queda a su arbitrio.

(...)

De este modo, las medidas de protección, (...) son las siguientes:

- 1ra. *Las medidas de tutela preventiva del crédito.*

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., págs. 673 a 682.

- 2da. La pretensión de cumplimiento.
3ra. La ejecución forzada de la prestación.
4ta. El resarcimiento de los daños.
5ta. Las acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia.
6ta. Las especiales medidas de protección en los casos de relaciones obligatorias sinalagmáticas: la excepción de incumplimiento contractual y la resolución por incumplimiento.

(...)

*En los casos de incumplimiento definitivo, la relación jurídica de indemnización se presenta, además, como una forma de liquidación de la obligación anterior. **Elo quiere decir que las pretensiones que cada una de las partes podía esgrimir, especialmente en el caso de relaciones obligatorias sinalagmáticas, se convierten en partidas de la cuenta de cálculo de los daños, cuyo saldo determina el derecho del acreedor y el deber del deudor. Por ello, una vez establecida la cuantía de la indemnización, no pueden ya aquellas pretensiones ejercitarse independientemente***”.

Lo destacado con negrita es nuestro.

86. Conforme a lo anterior, se aprecia que una indemnización corresponde a una prestación sustituta ante el incumplimiento incurrido, incumplimiento que deriva en que el acreedor -como parte fiel afectada- haya optado por ejercer la correspondiente resolución del contrato, siendo que la indemnización adquiere naturaleza de *quid pro quo*, es decir, esto (dinero) por aquello (prestación).
87. Lo señalado anteriormente está plasmado en el derecho común nacional, en el Código Civil, el mismo que se aplica supletoriamente en materia de contrataciones con el Estado.

En efecto, de acuerdo a lo sancionado en los artículos 1219 y 1428 del Código Civil el acreedor tiene una serie de remedios frente a la materialización de la patología del incumplimiento, sea absoluto (incumplimiento total y definitivo) o relativo (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), pudiendo optar entre mantener el contrato y exigir su ejecución, más allá de las vías a las que recurra para ello, o resolverlo, pudiendo además demandar los respectivos daños y perjuicios.

Resulta manifiesto que una cosa es la indemnización por frustración del contrato, incumplimiento absoluto, y otra, la indemnización por la ejecución parcial, tardía o defectuosa.

En estos casos se aplica lo ya tratado anteriormente sobre las cargas, como situaciones jurídicas subjetivas de desventaja activa, a las que está sujeto el acreedor que desea mantener una titularidad o pretensión, porque no basta con que se invoque la existencia de daños, sino que los mismos deben probarse,

máxime cuando la indemnización es la prestación sustituta a la que era objeto del contrato resuelto. El artículo 1331 del Código Civil es concluyente: “La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

88. Conforme a lo anterior, la parte fiel del contrato, el acreedor afectado por el incumplimiento, sea absoluto o relativo, es quien opta por extinguir el vínculo por causa imputable al deudor (parte infiel), adquiriendo la legitimidad para demandar el pago de una indemnización por sus daños y perjuicios, tomando esta última como prestación sustitutoria, *quid pro quo*.
89. Sobre la base de lo señalado, en el presente caso, habiéndose desestimado la pretensión del CONSORCIO de tener por resuelto al CONTRATO por causa imputable al PRONIS, conforme a lo expresado mediante carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017, y siendo además que este Tribunal Arbitral también ha concluido que corresponde desestimar la pretensión del CONSORCIO de obtener una declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución administrativa del CONTRATO realizada por el PRONIS mediante carta Nro. 195-2017-PRONIS/CG, bajo registro notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017, debe concluirse que el CONSORCIO, como parte infiel del CONTRATO, a quien se resolvió el mismo por incumplimiento de sus obligaciones, carece de legitimidad para reclamar el pago de una indemnización por daños y perjuicios, siendo más bien pasible de una eventual requerimiento sobre ello por parte del PRONIS, en la medida que se cumplan con los presupuestos y requisitos correspondientes, aunque dicha materia escapa al conocimiento y competencia de este Tribunal Arbitral.
90. Conforme a lo anterior, carece de objeto y utilidad que este Tribunal Arbitral proceda a analizar la factibilidad de la reclamación interpuesta.

Empero, ello no es impedimento para destacar que en materia de la denominada responsabilidad civil contractual o por obligaciones voluntariamente asumidas, el acreedor, como parte fiel del CONTRATO, está sujeto no sólo a la carga de probar los daños invocados, sino a justificar su pretensión en función al cumplimiento de los requisitos de procedencia: antijuridicidad, daños, relación de causalidad y criterio de atribución, considerando que en materia de obligaciones sólo se indemnizan los daños previsibles si el incumplimiento proviene por culpa leve (que se presume relativamente), requiriéndose probar la culpa inexcusable o el dolo si se pretende una mayor cobertura reparatoria, por daños previsibles e

imprevisibles, temas sobre los cuales el escrito de demanda no contiene sustento o explicación alguna, menos medios probatorios.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

91. Por las consideraciones expresadas, tratándose de la sexta y séptima pretensiones de la demanda, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declararlas improcedentes.

Sobre la octava pretensión de la demanda:

92. Que se ordene al PRONIS que proceda a la devolución inmediata, a favor del CONSORCIO, de las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento, prevista en la cláusula séptima del CONTRATO y en el artículo 155 del REGLAMENTO (D.S. Nro. 184-2008-EF, aplicable por temporalidad).

Fundamentación por parte del CONSORCIO

93. El CONSORCIO destaca en su escrito de demanda que, no existiendo ya vínculo contractual alguno con el PRONIS, por haberse resuelto el CONTRATO, dicha entidad debe proceder a la evolución inmediata de las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento, prevista en la cláusula séptima del CONTRATO y en el artículo 155 del REGLAMENTO.

Fundamentación por parte del PRONIS

94. El PRONIS, en su escrito de contestación de la demanda, no se pronuncia estrictamente sobre esta pretensión, habiéndose limitado a solicitar, de manera general, que las diversas pretensiones demandadas sean declaradas infundadas, enfocado su defensa en destacar la legitimidad de la resolución administrativa del CONTRATO y la ilegitimidad de la resolución contractual invocada posteriormente por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

95. Atendiendo a lo expresado por el CONSORCIO, este Tribunal Arbitral destaca, en primer lugar, lo establecido en el fundamento normativo invocado.

Es así que la cláusula séptima del CONTRATO presenta el texto siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado, tratándose de una Micro y/o Pequeña empresa, “EL CONTRATISTA” autoriza la retención del 10% del monto contratado como Garantía de Fiel Cumplimiento,

disponiéndose dicha retención conforme a lo establecido en el artículo 155º del Reglamento”.

Por su parte, el señalado artículo 155 del REGLAMENTO establece lo siguiente:

*“Las bases del proceso de selección establecerán el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda.
En los casos en que resulte aplicable la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento, dicha retención se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.
(...)”.*

96. Conforme se aprecia, es la norma reglamentaria la que refiere, de manera general, a la devolución de la garantía.

No obstante, dicha norma debe interpretarse y aplicarse sistemáticamente, considerando, entre otros aspectos, lo dispuesto en los artículos 158, 164 y 170 del REGLAMENTO, conforme a los cuales la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta que se extienda la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta que quede consentida la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras, siendo ejecutables sólo hasta que la resolución administrativa por causa imputable al contratista haya quedado consentida, o cuando por laudo consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el respectivo contrato. Es así que, en el escenario de una resolución administrativa por incumplimiento, la ejecución de la respectiva garantía será sin perjuicio de la reclamación por los mayores daños y perjuicios irrogados a la correspondiente entidad.

97. Habiéndose desestimado, en el presente caso, la pretensión del CONSORCIO de tener por resuelto al CONTRATO por causa imputable al PRONIS (conforme a lo expresado mediante su carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017), y siendo además que este Tribunal Arbitral también ha concluido que corresponde desestimar la pretensión del CONSORCIO de obtener una declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución administrativa del CONTRATO realizada por el PRONIS (mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017), debe concluirse que para todo efecto legal la resolución contractual subsistente es la que en su momento invocó el PRONIS, la cual radica en una resolución

administrativa por incumplimiento del CONSORCIO de sus obligaciones contractuales.

Es así que carece de fundamento que el CONSORCIO exija que se proceda a la devolución de las retenciones dinerarias practicadas en su oportunidad, a título de garantía de fiel cumplimiento, dado que la resolución contractual que en su momento invocó no posee fundamento contractual ni legal; y es que, desde la óptica del CONSORCIO, de haberse aceptado la legitimidad de la resolución opuesta al PRONIS, la misma habría operado por causa imputable al PRONIS, por incumplimiento de la entidad, escenario en el cual hubiese correspondido devolver la garantía.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

98. Por las consideraciones expresadas, tratándose de la octava pretensión de la demanda, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declararla improcedente.

Sobre la novena y décima pretensiones de la demanda:

99. Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de cualquier penalidad impuesta por el PRONIS contra el CONSORCIO con relación al CONTRATO.
100. Que el PRONIS proceda al consecuente reembolso / devolución de cualquier penalidad impuesta contra el CONSORCIO, en caso esta última haya sido efectivamente deducida, en virtud del CONTRATO.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

101. El CONSORCIO destaca en su escrito de demanda que, habiendo resuelto el CONTRATO por causa imputable al PRONIS (conforme a lo expresado mediante su carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017), habiéndose observado el artículo 169 del REGLAMENTO, y siendo que sí presentó al PRONIS los Entregables 1 y 2, así como contestado las observaciones efectuadas a este último, solicita que el Tribunal Arbitral que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de cualquier penalidad impuesta por el PRONIS contra el CONSORCIO con relación al CONTRATO, debiendo dicha entidad proceder al reembolso/devolución de cualquier penalidad impuesta, en caso que la misma haya sido efectivamente deducida, incluyéndose los respectivos intereses legales devengados o por devengar.

Fundamentación por parte del PRONIS

102. El PRONIS, en su escrito de contestación de la demanda, tampoco se pronuncia estrictamente sobre esta pretensión, habiéndose limitado a solicitar, de manera general, que las diversas pretensiones demandadas sean declaradas infundadas, enfocado su defensa en destacar la legitimidad de la resolución administrativa del CONTRATO y la ilegitimidad de la resolución contractual invocada posteriormente por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

103. Atendiendo a lo expresado por el CONSORCIO, este Tribunal Arbitral destaca lo establecido en el CONTRATO sobre el régimen de penalidades, remitiéndose a sus cláusulas décimo segunda (Penalidades) y décimo tercera (Otras penalidades), las que regulan los supuestos específicos para la aplicación de las penalidades y su fórmula o concepto para fines de su liquidación.
104. Este Tribunal Arbitral destaca que la novena pretensión demandada es demasiado amplia y general, al solicitar una declaración arbitral en el sentido que no corresponde al PRONIS imponer penalidades al CONSORCIO; en otras palabras, y conforme a lo tratado en la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, este extremo de la demanda se sustenta en la premisa que el CONSORCIO habría cumplido sus obligaciones, a diferencia del PRONIS, por lo que no sólo no se justificaría la imposición de penalidades a su cargo, sino que se encontraría legitimada la resolución contractual invocada por el propio actual demandante, el CONSORCIO.

Conforme a lo anterior, el CONSORCIO no identifica clara y puntualmente qué penalidades estima que no corresponden ser aplicadas por no haber incurrido en el supuesto de hecho que legitima su aplicación, o destacando cuáles son las razones por las que la ENTIDAD pretendería aplicarse tales penalidades, y por qué ello no correspondería finalmente.

Por consiguiente, el CONSORCIO no ha observado la elemental carga probatoria a su cargo como parte actora en el presente proceso, lo cual es ya suficiente para desestimar tanto su novena como su décima pretensión, dado que ambas pretensiones se encuentran estrechamente asociadas, dependiendo la segunda de lo que se resuelva en la primera de las mencionadas.

105. Este Tribunal Arbitral debe destacar que, por su parte, el PRONIS no ha observado con la rigurosidad del caso su deber de colaboración para fines de esclarecimiento de los hechos y obtención de una resolución que ponga término efectivo a las discrepancias existentes entre las partes, siendo que en su escrito

de contestación de la demanda no expresa descargo frente a las pretensiones bajo análisis.

106. De acuerdo a lo tratado en la señalada Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, del 29 de noviembre de 2019, el PRONIS refirió expresamente a la aplicación de la penalidad, prevista en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, por haber incurrido el CONSORCIO en la infracción identificada como *“El personal del Equipo Técnico del Proyecto no asiste a las reuniones convocadas por el Programa”*, que se aplica por profesional y ocurrencia, en razón de cada reunión convocada, ascendente al 1% del monto de pago del entregable en curso.
107. Conforme fue examinado en su oportunidad por este Tribunal Arbitral, al analizar lo relativo a la primera y segunda pretensiones de la demanda, tratándose del Entregable 3, el 9 de agosto de 2017, mediante carta Nro. 144-2017-PRONIS-UAF, el PRONIS informó al CONSORCIO que, de acuerdo a lo informado por la Unidad de Preinversión, el Entregable 3 estaba en condición de observado, por lo que se requería al CONSORCIO que procediera a la subsanación integral de las respectivas observaciones en un plazo no mayor de diez (10) días calendario. Mediante correo electrónico del 24 de agosto de 2017, el PRONIS remitió la programación de las reuniones de coordinación con los especialistas de estructuras, eléctricas, comunicaciones, mecánicas y sanitarias, las que se desarrollarían entre el 28 de agosto y el 26 de setiembre de 2017. Es así que, el 26 de setiembre de 2017, mediante carta Nro. 012-2017-PRONIS/UP, haciendo referencia a las reuniones sostenidas el 6 y 7 de setiembre de 2017 entre el personal técnico del PRODIS con los representantes del CONSORCIO, para revisar las observaciones al Entregable 3, el PRONIS destaca que dichos representantes no se encuentran registrados -dentro del expediente de contratación- como profesionales que conformen el equipo técnico del CONSORCIO, por lo que para todo efecto se considera la no asistencia del CONSORCIO a las señaladas reuniones, lo que ameritaría la imposición de las penalidades correspondientes, conforme al CONTRATO y a los TDR.
108. Según la explicación proporcionada por el CONSORCIO en la Audiencia Única señalada anteriormente, sin negar que no se hubiese seguido el procedimiento contractual para la sustitución de personal, en algunos casos inclusive no se asistió a las reuniones porque se estimaba que los profesionales presentados por el PRONIS no contaban con la preparación y/o experiencia suficiente para los fines del CONTRATO, o porque sus observaciones eran formales antes que sustanciales.

109. De acuerdo a los documentos que obran en el expediente, se aprecia que el PRONIS también habría postulado que el Entregable 3 fue presentado por el CONSORCIO fuera del plazo correspondiente; de ser así, bajo la presunción relativa legal de causa imputable, se entiende que se devengaría también la respectiva penalidad, conforme a la cláusula décimo segunda del CONTRATO. El CONSORCIO no ha cuestionado directamente ello, empero, cuestiona que el PRONIS no extendió la conformidad respecto del Entregable 2 conforme a lo pactado, por lo que no se activó el plazo para la presentación del Entregable 3. En buena cuenta, aunque no lo afirma de manera directa, se entendería que no habría presentación fuera del plazo del Entregable 3 porque no estaba corriendo el plazo para dicho efecto.
110. Este Tribunal Arbitral considera que no habiendo señalado el CONSORCIO cuáles penalidades no le serían aplicables, ni por qué, y siendo que tampoco lo ha asociado a destacar que sí habría cumplido, oportuna y adecuadamente, con la correspondiente actividad a su cargo, debe concluirse que corresponde desestimar estas pretensiones de la demanda, al no haberse justificado la razón por la cual sería nula y/o improcedente y/o ineficaz la imposición de una determinada penalidad, como consecuencia de lo cual correspondería el reembolso o devolución de cualquier penalidad ya impuesta en virtud del CONTRATO.
111. Sobre dicho particular, debe tenerse presente que corresponde a la parte demandante o actora fundamentar y demostrar los hechos que sustentan sus pretensiones, carga procesal que al ser inobservada afecta directamente al sujeto a ella, esto es, al CONSORCIO.
112. Por último, este Tribunal Arbitral debe también destacar que la imposición de penalidades es un tema estrechamente relacionado al incumplimiento de obligaciones por parte del CONSORCIO, siendo que ya ha sido desestimada la pretensión del CONSORCIO de obtener una declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución administrativa del CONTRATO realizada por el PRONIS mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017, y de manera correlativa, el Tribunal Arbitral ha estimado que la supuesta resolución contractual invocada por el CONSORCIO carece de todo sustento jurídico, no solo porque la presunta obligación incumplida por el PRONIS no era tal, sino porque además la conformidad y pago del Entregable 2 ya se había verificado finalmente, debiéndose además considerar que, por estar en falta contractual (respecto al Entregable 3), en incumplimiento, el CONSORCIO carecía de legitimidad para resolver, al no ser parte fiel.

Conforme a ello, estas dos pretensiones de la demanda se asocian a que se hubiese reconocido como válida, productora de efectos extintivos, a la resolución contractual invocada por el CONSORCIO mediante carta notarial

Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017. Empro, por las razones ampliamente sustentadas por este Tribunal Arbitral, no es posible admitir la viabilidad jurídica de la pretendida resolución contractual del CONSORCIO.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

113. Por las consideraciones expresadas, tratándose de la novena y décima pretensiones de la demanda, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declararlas infundadas.

Sobre la undécima pretensión de la demanda:

114. Que se ordene al PRONIS que proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

115. Aunque en la relación taxativa contenida en su demanda, el CONSORCIO plantea esta undécima pretensión, con autonomía respecto de otras; sin embargo, del contenido del señalado escrito de demanda (página 11), se advierte que la parte demandada asocia esta pretensión a la precedente, en cuanto afirma lo siguiente: *“(...) debiendo en su caso proceder éste (sic) último organismo consecuente (sic) reembolso / devolución de cualquier penalidad impuesta contra el consorcio recurrente, en caso ésta (sic) última haya sido efectivamente deducida, ello incluyendo los respectivos intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar”*.

116. No hay mayor referencia ni sustento a la fundamentación de la pretensión en cuestión.

Fundamentación por parte del PRONIS

117. El PRONIS, en su escrito de contestación de la demanda, no se pronuncia sobre esta pretensión, habiéndose limitado a solicitar, de manera general, que las diversas pretensiones demandadas sean declaradas infundadas, enfocado su defensa en destacar la legitimidad de la resolución administrativa del CONTRATO y la ilegitimidad de la resolución contractual invocada posteriormente por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

118. El Tribunal Arbitral tiene la firme convicción que esta undécima pretensión es una pretensión de carácter accesorio a la novena y décima pretensiones de la demanda, dado que lo que pretende el CONSORCIO es que se declare que no corresponde aplicarle penalidad alguna por parte del PRONIS, por lo que se le debe reembolsar o devolver el importe derivado de cualquier penalidad que le hubiese sido impuesta, en caso que el mismo haya sido efectivamente deducido, reembolso o devolución que sería sin perjuicio de los correspondientes intereses legales, devengados o por devengarse.
119. Una pretensión accesorio debe ser amparada de manera automática por el solo hecho que la pretensión principal, de la cual depende, también sea amparada en el proceso seguido. Ello explica, además, que la parte demandante no haya expresado mayor fundamentación al invocar la pretensión bajo análisis.
120. Conforme a lo anterior, habiéndose desestimado la novena y décima pretensiones, conforme a las cuales se reclamaba que se declare que no corresponde aplicar penalidad alguna al CONSORCIO por parte del PRONIS y, por consiguiente, que corresponde reembolsar o devolver el importe derivado de cualquier penalidad que ya hubiese sido impuesta, en caso que el mismo haya sido efectivamente deducido, igual suerte sigue a la pretensión accesorio conforme a la cual dicho reembolso o devolución debe verificarse con el pago de los intereses legales devengados, así como por los por devengarse, a que hubiere lugar.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

121. Por las consideraciones expresadas, tratándose de la undécima pretensión de la demanda, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declararla infundada.

Sobre la duodécima pretensión de la demanda:

122. Que se ordene al PRONIS el pago íntegro de las costas y costos respectivos.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

123. Conforme al escrito de demanda, esta última pretensión principal radica en solicitar que el Tribunal Arbitral condene al PRONIS al pago íntegro de las costas y costos del presente proceso arbitral. Y para ello, el CONSORCIO destaca que ha sido el actuar (incumplimiento) y conducta procedimental (resolución) del PRONIS lo que lo ha obligado a acudir al mecanismo de solución de controversias (arbitraje), conforme a las normas pertinentes de la LEY y de REGLAMENTO.

Fundamentación por parte del PRONIS

124. El PRONIS, en su escrito de contestación de la demanda, no se pronuncia sobre esta pretensión, habiéndose limitado a solicitar, de manera general, que las diversas pretensiones demandadas sean declaradas infundadas, enfocado su defensa en destacar la legitimidad de la resolución administrativa del CONTRATO y la ilegitimidad de la resolución contractual invocada posteriormente por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Tribunal Arbitral

125. El Tribunal Arbitral ha verificado que la cláusula décima séptima del CONTRATO, que regula lo relativo a la solución de controversias, carece de una disposición específica sobre el régimen de asunción de costos y costas, de manera que ello queda librado finalmente a lo que se resuelva en sede arbitral.
126. Por consiguiente, corresponde tenerse en consideración lo establecido en los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje:

*“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.
Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. **A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.** (...).”*

*“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.
El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. **A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.** Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”*

Lo destacado en negrita es nuestro.

127. Atendiendo a que, finalmente, la cuestión controvertida generada entre las partes radica en un conjunto de pretensiones del CONSORCIO, las mismas que han sido desestimadas, y considerando la conducta procesal desplegada, el Tribunal Arbitral concluye que corresponde que el CONSORCIO asuma íntegramente el pago de los gastos del proceso (entendiéndose por estos a los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral del CENTRO) derivados del presente proceso arbitral, reembolsando lo pertinente al PRONIS,

siendo además que cada parte asumirá por su cuenta lo relativo a sus respectivos gastos relativos a su defensa (entendiéndose por estos a los honorarios de abogados y demás asesores).

128. Sin perjuicio de lo señalado, se deja constancia que por haber sido el PRONIS parte reacia a pagar los gastos del proceso en la proporción que le correspondía, el CONSORCIO pagó finalmente, por subrogación, dicha parte de los gastos, por lo que en estricto no tendría que realizarse reembolso alguno.

Conclusión del análisis del Tribunal Arbitral

129. Por las consideraciones expresadas, este extremo de la demanda debe también desestimarse, disponiéndose más bien que el CONSORCIO asuma el pago del íntegro de las costas derivadas del presente proceso arbitral, siendo que cada una de las partes asumirá sus respectivos costos u honorarios de abogados y demás asesores.

CONSIDERACIONES FINALES:

130. De manera previa a la expedición de su resolución final y definitiva sobre las materias sometidas a su conocimiento, este Tribunal Arbitral estima pertinente dejar expresa constancia de lo siguiente:
- 130.1 El presente arbitraje se constituyó de acuerdo a lo pactado por las partes en el CONTRATO, siendo de carácter nacional, de derecho e institucional, bajo administración del CENTRO.
 - 130.2 No se presentó cuestionamiento alguno a la competencia del Tribunal Arbitral, ni recusación contra sus miembros.
 - 130.3 La demanda y su contestación se presentaron dentro de los plazos establecidos.
 - 130.4 Ambas partes han tenido plena y amplia oportunidad para ejercer su derecho de defensa, ofrecer y actuar sus medios probatorios, sin restricciones en cuanto la oportunidad de presentación, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive, de informar oralmente sobre hechos y el derecho, habiendo sido oportuna y válidamente notificados de todos y cada uno los actos realizados y de las resoluciones expedidas por el Tribunal Arbitral, habiéndose respetado en general al debido proceso como garantía jurisdiccional que orienta y ordena al arbitraje.

- 130.5 Se han considerado para efectos de laudar todos y cada uno de los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas y cada una de las pruebas efectivamente presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión final es el resultado de dicho análisis y de la firme convicción del Tribunal Arbitral sobre los alcances de la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos invocados por las partes no hayan sido expresamente mencionados o citados en la presente Decisión.
- 130.6 Conforme a las normas del CENTRO, los honorarios arbitrales y gastos administrativos fueron oportunamente liquidados y pagados.
- 130.7 Se ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en las reglas del presente proceso arbitral.

SE RESUELVE:

131. Por los fundamentos enunciados en la parte considerativa del presente Laudo, respecto a cada una de las diversas materias sometidas por las partes a su conocimiento, el Tribunal Arbitral resuelve de manera final, definitiva e inapelable conforme a lo siguiente:
- 131.1 **DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde declarar la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución contractual realizada por el PRONIS mediante carta notarial Nro. 23448, notificada el 8 de noviembre de 2017.
- 131.2 **DECLARAR INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde reconocer la pretendida resolución contractual efectuada por el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 30877-2017, notificada el 9 de noviembre de 2017.
- 131.3 **DECLARAR INFUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde instar al PRONIS para que, a través de su Unidad de Preinversión, emita la conformidad al Entregable 2 (Primer Avance del PIP), lo que se reclama por considerarse necesaria para computar el plazo de presentación del Entregable 3 (Segundo Avance del PIP).
- 131.4 **DECLARAR INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que

proceda al Pago 2 (45% del total) pactado en la cláusula tercera del CONTRATO, lo que se reclama por considerarse que el CONSORCIO cumplió con entregar el Entregable 3 culminado.

- 131.5 **DECLARAR INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que proceda al reconocimiento y pago de los intereses legales generados por el retraso en el Pago 2, generados desde el momento en que debió pagarse hasta la fecha efectiva de su pago.
- 131.6 **DECLARAR IMPROCEDENTE LA SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 374,036.40 (Trescientos setenta y cuatro mil treinta y seis con 40/100 Soles), equivalente al 45% del monto contractual total, por concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante.
- 131.7 **DECLARAR IMPROCEDENTE LA SÉTIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 45,445.16 (Cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco con 16/100 Soles), por concepto de indemnización por lucro cesante.
- 131.8 **DECLARAR IMPROCEDENTE LA OCTAVA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que proceda a la devolución inmediata, a favor del CONSORCIO, de las retenciones efectuadas por concepto de garantía de fiel cumplimiento.
- 131.9 **DECLARAR INFUNDADA LA NOVENA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde declarar la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de cualquier penalidad impuesta por el PRONIS contra el CONSORCIO con relación al CONTRATO.
- 131.10 **DECLARAR INFUNDADA LA DÉCIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que proceda al reembolso y/o devolución de cualquier penalidad impuesta contra el CONSORCIO, en caso esta última haya sido efectivamente deducida, en virtud del CONTRATO.
- 131.11 **DECLARAR INFUNDADA LA UNDÉCIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.

- 131.12 **DECLARAR INFUNDADA LA DUODÉCIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar al PRONIS que proceda al pago del íntegro de costas y costos relativos al presente proceso arbitral, disponiéndose que el CONSORCIO, como parte vencida, asuma íntegramente el pago de los gastos del proceso (esto es, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral), siendo además que cada parte asumirá por su cuenta lo relativo a sus respectivos gastos relativos a su defensa (esto es, los honorarios de abogados y demás asesores).
132. Encargar a secretaria arbitral que proceda a notificar a las partes del presente Laudo conforme a las disposiciones reglamentarias del CENTRO, y de la propia normativa sobre contratación pública, sin perjuicio de registrarse el mismo en el SEACE.



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA
Presidente



MILAGROS MARAVÍ SUMAR
Árbitro



LUIS MANUEL JUÁREZ GUERRA
Árbitro