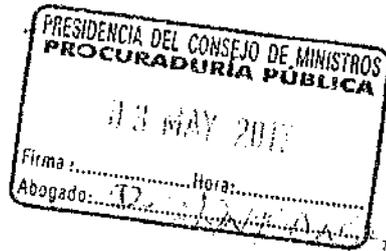




Lima, 3 de mayo de 2017



Señores
AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSIÓN
Calle Schell N° 310, Piso 11
Miraflores.-

Att.: Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

Ref.: Caso Arbitral N° 0062-2016-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho, emitido por el Tribunal Arbitral el 2 de mayo de 2017 y depositado en el Centro de Arbitraje el 2 de mayo de 2017.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


María Isabel Simko Stangret
Secretaria Arbitral

M 5

2017 FEB 2 PM 5 53

2017 FEB 2 PM 5 53

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Consorcio Deloitte-Sener (En adelante, CONSORCIO).

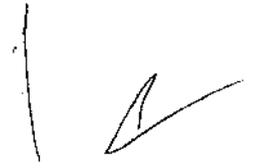
DEMANDADO: Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversión (En adelante, PROINVERSIÓN)

TIPO DE ARBITRAJE: INSTITUCIONAL, NACIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL: Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro de parte)
Franz Kundmüller Caminiti (Árbitro de parte)

SECRETARIA ARBITRAL: María Isabel Simko Stangret

SEDE ARBITRAL: Av. Giuseppe Garibaldi N° 396, Jesús María.



1

50

CASO ARBITRAL. 0062-2016-CCL SEGUIDO POR CONSORCIO DELOITTE-
SENER CONTRA LA AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA - PROINVERSIÓN

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 7

Lima, 2 de mayo de 2017

El Tribunal Arbitral, conformado por el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan, en su calidad de Presidente, el abogado Fernando Cantuarias Salaverry y el abogado Franz Kundmüller Caminiti, en calidad de árbitros (en adelante, el Tribunal Arbitral), luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia sometida a su conocimiento.

DECLARACIÓN. -

1. El Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente.




EL CONVENIO ARBITRAL. -

3. El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Novena del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN <CONTRATACIÓN DE LA ASESORIA INTEGRAL PARA LA INICIATIVA PRIVADA CONFINANCIADA "SISTEMA DE TRANSPORTE RÁPIDO MASIVO DEL TIPO MONORRIEL EN EL ÁREA METROPOLITANA DE AREQUIPA"> (en adelante, EL CONTRATO) que celebraron el 16 de abril de 2014, de una parte CONSORCIO y, de la otra parte PROINVERSIÓN, en la cual se señalaba lo siguiente:

"Cláusula Novena: Solución de Controversias.

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

- 58
4. En ese sentido, el presente arbitraje es de tipo Institucional, nacional y de derecho, bajo el cual las partes resolverán cualquier controversia derivada de EL CONTRATO antes citado.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL.-

5. Conforme a lo establecido en el Acta de Reglas del Proceso, la ley aplicable al fondo de la controversia será la ley peruana.
6. Asimismo, son de aplicación al presente proceso arbitral, las reglas procesales establecidas por las partes, y las demás normas que fueran competentes. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma al Arbitraje.

ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL.-

7. Mediante la Resolución N° 1, el Tribunal Arbitral se instaló válidamente según las reglas de dicha Resolución y otorgó al Consocio Deloitte – SENER un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda.
8. Con fecha 25 de julio de 2016, y dentro del plazo establecido en la Resolución N° 1, CONSORCIO presenta su demanda arbitral cuyas pretensiones fueron las siguientes:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que en vía de PROCEDIMIENTO ARBITRAL conducido por el Tribunal Arbitral debidamente instalado, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 01 (Reglas del Proceso) de fecha 23 de junio de 2016, interponemos DEMANDA ARBITRAL contra la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN, para que cumpla con otorgar la conformidad total de los Informes 3-B, 3-C y 4 entregados formalmente dentro del plazo contractual establecido, en el marco del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN, derivado del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, REGLAMENTO DE PROINVERSIÓN,

*R*₄

para la Contratación de la Asesoría Integral para la Iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte rápido Masivo del Tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa", suscrito el 16 de abril de 2014.

PRETENSIÓN PRINCIPAL ALTERNATIVA

Que, de no declararse fundada la Pretensión Principal, se ordene a la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN, que reconozca las prestaciones recibidas sin reservas y a satisfacción, y en vía de indemnización, pague al CONSORCIO DELOITTE – SENER la suma de USD 507,079.58 (Quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 Dólares Americanos), más los intereses legales que correspondan de acuerdo a Ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva, por los Informes 3-B, 3-C y 4, formalmente entregados dentro del plazo contractual establecido, y cuyas contraprestaciones económicas individualmente ascienden a la sumas de USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y USD 278,075.90 (Doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos); respectivamente.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, como consecuencia del otorgamiento de la conformidad a los Informes 3-B, 3-C y 4, se le ordene a la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN el pago total de los mismos, ascendentes a la sumas de USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y USD 278,075.90 (Doscientos

setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos); respectivamente, lo que totaliza una suma de USD 507,079.58 (Quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 Dólares Americanos), más los intereses legales que correspondan de acuerdo a Ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA

Que se cumpla con la devolución de la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento, correspondiente a las siguientes Cartas Fianzas:

- i. Carta Fianza N° G706871, por un monto de USD 53,161.57 (Cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 Dólares Americanos), emitida por el Banco de Crédito del Perú - BCP.
- ii. Carta Fianza N° 001-0708-9800071603-59, por un monto de USD 57,250.62 (Cincuenta y siete mil doscientos cincuenta con 62/100 Dólares Americanos), emitida por el BBVA Banco Continental.
- iii. Carta Fianza N° 10522473-000, por un monto de USD 53,161.57 (Cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 Dólares Americanos), emitida por el Banco Scotiabank.

Indicamos que las cartas fianzas antes detalladas, mantienen como plazo de vigencia hasta el 30 de noviembre de 2016.

TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA

Que la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN, sea condenada al pago de los COSTOS y las COSTAS que han irrogado la puesta en marcha del presente mecanismo de solución de controversias, más los intereses legales que correspondan de acuerdo a Ley hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva.

9. La demanda fue notificada a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION el 27 de julio de 2016.
10. Con fecha 26 de agosto de 2016, PROINVERSIÓN cumplió con presentar su escrito de Contestación de Demanda y solicita al Tribunal Arbitral declare infundadas las pretensiones de CONSORCIO.
11. Mediante la Resolución N° 3 de fecha 25 de noviembre de 2016, el Tribunal Arbitral fija los puntos controvertidos del proceso arbitral, conforme se detalla a continuación:

“Primera Pretensión Principal:

- a. *Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que cumpla con otorgar la conformidad total de los informes 3-B, 3-C y 4 entregados formalmente dentro del plazo contractual establecido, en el marco del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN, derivado del Concurso Público N° 002 2014-PROINVERSIÓN, Reglamento de Proinversión, para la contratación de la Asesoría Integral para la Iniciativa Privada Cofinanciada “Sistema de Transporte rápido Masivo del Tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa” suscrito el 16 de abril de 2014.*

Pretensión Principal Alternativa:

- b. *Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que reconozca las prestaciones recibidas sin reservas y a satisfacción, y en vía de indemnización pague al Consocio Deloitte – SENER la suma de USD 507,079 58 (quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 dólares americanos) más los*

1 ✓
2

55

intereses legales que correspondan de acuerdo a ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva, por lo informes 3-B, 3-C y 4, formalmente entregados dentro del plazo contractual establecido, y cuyas contraprestaciones económicas individualmente ascienden a la suma USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 278,075.90 (doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 dólares americanos); respectivamente.

Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal:

- c. Determinar si corresponde, como consecuencia del otorgamiento de la conformidad a los Informes 3-B, 3-C y 4, ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN el pago total de los informes, ascendentes a la suma de USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 278,075.90 (doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 dólares americanos); respectivamente, lo que totaliza una suma de USD 507,079.58 más los intereses legales que correspondan de acuerdo a ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva.

Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Alternativa.

- d. Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que cumpla con la devolución de la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento correspondiente a las siguientes cartas fianzas:

- i. Carta Fianza N° G706871, por un monto de USD 53,161.57 (cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 dólares americanos), emitido por el Banco de Crédito del Perú – BCP.
- ii. Carta Fianza N° 001-0708-9800071603-59, por un monto de USD 57,250.62 (cincuenta y siete mil doscientos cincuenta con 62/100 dólares americanos) emitida por el BBVA Banco Continental.
- iii. Carta Fianza N° 10522473-000, por un monto de USD 53,161.57 (cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 dólares americanos), emitida por el Banco Scotiabank.

Tercera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal y Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Alternativa:

e. Determinar si corresponde ordenar a alguna de las partes del presente arbitraje el pago de las costas y costos que han irrogado la puesta en marcha del presente mecanismo de solución de controversias, más los intereses legales que correspondan de acuerdo a ley hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva”.

12. Con fecha 5 de diciembre de 2016, se llevó a cabo una audiencia especial donde las partes hicieron uso de la palabra para sustentar su posición respecto de los hechos, pruebas y derechos que se discuten en el presente arbitraje, y respondiendo las preguntas del Tribunal Arbitral.
13. Con fecha 22 de diciembre de 2016, en presencia del Tribunal Arbitral y de las partes, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la que se otorgó el uso de la palabra a los representantes de las partes a efectos de que sustenten sus conclusiones sobre la controversia, quienes informaron y respondieron preguntas del colegiado. Asimismo, el Tribunal Arbitral dispuso que las partes presenten su escrito de alegatos y conclusiones finales el 16 de enero de 2017.
14. En la indicada fecha las partes cumplieron con presentar sus escritos de alegaciones y conclusiones finales.
15. Mediante la Resolución N° 5, de fecha 24 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar, de conformidad con los artículos 47° y 55° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
16. Finalmente, Resolución N° 6, de fecha 22 de marzo de 2017, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para laudar, con vencimiento el 3 de mayo de 2017.

MONTOS Y FORMA DE PAGO DE LOS HONORARIOS ARBITRALES Y SECRETARIALES A CARGO DE LAS PARTES..

17. De conformidad con el Título II del Reglamento de Aranceles y Pagos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y tomando en cuenta la cuantía establecida por las partes, se fijó como honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 43,711.90 (Cuarenta y tres mil, setecientos once con

90/100 Soles) más IGV y, como gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la suma de S/. 13,303.22 (Trece mil, trescientos tres con 22/100 Soles) más IGV, precisando que cada parte debía pagar el cincuenta por ciento (50%) de dichos montos, en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de notificado el Acta de Instalación.

18. Asimismo, precisó que cualquier asunto vinculado con la liquidación y el pago a ser efectuados debían realizarse directamente a la Secretaría en la Sede General, los mismos que serían resueltos por el Centro de Arbitraje.

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES CONTRACTUALES. -

19. Mediante acuerdo del Comité PROINVERSIÓN PÚBLICA N° 39-1-2014-IPC MONORRIEL del 04 de febrero de 2014, y mediante Acuerdo del COMITÉ PROINVERSIÓN N° 369-1-2014-IPC MONORRIEL del 05 de febrero de 2014, se aprobó llevar a cabo el Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, para la *"Contratación de la Asesoría integral para la iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte Rápido Masivo del tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa"*.

20. Con fecha 17 de marzo de 2014, PROINVERSIÓN otorgó al CONSORCIO la Buena Pro del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, para la *Contratación de la Asesoría integral para la iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte Rápido Masivo del tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa"*, por una suma ascendente a USD 1'386,220.86 (Un millón trescientos ochenta y seis mil doscientos veinte con 86/100 Dólares Americanos), más el Impuesto General a las Ventas.

21. El 16 de abril de 2014 las partes formalizaron la suscripción del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN para la *Contratación de la Asesoría integral para la iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte Rápido Masivo del tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa"*.

22. Conforme a las Bases del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, la contratación consistía en la prestación de *asesoramiento especializado en*

la revisión y evaluación exhaustiva al estudio de Preinversión en relación al proyecto de iniciativa Privada Cofinanciada, destinada al desarrollo de una solución al transporte público en la ciudad de Arequipa, consignándose como plazo contractual de trescientos cincuenta (350) días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de suscripción, conforme lo dispuesto en la CLÁUSULA CUARTA, sobre "PLAZO" del CONTRATO.

23. De conformidad al numeral 2.2) de la CLÁUSULA SEGUNDA del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN, referido al "OBJETO Y ALCANCES DE LOS SERVICIOS", se estableció que los servicios se organizarían en las siguientes tres fases: "i) Fase de Estudios de Preinversión, ii) Fase de definición de la modalidad de ejecución y iii) Fase de Promoción y Concurso"
24. Dentro de la primera Fase de Estudios de Preinversión, con fecha 11 de abril de 2014, CONSORCIO entregó a PROINVERSIÓN, mediante la Carta N° S/N, el Informe N° 01 que consistía en el Plan de Trabajo, Entregable N° 01 de acuerdo con el numeral 4.2, de la CLÁUSULA CUARTA del CONTRATO, referida al plazo.
25. En función a la entrega del Informe N° 01, CONSORCIO entregó a PROINVERSIÓN el 27 de junio de 2014, la Factura N° 002-0009365, por una suma ascendente a USD 130,859.25. PROINVERSIÓN cumplió con cancelar dicho comprobante de pago el 15 de julio de 2014.
26. Con fecha 14 de abril de 2014, CONSORCIO remitió a PROINVERSIÓN las Cartas Fianzas por Garantía de Fiel Cumplimiento en mérito al CONTRATO.
27. Con fecha 22 de abril de 2014, CONSORCIO entregó a PROINVERSIÓN el Informe N° 02, consistente en la revisión del Módulo de Identificación del Estudio de Pre-Inversión del Proyecto.
28. En función a la entrega del Informe N° 02, CONSORCIO entregó a PROINVERSIÓN el 27 de junio de 2014, la Factura N° 002-0009364, por una suma ascendente a USD 130,859.25 (Ciento treinta mil ochocientos cincuenta y nueve con 25/100 Dólares Americanos). PROINVERSIÓN cumplió con cancelar dicho comprobante de pago el 16 de julio de 2014.

- 29. Con fecha 02 de junio de 2014, las partes suscribieron la Adenda N° 01, respecto del CONTRATO, celebrado el 16 de abril de 2016, estableciéndose de esa manera un nuevo cronograma de Entregables, así como la modificación y creación de nuevas obligaciones contractuales para las partes. De manera que se modificaron los plazos máximos para la entrega del Informe N° 3 y, a su vez, éste fue dividido en tres informes: el Informe N° 3-A, el Informe N° 3-B y el Informe N° 3-C.
- 30. Con esa Adenda, los informes 3-A, 3-B, 3-C y el Informe N° 4 se vincularon a la conformidad de los hitos establecidos en el estudio de Pre-Inversión propuesto por la empresa privada.
- 31. El 28 de octubre de 2014 se dio la conformidad y pase al hito 4 con lo cual CONSORCIO tenía hasta el 11 de noviembre de 2014 para presentar el Informe N° 3-A, cumpliendo éste con presentarlo en dicha fecha. PROINVERSIÓN cumplió con el pago respectivo.
- 32. EL 18 de diciembre de 2014 se dieron las conformidades a los hitos 5 y 6, con lo cual se generó la obligación de CONSORCIO de presentar hasta el 6 de enero de 2015 los Informes N° 3-B y N° 3-C.
- 33. La presente controversia arbitral deriva de la discrepancia de las partes respecto al cumplimiento o no de las entregas correspondientes a los informes 3-A, 3-B, 3-C y el Informe N° 4 en los términos exigidos en el CONTRATO, así como a si éstos fueron o no observados, y si dichas observaciones fueron o no subsanadas.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS. -

34. En concordancia con lo señalado en la Resolución N° 03, el Tribunal Arbitral precisó que la enumeración de los puntos controvertidos es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial, la cual no limita el orden del análisis que realizará respecto de la controversia y las pretensiones planteadas en el arbitraje. Asimismo, se reitera que el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar las cuestiones que son materia de pronunciamiento en un orden distinto del orden en el que están señalados al fijarse los puntos controvertidos. Igualmente, si al momento de referirse a alguna de las materias de pronunciamiento, llega a determinarse que carece

de objeto pronunciarse sobre otras con las que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estas otras, expresando las razones de tal omisión.

De la Pretensión Principal de la Demanda y del Primer Punto Controvertido.

35. Como se indicó en el punto 8 de este Laudo, la Pretensión Principal de la Demanda es la siguiente:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que en vía de PROCEDIMIENTO ARBITRAL conducido por el Tribunal Arbitral debidamente instalado, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 01 (Reglas del Proceso) de fecha 23 de junio de 2016, interponemos DEMANDA ARBITRAL contra la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN, para que cumpla con otorgar la conformidad total de los Informes 3-B, 3-C y 4 entregados formalmente dentro del plazo contractual establecido, en el marco del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN, derivado del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, REGLAMENTO DE PROINVERSIÓN, para la Contratación de la Asesoría Integral para la Iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte rápido Masivo del Tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa", suscrito el 16 de abril de 2014".

36. El primer punto controvertido consiste en:

"Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que cumpla con otorgar la conformidad total de los informes 3-B, 3-C y 4 entregados formalmente dentro del plazo contractual establecido, en el marco del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN, derivado del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, Reglamento de Proinversión, para la contratación de la Asesoría Integral para la Iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte rápido Masivo del Tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa" suscrito el 16 de abril de 2014".

POSICIÓN DE CONSORCIO. -

- 37. En relación a este punto controvertido, a lo largo del presente proceso arbitral, CONSORCIO ha sostenido, en síntesis, lo que se expone en los puntos siguientes.
- 38. Refiere que mediante la Carta N° SP-0155-14, de fecha 03 de diciembre de 2014, facilitó a PROINVERSIÓN la Ayuda Memoria N° 02, la cual desarrollaba las Actividades del Asesor para los estudios de brecha Oferta-Demanda.
- 39. Añade que, con el Acta de Reunión Técnica, suscrita el 18 de diciembre de 2014, PROINVERSIÓN aprobó el Hito N° 05 "Análisis Técnico de la Alternativa de Solución", quedando de esa manera expedito el inicio del Hito N° 06 "Análisis de Costos de la Alternativa de Solución".
- 40. Señala que, con fecha 06 de enero de 2015, remitió a PROINVERSIÓN la Carta N° SP-002-2015, mediante la cual entregó formalmente de manera física y en formato digital, los Informe N° 3-B sobre "Reporte de Formulación B", y el Informe N° 3-C sobre "Reporte de Formulación C".
- 41. Sostiene que, ante la inexistencia de observaciones formales dentro del plazo establecido para efectuarlas por parte PROINVERSIÓN, mediante la Carta N° SP-015-15 de fecha 03 de febrero de 2015, remitió a dicha Entidad, las Facturas N° 002-11869 y N° 002-11870, cada una de ellas por una suma ascendente a USD 114,501.84, por concepto del cumplimiento del Informe 3-C "Reporte de Formulación C" y del Informe 3-B "Reporte de Formulación B"; correspondiente a la Asesoría Integral para la iniciativa privada cofinanciada "Sistema de transporte rápido masivo de tipo monorriel en el área metropolitana de Arequipa", en el marco del CONTRATO y su respectiva Adonda N° 01, celebrada el 02 de junio de 2014.
- 42. Indica que, mediante el Acta de Reunión Técnica, suscrita el 09 de abril de 2015, PROINVERSIÓN aprobó la entrega del Hito N° 07 "Modulo de Evaluación", quedando de esa manera expedita la entrega del Informe N° 04 "Reporte de Evaluación, Análisis Social y Asesoría Legal".

1

43. Anota que, mediante la Carta N° SP-043-15, de fecha 24 de abril de 2015 comunicó a PROINVERSIÓN la entrega del Informe N° 4, que consistió en el Reporte de Evaluación, Análisis Social y Asesoría Legal (dentro de la Fase de Preinversión).
44. Explica que, debido a la ausencia de reacción o pronunciamiento formal por parte de la Demandada, el 01 de junio de 2015 notificó a ésta la Carta N° SP-071-15, en la que reiteró el cumplimiento de la ejecución de las prestaciones correspondientes a la Fase de Pre-inversión de la Iniciativa Privada Cofinanciada (IPC) materia del servicio de Asesoría Integral. Asimismo, le informó que luego de que PROINVERSIÓN haya aprobado el Hito N° 07 de la evaluación concurrente del proyecto, continuaría brindando el servicio de Asesoría Integral a los miembros del equipo de la Unidad Formuladora a cargo de dicha Entidad, con la finalidad de que puedan ser remitidos al Ministerio de Economía y Finanzas, y de esa manera, proseguir con la fase de evaluación de la declaratoria de interés, o en su defecto, se proceda a culminar el servicio, tal como lo establece el CONTRATO suscrito por las partes.
45. Agrega que, con fecha 03 de setiembre de 2015, hizo llegar a la Demandada la Factura N° 002-14330 por una suma ascendente a USD 278,075.90, por concepto de la entrega del Informe N° 04 (Reporte de Evaluación, Análisis Social y Asesoría Legal).
46. Alega que cumplió dentro del plazo contractual establecido con ejecutar las obligaciones contractuales a su cargo, en el marco del CONTRATO y su Adenda N° 01.
47. Destaca que cumplió con entregar formalmente a través de la mesa de partes de PROINVERSIÓN y dentro del plazo establecido, los Entregables siguientes:
- El Informe N° 3-B y el Informe N° 3-C, entregados conjuntamente el 06 de enero de 2015, los cuales consistieron en el Reporte de Formulación B y el Reporte de Formulación C.

- El Informe N° 4, entregado el 24 de abril de 2015, el mismo que consistió en el Reporte de Evaluación, Análisis Social y Asesoría Legal.
48. Manifiesta que el 10 de setiembre de 2015, en atención al correo electrónico de fecha 03 de setiembre de 2015, le comunicó a la Entidad su conformidad en suscribir una prórroga al CONTRATO. Asimismo, dejó constancia que, no obstante su conformidad con la prórroga, era necesario tener en cuenta que hasta el momento se venían ejecutando las prestaciones de manera oportuna y en su totalidad, tal como constaba en las diferentes comunicaciones cursadas a PROINVERSIÓN.
 49. Advierte que, mediante Oficio N° 13-2015-PROINVERSION/DPI/JUF.04, emitido por dicha Entidad y notificado el 11 de setiembre de 2015, mucho después de vencido el plazo de 10 (diez) días hábiles establecidos para otorgar la conformidad, para observar o para solicitar aclaraciones respecto de los Informes 3-B, 3-C y 4, PROINVERSIÓN le informó *"que aún se encontraban analizando si el Consorcio había cumplido de manera efectiva con las prestaciones ejecutadas en el marco del Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN"*.
 50. Expresa que, con fecha 28 de octubre de 2015, remitió a PROINVERSIÓN la Carta N° SP-168-15, mediante la cual comunicó que hasta esa fecha, no recibía respuesta formal alguna en lo concerniente a los Informes N° 3-B, 3-C y 4, presentados formalmente dentro de los plazos contractuales establecidos en el CONTRATO, y su respectiva Adenda N° 01, ni sobre los pagos de las facturas presentadas correspondientes a dichos Entregables. Así también, comunicó que ante la solicitud de prórroga por parte de la Demandada y siendo esta aceptada oportunamente, se iba a tener que incurrir en los mayores gastos financieros vinculados a las renovaciones de las cartas fianzas por garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO.
 51. Alude que, notificó a la Demandada el 09 de diciembre de 2015, la Carta N° SP-182-15, en la cual reiteró que en virtud del CONTRATO y su respectiva Adenda N° 01, cumpla en un plazo perentorio de quince (15) días calendarios con efectuar el pago de las Facturas N° 002-11869 y N° 002-11870, por un total pendiente de cancelación de USD 507,079.58.

1

52. Considera que PROINVERSIÓN no se pronunció formalmente dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles establecido en los Términos de Referencia de las Bases del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, respecto del contenido de los Informes 3-B, 3-C y 4, ni para otorgar la conformidad, ni para observar o requerir aclaraciones. Por ello, considerando admitidos dichos Entregables, notificó los comprobantes de pagos correspondientes a las prestaciones debidamente ejecutadas.
53. Resalta que, con fecha 25 de enero de 2016, varios meses después de vencido el plazo establecido según las Bases para otorgar conformidad, observar o pedir aclaraciones respecto de los Informes 3-B, 3-C y 4, PROINVERSIÓN le notificó el Oficio N° 01-2016-PROINVERSIÓN/DPI/JUF.04, mediante la cual dicha Entidad respondió a su Carta N° SP-071-15, de fecha 29 de mayo 2015, señalando lo siguiente:

*“Que habiendo culminado el proceso de tramitación y evaluación de la iniciativa privada citada en el asunto, nos encontramos en proceso de cierre de la evaluación de los informes presentados en virtud al citado Contrato N° 010-2014-PROINVERSIÓN.
Los resultados de dicha evaluación serán comunicados a su representada en el más breve plazo”.*

54. Hace hincapié que los Términos de Referencia de las Bases del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, en el numeral 8.2) estipula claramente el plazo y el procedimiento para aprobar y/u observar los entregables:

“8.2. Plazo y Procedimiento para Formular y Subsanan Observaciones a los Informes y sus Respectivas Aprobaciones

- a) PROINVERSIÓN en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, revisará y aprobará o formulará observaciones y/o solicitará aclaraciones.
En caso que PROINVERSIÓN formulase observaciones y/o requiriese aclaraciones a los informes presentados por EL CONSULTOR, la Jefatura de Proyectos Ferroviarios de PROINVERSIÓN deberá correrle traslado de las mismas, mediante comunicación escrita, por correo electrónico, por fax o por correo normal”.*

55. Entiende que, queda totalmente evidenciado fácticamente que PROINVERSIÓN no sólo no manifestó ninguna observación a los Entregables en cuestión dentro del plazo establecido en los Términos de Referencia, sino que mucho tiempo después de vencido este plazo, dichos Entregables permanecían siendo evaluados, lo que resulta por decir lo menos sorprendente, por constituir una conducta contractual de la Demandada absolutamente contraria a lo prescrito en las Bases y el CONTRATO.

56. Afirma que, en aras de buscar una fórmula de solución razonable, con fecha 19 de febrero de 2016, mediante el Expediente N° 009-2016 tramitado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, invitó a PROINVERSIÓN a iniciar un procedimiento conciliatorio, con el fin de llegar a un acuerdo que permitiese superar la controversia. Pero en el procedimiento conciliatorio mencionado no se llegó a ningún acuerdo. Señala que, con fecha 04 de marzo de 2016 solicitó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el inicio del procedimiento arbitral.

57. Refiere que, al apersonarse PROINVERSIÓN, alegó que el Consorcio no cumplió con subsanar las observaciones supuestamente efectuadas por ellos. Y, mediante Carta N° 173-2016/PROINVERSION/OA, sin fecha de emisión, y notificada el 22 de abril de 2016 - luego de casi un año de vencido el plazo para observar los Informes 3-B, 3-C y 4 - dicha Entidad señaló por escrito algunas observaciones a los informes en cuestión, y devolvió las facturas impagas presentadas anteriormente para el pago de los mismos.

58. Precisa que, mediante la Carta S/N, notificada a PROINVERSIÓN el 29 de abril de 2016, le comunicó a dicha Entidad como respuesta a la carta precedente, que ante el inicio y puesta en marcha del procedimiento arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, correspondía que toda información relacionada a la presente controversia suscitada en el marco del CONTRATO, se realice dentro de la sede arbitral activada.

59. Considera que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son de aplicación supletoria al Reglamento para la Contratación de Servicios y Adquisición de Bienes de PROINVERSIÓN.

60. Argumenta que, si bien el Reglamento para la Contratación de Servicios y Adquisición de Bienes aprobado por PROINVERSIÓN mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 267 de fecha 13 de enero de 2009, y modificado sucesivamente por los Acuerdos de Consejo Directivo números 273-01-2009, 346-03-2010, 487-1-2012-CD y 516-6-2013-DE, no regulan específicamente los supuestos de "otorgamiento de conformidad y pago", pues están más referido al "proceso de selección" propiamente dicho, debe tener en consideración que la Normativa de Contrataciones del Estado, y todo el marco jurídico que lo sustenta, resulta de aplicación supletoria en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF¹ sobre "Aplicación supletoria de la Ley", que dispone lo siguiente:

"La Ley y el presente Reglamento serán de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas".

61. Sostiene que, en el presente caso el marco jurídico aplicable para las Contrataciones del Estado sirve de base para sustentar las pretensiones efectuadas mediante la presente demanda arbitral.

62. Anota que, el contenido del CONTRATO está conformado – además del documento que lo contiene - por las Bases Integradas del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, así como por la Propuesta Técnica presentada, y que a la postre resultó adjudicataria de la Buena Pro del mencionado proceso de selección.

63. Invoca la disposición establecida en el artículo 142° del precitado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente:

¹ Advierte CONSORCIO que, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, es la norma reglamentaria aplicable para el presente caso, pues fue la que estuvo vigente al momento de la convocatoria del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, para la Contratación de la Asesoría integral para la iniciativa Privada Cofinanciada "Sistema de Transporte Rápido Masivo del tipo Monorriel en el Área Metropolitana de Arequipa"



"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato".

64. Refiere que, las Bases del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN establecían claramente el plazo y el procedimiento para que PROINVERSIÓN otorgara la conformidad conducente al pago, de cada uno de los entregables a cargo del CONSORCIO DELOITTE – SENER. Así, el plazo y procedimiento para formular y subsanar las observaciones a los Entregables (Informes) presentados por el CONSORCIO DELOITTE – SENER, así como para dar las respectivas aprobaciones, estaba establecido de manera explícita en el numeral 8.2 de los Términos de Referencia (TDR) contenidos en las Bases; regla que constituía y constituye una estipulación contractual de cumplimiento obligatorio para las partes:

"8.2. Plazo y Procedimiento para Formular y Subsanar Observaciones a los Informes y sus Respectivas Aprobaciones

- a) PROINVERSIÓN en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, revisará y aprobará o formulará observaciones y/o solicitará aclaraciones.
En caso que PROINVERSIÓN formulase observaciones y/o requiriese aclaraciones a los informes presentados por EL CONSULTOR, la Jefatura de Proyectos Ferroviarios de PROINVERSIÓN deberá correrle traslado de las mismas, mediante comunicación escrita, por correo electrónico, por fax o por correo normal".*

65. Aprecia que la obligación contractual de PROINVERSIÓN, una vez recibidos de manera formal los Informes 3-B, 3-C y 4, era i) "aprobarlos", ii) "observarlos" o iii) "solicitar aclaraciones" respecto de sus contenidos, dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles establecido. En ningún caso estaba establecida una regla contractual que facultase a PROINVERSIÓN la omisión al cumplimiento de cualquiera de las tres consecuencias señaladas precedentemente, o que le permitiese efectuar observaciones vencido el plazo establecido de 10 (diez) días hábiles, o bien, lo habilitase para la inacción administrativa indefinida.

1
C

66. Concluye que, la no verificación en la práctica de cualquiera de las tres posibilidades de acción que le franqueaba el CONTRATO a

PROINVERSIÓN, configuraría un incumplimiento contractual por parte de dicha Entidad, el cual genera necesariamente efectos jurídicos concretos respecto de los Informes 3-B, 3-C y 4, entregados formalmente y dentro del plazo establecido.

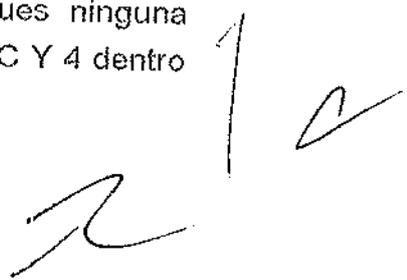
67. Puntualiza que, el Plazo de 10 (diez) días establecido en el marco del CONTRATO, es el plazo máximo con el que contaba PROINVERSIÓN para otorgamiento de la conformidad o la realización de observaciones o pedidos de aclaración.
68. Entiende que, en la misma línea de razonamiento van las diversas declaraciones que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha señalado sobre este tema en particular. Invoca lo indicado por dicho ente rector de las Contrataciones del Estado a lo largo de frecuentes y sostenidas Opiniones técnicas, como por ejemplo la Opinión N° 090-2014/DTN de fecha 06 de noviembre de 2014, que establece que:

"(...) el plazo de 10 (diez) días (...) establecido en el artículo 181 del Reglamento, es el máximo con el que cuenta el órgano de administración o el establecido en las bases para dar la conformidad de los bienes o servicios.

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

69. Aclara que, si bien en el presente caso, el plazo de 10 (diez) días hábiles es uno establecido por los Términos de Referencia de las Bases del Concurso Público N° 002-2014-PROINVERSIÓN, resulta evidente que la fuente jurídica de la cual se nutre esa regla contractual la constituye el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, norma reglamentaria reforzada por la Opinión N° 090-2014/DTN.

- 70. Postula que PROINVERSIÓN únicamente contaba con un periodo de 10 (diez) días hábiles para dar la conformidad a los Informes 3-B, 3-C y 4, o bien, para observarlos.
- 71. Asume que ese plazo constituía un "plazo máximo", entendiéndose por esta categoría legal, un plazo cuyo vencimiento lo extingue indefectiblemente, o, dicho de otro modo, lo agota hasta su inexistencia jurídica, la cual una vez producida, inhabilita a la Entidad contratante a realizar cualquier observación, cuestionamiento o pedido de aclaración respecto de los entregables recibidos.
- 72. Deduce que, como PROINVERSIÓN no ejerció la facultad de observar los informes 3-B, 3-C y 4 dentro del plazo máximo que el marco jurídico del CONTRATO le confirió, queda absolutamente inhabilitado para hacerlo después.
- 73. Precisa que, si bien a lo largo de la relación contractual se produjeron una serie de comunicaciones vía correo electrónico o vía telefónica, o incluso se llevaron a cabo algunas reuniones en las que PROINVERSIÓN efectuó una serie de señalamientos respecto de los Informes 3B, 3C y 4 entregados formalmente en su debida oportunidad, lo cierto es que todos estos señalamientos se realizaron fuera del plazo máximo de 10 (diez) días hábiles establecido legal y contractualmente, y consecuentemente, no pueden atribuirse a ellos ningún efecto legal válido sobre la relación contractual aún en giro.
- 74. Aclara que en el marco de la buena fe contractual- respondió y atendió diligentemente muchos de esos requerimientos, en la medida de lo razonable y de lo posible desde el punto de vista técnico y legal; pero su comportamiento contractual en modo alguno implica el reconocimiento de la existencia de observaciones formales por parte de PROINVERSIÓN a los Entregables cuya conformidad y pago está reclamando, pues ninguna observación fue efectuada formalmente a los informes 3-B, 3-C Y 4 dentro del plazo establecido para ello:



Entregable	Documento	Fecha de Presentación Formal	Vencimiento del Plazo para otorgar Conformidad u Observar
Informe N° 3-B	Carta N° SP-0005-15	12/01/2015	26/01/2015
Informe N° 3-C	Carta N° SP-0005-15	12/01/2015	26/01/2015
Informe N° 4	Carta N° SP-043-15	24/04/2015	11/05/2015

75. Teniendo en cuenta esos plazos, destaca que por las fechas de dichas comunicaciones, todas ellas se efectuaron con posterioridad al vencimiento del plazo establecido para realizar observaciones.

76. Reitera que las Opiniones técnicas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, constituyen lineamientos normativos de observancia obligatoria, por todas las Entidades públicas contratantes, tal como lo estipula la Disposición Tercera del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice:

"Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde la publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por normal legal".

77. Afirma que, los informes no observados por PROINVERSIÓN deben reputarse como recibidos a satisfacción, y pagados como corresponde, so riesgo de configurarse un enriquecimiento sin causa.

78. Considera que el hecho de que PROINVERSIÓN no haya observado los Informes 3-B, 3-C y 4 dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles establecido en el marco jurídico del CONTRATO, ciertamente no provoca *per se* una



conformidad implícita de dichos Entregables², pero sí genera la aceptación sin reservas y/o a satisfacción de tales prestaciones, lo que, a su vez, produce que éstas se integren a la esfera jurídico – patrimonial de PROINVERSIÓN. De esta manera, si dichas prestaciones no son pagadas por la parte que recibe las mismas y que tiene la obligación de pago, se quebrantará el equilibrio económico-financiero del contrato, y, en consecuencia, se producirá el enriquecimiento sin causa de dicha parte contractual.

79. Expresa que, como es de conocimiento de los operadores del Sistema de Contrataciones del Estado, las obligaciones no extinguidas derivadas de prestaciones efectivamente ejecutadas o recibidas, tienen que ser necesariamente honradas. En efecto, tal como ha sido señalado por diversas Opiniones técnicas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de manera sostenida a lo largo de los últimos años, las Entidades estatales que reciben o se benefician con una prestación por parte de un proveedor, tienen la obligación de reconocerle a éste el monto económico correspondiente, pues nuestro ordenamiento jurídico no admite el enriquecimiento indebido. Invoca lo indicado por la Opinión N° 067-2012/DTN de fecha 30 de mayo de 2012, que señala lo siguiente:

"(...) debe indicarse que, si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, éste tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado – aun cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado- pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

80. Señala que este precepto administrativo ha servido de base para que las Entidades del Estado peruano – independientemente de sus regímenes de contratación pública - reconozcan a sus contratistas el pago de diversas

² Explica que, como lo señalan diversas Opiniones técnicas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCEI, "La conformidad de los bienes y servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplirse con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días (...), a partir de la recepción de éstos".

obligaciones no atendidas oportunamente, debido a cualquier motivo, razón o circunstancia; ya sea por la interrupción de la relación contractual, la falta de pronunciamiento formal respecto de la prestación recibida, o incluso, debido a la inexistencia de una relación jurídico-contractual previa a la ejecución de la prestación. De esta forma, el reconocimiento de la obligación y su correspondiente pago, se fundamenta en la prohibición del enriquecimiento o beneficio de una parte en desmedro de la otra.

81. Explica que el servicio para el cual fue contratado tenía por objeto o propósito esencial, asesorar de manera especializada a PROINVERSIÓN, en el análisis de la pertinencia técnica, económico-financiera y legal de la Iniciativa Privada Cofinanciada (IPC) relacionada con el proyecto de transporte de tipo monorriel para la ciudad de Arequipa, presentada ante dicho organismo promotor por parte de un determinado PROPONENTE, en este caso Queiroz Galvao.
82. Agrega que, PROINVERSIÓN lo contrató para que le proporcionase un dictamen técnico especializado respecto de diversos aspectos relacionados con la IPC que el PROPONENTE o llamado también "participante en el proceso de promoción", había puesto a su consideración, en el marco del procedimiento establecido por la normativa de Asociaciones Público Privadas. Así, PROINVERSIÓN en su condición de "organismo promotor" de dicha IPC, y dentro del marco de sus competencias, lo contrató para que asumiera el rol de ASESOR EXPERTO en la materia, con la finalidad de revisar técnicamente los diferentes estudios que formaban parte de la iniciativa que el PROPONENTE, en este caso Queiroz Galvao, había presentado a PROINVERSIÓN.
83. Resalta que dicha iniciativa ya había recorrido el procedimiento establecido por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, logrando superar las etapas de "Admisión a trámite", de "Priorización y Relevancia" por el Sector correspondiente (en este caso el Ministerio de Transportes y Comunicaciones); y de "Publicación como IPC priorizada"; encontrándose por lo tanto lista para la etapa correspondiente al "Proceso de Evaluación", proceso en el que precisamente PROINVERSIÓN requería la asistencia técnica y especializada de la Demandante, motivo por el cual la contrató.



84. Apunta que la obligación contractual de la Demandada consistía en analizar, examinar, evaluar, estimar y/o valorar los estudios presentados por el PROPONENTE en esta fase de evaluación, a fin de determinar si los mismos respondían o no a criterios técnicos razonables y adecuados con el propósito del proyecto implicado, a saber, el proyecto del sistema de transporte urbano tipo monorriel para la ciudad de Arequipa. De esta manera, en el marco de dicha obligación contractual, y como producto del asesoramiento técnico y especializado a su cargo, reconoce que debía realizar las valoraciones que estimase pertinentes respecto de tales estudios, efectuando las observaciones que considerase necesarias a los mismos, con la finalidad de que éstas sean subsanadas por el PROPONENTE.
85. Pero, advierte que, en modo alguno, le correspondía mejorar, rehacer, complementar o profundizar aspectos relacionados con dichos estudios, o elaborar y/o formular informes o análisis que el PROPONENTE no hubiese realizado. Así, si él -como asesor técnico y especializado contratado por PROINVERSIÓN- realizaba una observación respecto de una determinada falencia, omisión o debilidad en los estudios del PROPONENTE, y dicha observación era comunicada oportunamente a PROINVERSIÓN, correspondía a esta Entidad requerir al PROPONENTE para que éste cumpliera con la subsanación satisfactoria y oportuna que el caso ameritaba, pues era obvio y claro que él no tenía ni la potestad ni la facultad para requerir al PROPONENTE dicha subsanación; así como también resultaba obvio y claro que PROINVERSIÓN no podía substituir al PROPONENTE en la obligación legal que éste tenía de sustentar apropiadamente los estudios que respaldaban su IPC.
86. Considera que las supuestas observaciones que PROINVERSIÓN pretende hacer valer respecto de los Informes (o Entregables) números 3B, 3C y 4, no sólo se encontraban todas fuera del plazo de 10 días calendario para emitir observaciones o dar conformidad, ni fueron realizadas por el órgano competente establecido en los Términos de Referencia del servicio contratado; sino que, además, dichas presuntas observaciones se basan en la no subsanación de las objeciones que CONSORCIO realizó sobre diversos aspectos de los estudios presentados por el PROPONENTE, objeciones que fueron debida y oportunamente puestas en conocimiento de PROINVERSIÓN, esperando que dicha Entidad, en cumplimiento del



procedimiento establecido por la normativa de Asociaciones Público Privadas, requiriese al PROPONENTE la subsanación correspondiente.

87. Reconoce que PROINVERSIÓN sí le requirió cumplir con diversos aspectos referidos a los Informes números 3B, 3C y 4, pero todos esos requerimientos estaban relacionados con la demora o con el incumplimiento en la realización de subsanaciones, mejoras o reformulaciones que el PROPONENTE debía realizar a sus propios estudios, de conformidad con las observaciones que CONSORCIO había efectuado oportunamente en su calidad de revisor y asesor técnico y especializado.
88. Advierte que, si dichas subsanaciones no eran realizadas por el PROPONENTE – a pesar de que PROINVERSIÓN le había trasladado las observaciones correspondientes en su debido momento– él nada podía hacer al respecto, pues ni podía obligar al PROPONENTE a hacer aquello a lo que estaba obligado, ni podía reemplazarlo en su deber de subsanar aquello que le fue objetado. En este contexto, los Informes números 3B, 3C y 4, que en la práctica constituían una especie de dictámenes técnicos o juicios de experto sobre los estudios presentados por el PROPONENTE, no pudieron concluir, validar, dar conformidad o manifestar satisfacción respecto de aspectos que no estaban apropiadamente sustentados, hacer esto no sólo hubiera comprometido la valía profesional de CONSORCIO -- razón por la cual fue contratada -- sino que además, hubiera lesionado gravemente la objetividad e imparcialidad de ésta.
89. Argumenta que PROINVERSIÓN considera como "observaciones" a los Informes números 3B, 3C y 4, la imposibilidad que tuvo CONSORCIO para concluir en algo que no podía concluir, o para validar algo que no podía validar, debido a que -- a su juicio- los estudios del PROPONENTE sometidos a su escrutinio técnico, debían ser mejorados, potenciados o profundizados según las observaciones realizadas, las mismas que a pesar de habérselas comunicado debidamente a través de PROINVERSIÓN, no habían sido subsanadas.
90. Postula que los requerimientos de PROINVERSIÓN en torno a las Notas Técnicas 39-A y 39-B (derivadas de los informes 3B y 3C) no tienen la calidad de "observaciones" que pretende otorgar la Demandada.



- 91. Señala que PROINVERSIÓN no se pronunció respecto de los Informes N° 3B y 3C entregados formalmente, sino hasta abril de 2015 cuando le solicitó de manera verbal, elaborar las Notas Técnicas 39-A y 39-B, consistentes en una especie de *Check List* que resumiera todas las observaciones que respecto de los estudios de la PROPONENTE habían sido identificados en los referidos informes (estos estudios correspondían al "Módulo de Formulación" de la Fase de Preinversión).
- 92. Apunta que dichas notas técnicas no constituían observaciones a los contenidos de los informes presentados por CONSORCIO, sino que tenían por finalidad solicitar la preparación de una síntesis de las observaciones efectuadas en los mismos.
- 93. Precisa que cumplió con la elaboración de dichas notas técnicas, las mismas que fueron remitidas formalmente a la Demandada vía correo electrónico el 21 de abril de 2015, y adicionalmente, por solicitud verbal de la Entidad, la Nota Técnica N° 39-A fue presentada por mesa de partes ese mismo día mediante carta SP 041-15.
- 94. Añade que, con posterioridad PROINVERSIÓN le solicitó mediante correo electrónico de fecha 05 de mayo de 2015, modificar las Notas Técnicas N° 39-A y 39-B, a fin de que las mismas siguieran una determinada *estructura de presentación* propuesta por la Demandada. Mediante correos electrónicos del 07 y 11 de mayo de 2015, cumplió con remitir a la Entidad una versión actualizada de dichas notas técnicas según lo requerido.
- 95. Indica que, con fecha 12 de mayo de 2015, PROINVERSIÓN le remitió vía correo electrónico, sus comentarios y propuestas de cambios a la Nota Técnica N° 39-A, a lo cual CONSORCIO dio respuesta por correo electrónico de fechas 13 y 14 de mayo de 2015, cumpliendo con entregar una nueva versión de dichos documentos. Seguidamente, el 16 de mayo de 2015, recibió un correo electrónico de la Entidad en el que se insistía en que se tomase en consideración las recomendaciones que había efectuado respecto de la *redacción* de los textos de la Nota Técnica N° 39-A. En virtud a ello, la Demandante dio respuesta al indicado requerimiento, vía correo electrónico de fecha 18 de mayo de 2015.

96. Precisa que la Demandada insistía en que la *redacción* de la referida nota técnica tuviese un cariz y sentido categóricos, respecto de temas y aspectos que – a juicio de CONSORCIO – no quedaban absolutamente claros o solventes, en la medida en la que el PROPONENTE no había subsanado satisfactoriamente las observaciones que se le habían comunicado respecto de diferentes tópicos vinculados a los estudios que había presentado, y que eran materia de revisión y examen por parte de CONSORCIO, dentro del contexto de la prestación del servicio a su cargo.
97. Explica que, si bien perfiló algunos estilos y modificó diversos fraseos relacionados con las observaciones hechas al PROPONENTE y con el grado en el que éstas fueron subsanadas o levantadas por aquél, es claro que nunca se llegó a transigir de manera absoluta con lo requerido por PROINVERSIÓN, pues ello hubiera significado colocar por escrito que todos los aspectos de los estudios del PROPONENTE que fueron puestos a juicio técnico de CONSORCIO, cumplían satisfactoriamente los niveles de solvencia, pertinencia y calidad requeridas para un proyecto tan complejo como el vinculado a la IPC en cuestión, y eso no hubiera correspondido a la realidad de los hechos verificados en la práctica.
98. Insiste en que PROINVERSIÓN era la responsable de requerir al PROPONENTE la adecuada absolución de las observaciones realizadas por CONSORCIO a los estudios presentados, pues ésta no tenía ningún tipo de injerencia para exigir dicho ejercicio de subsanación.
99. Puntualiza que a la fecha de la emisión de los Informes números 3B y 3C, el PROPONENTE no había levantado todas las observaciones identificadas por CONSORCIO, por lo cual fueron reportadas de esa manera en los informes en cuestión. Dichas observaciones tampoco fueron subsanadas con posterioridad por el PROPONENTE, de modo que casi cuatro meses después, cuando fue requerido para elaborar las famosas Notas Técnicas 39-A y 39-B, que ahora la Entidad alega como "pruebas" de sus "observaciones", CONSORCIO no accedió a modificar sus conclusiones, y recomendó que los aspectos técnicos observados fueran profundizados en los estudios que el PROPONENTE tenía que elaborar en fases posteriores.
100. Considera que los correos electrónicos que según PROINVERSIÓN son observaciones, no se refieren a cuestionamientos de

los contenidos de los informes propiamente dichos. A partir de los correos electrónicos ofrecidos como medios probatorios por parte del CONSORCIO, PROINVERSIÓN trató en todo momento de requerir que se concluyera en algo que no se podía concluir por culpa de la insuficiencia de los estudios del PROPONENTE. A esto la defensa de PROINVERSIÓN denomina "observaciones" a los Informes, pretendiendo hacer creer que el vaivén de correos ocurridos entre las partes, fuera del plazo establecido para observarlos, son demostración de que dicha Entidad pública sí cuestionó los Entregables cuya conformidad y pago ahora se reclama en la demanda.

101. Aclara que el Anexo B-16, ofrecido por la Demandada como supuesto medio probatorio de las objeciones o disconformidades que PROINVERSIÓN tenía y/o había notificado a CONSORCIO, en relación con sus informes números 3-B y 3-C, no se referían a posibles reproches o cuestionamientos al contenido de dichos entregables propiamente dichos, sino que estaban vinculados a las conclusiones que tales informes tenían, las mismas que no podían ser de otra manera, pues el propio proponente de la IPC no cumplía con terminar de solventar técnicamente los estudios sobre los cuales el CONSORCIO debía pronunciarse en el marco de la asesoría contratada.

102. Precisa que el medio probatorio "B-16" aportado por la defensa de PROINVERSIÓN, consiste en un correo electrónico de fecha 05 de mayo 2015 remitido por el señor Luis Enrique Gonzáles Yalle, quien no era funcionario de la Jefatura del área Ferroviaria -órgano competente para formular las observaciones de acuerdo con los Términos de Referencia-, en el cual cuatro meses después de presentados formalmente los Informes 3-B y 3-C, el CONSORCIO recibe una "propuesta de cuadro para los informes finales por cada entregable", relacionadas con la "Nota Técnica 39-3B, 3A, etc" (sic).

103. Puntualiza que esta "propuesta de cuadro" no era sino una serie de sugerencias que PROINVERSIÓN hacía respecto de las observaciones que el CONSORCIO había realizado a los estudios del PROPONENTE de la iniciativa privada cofinanciada puestos a su escrutinio, y que éste no había subsanado debidamente, y por ello, en lugar de que PROINVERSIÓN le exija hacerlo como correspondía, más bien le "proponía" al CONSORCIO que se

utilice otro tipo de redacción en las observaciones técnicas planteadas, a fin de que se concluya en algo que no se podía concluir a la luz de los estudios presentados por dicho proponente.

104. Enfatiza que no existe en esta dichosa prueba "B-16" ninguna demostración de observaciones realizadas al CONSORCIO por parte de PROINVERSIÓN ni al contenido de los Informes 3-B o 3-C, ni al contenido del Informe 4, que no se menciona para nada en el correo electrónico, y sobre el cual ciertamente ninguna observación se ha demostrado concretamente.
105. Para esta parte, considerar que el medio probatorio "B-16" es demostración fehaciente de las "permanentes comunicaciones de observaciones efectuadas por PROINVERSIÓN respecto de los "informes presentados", no solo carece de sustento fáctico sino que resulta una afirmación poco prudente.
106. Reitera que aun cuando no se verifica en la práctica un otorgamiento de conformidad explícito para los informes números 3-B, 3-C y 4, considera absolutamente válido, lógico y razonable desde una perspectiva jurídico - constitucional, que dichos entregables sean reconocidos económicamente, en la medida en la que PROINVERSIÓN los recibió sin hacer objeciones en su oportunidad, y cuando trató de hacerlas, varios meses después de recibidos, dichas observaciones estuvieron vinculadas al hecho de que dicha Entidad pretendía que se concluyera de manera categórica en la pertinencia de unos estudios que el propio responsable de los mismos, el PROPONENTE, no terminaba de sustanciar como correspondía.
107. Enfatiza el hecho de que no resultaría ni justo ni correspondiente con el Estado Constitucional de Derecho, que no se le reconozca económicamente el esfuerzo profesional e institucional desarrollado a lo largo de varios meses de ejecución del CONTRATO, por ser fidedigno y objetivo en su rol de asesor técnico, y no concluir, como la Entidad quiso que se concluya, que los estudios del PROPONENTE de la IPC demostraban la pertinencia de un sistema de transporte para la ciudad de Arequipa, cuando en realidad dichos estudios en estricto no lo evidenciaban.



- 108. Nota que los informes 3-B, 3-C y 4 contaron con la firma de las mismas personas que suscribieron los Informes números 01, 02 y 3-A, los cuales fueron objeto de la conformidad y pago correspondientes. Si hubiera existido algún tipo de problema de ausencia de firmas en los Informes 3-B, 3-C y 4, esta supuesta "deficiencia" debió ser comunicada dentro del plazo que se estableció para efectuar las observaciones respectivas, y a través de la Jefatura de Proyectos Ferroviarios, tal como se estableció en el numeral 8.2 de los Términos de Referencia del servicio contratado, circunstancia que claramente no ocurrió.

- 109. Reitera que la obligación contractual de PROINVERSIÓN, una vez recibidos de manera formal los Informes 3-B, 3-C y 4, era i) "aprobarlos", ii) "observarlos" o iii) "solicitar aclaraciones" respecto de sus contenidos, dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles establecido en los Términos de Referencia del servicio contratado. En ningún caso, estaba establecida una regla contractual que facultase a PROINVERSIÓN la omisión al cumplimiento de cualquiera de las tres consecuencias señaladas precedentemente, o que le permitiese efectuar observaciones vencido el plazo establecido de 10 (diez) días hábiles, o bien, lo habilitase para la inacción administrativa indefinida sin consecuencias.

- 110. Considera que la no verificación en la práctica de cualquiera de las tres posibilidades de acción tenía PROINVERSIÓN en función a los Términos de Referencia del servicio contratado, debiera configurar un escenario de incumplimiento contractual por parte de dicha Entidad pública, el cual a su vez, tendría que generar necesariamente efectos jurídicos concretos en favor del CONSORCIO y en contra de PROINVERSIÓN.

- 111. Reconoce que si bien la sola presentación formal de los informes y/o el mero agotamiento del plazo para observarlos o aprobarlos no produce necesariamente una conformidad tácita, resulta claro que las prestaciones vinculadas con dichos informes se ejecutaron de manera efectiva; que los informes en cuestión no fueron reprochados ni rechazados técnicamente; y en consecuencia, se han incorporado a la esfera patrimonial de PROINVERSIÓN debiendo esta Entidad por tanto reconocer el pago correspondiente, bajo riesgo de configurarse una situación de enriquecimiento sin causa o indebido, que claramente se encuentra proscrito de nuestro ordenamiento jurídico.

112. Afirma que cumplió con todas las obligaciones sustanciales establecidas en los Términos de Referencia del CONTRATO, así como en las establecidas en su Adendum N° 01, y esto es válido para todos los Entregables proporcionados a PROINVERSIÓN, incluidos lógicamente los Informes 3-B, 3-C y 4. Destaca que PROINVERSIÓN al alegar supuesto incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO, no soporta su planteamiento en ningún elemento concreto, específico y/o demostrable. Se trata de un mero dicho que no se apoya en ninguna evidencia real.
113. Alega que, en la hipótesis negada de que no hubiera cumplido con alguna de las obligaciones esenciales del CONTRATO, para la elaboración o para la presentación de los Informes 3-B, 3-C y 4, esta circunstancia le debió ser notificada en calidad de observaciones, siguiendo para ello el mecanismo establecido en los Términos de Referencia del servicio contratado, situación que no ocurrió.
114. Expresa que la Demandada no ha podido demostrar en qué consistía la supuesta falta de exhaustividad de los Informes materia de reclamación. Aprecia, que se trata pues de una aseveración no sólo inexacta, sino carente de respeto por un trabajo desarrollado con solvencia profesional y pertinencia técnica. Si PROINVERSIÓN habría advertido alguna supuesta deficiencia relacionada con la "falta de exhaustividad" en los informes entregados, pues lo que correspondía era que notificase las observaciones respectivas, de acuerdo con el procedimiento y los plazos establecidos por dicha Entidad en los Términos de Referencia, con la finalidad de que las mismas puedan ser debidamente subsanadas.
115. Señala que nunca se le comunicó ni formalmente ni verbalmente el rechazo del proyecto por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ni durante la ejecución del servicio, ni en los meses posteriores a la presentación de los Informes 3-B, 3-C y 4.
116. Expresa que ni los Términos de Referencia, ni el CONTRATO o su Adendum N° 01, establecen en algún extremo alguna obligación de presentar un informe nuevo final incorporando las subsanaciones levantadas, del tipo que PROINVERSIÓN pretende hacer creer de manera antojadiza.



117. Refiere que PROINVERSIÓN señala sobre este argumento que los Términos de Referencia en el acápite 8.2, b) establecían que:

"EL CONSULTOR deberá dar respuesta a las observaciones formuladas presentando un nuevo informe que recoja el levantamiento de observaciones o las precisiones del caso, y de corresponder, correcciones y/o modificaciones que devinieran de su incidencia, trascendencia y/o influencia en algún otro capítulo de los estudios, en el plazo que PROINVERSIÓN le otorgue, de acuerdo a la complejidad de las observaciones. Ello no implicará modificación en el plazo para la presentación de los siguientes informes."

118. Alega que, el hecho concreto es que como se ha acreditado a lo largo del procedimiento arbitral, PROINVERSIÓN no realizó ninguna observación sobre el contenido de los Informes 3-B, 3-C y 4, por lo que mal se haría en interpretar que el CONSORCIO debía entregar un supuesto "Informe Final" levantando o subsanando "observaciones" que no existieron. La verdad fue que los requerimientos de PROINVERSIÓN se dieron fuera del plazo establecido para realizar observaciones, y versaron sobre pedidos de ampliaciones a los informes ya entregados formalmente, o de reformulaciones a la redacción de las Notas Técnicas que indicaban las deficiencias de los estudios del PROPONENTE.

119. Concluye que, cuando PROINVERSIÓN se dio cuenta que las apreciaciones técnicas que tenía el CONSORCIO sobre las debilidades de los estudios del PROPONENTE no iban a poder modificarse, el servicio – y la relación contractual propiamente dicha- quedaron "congelados", y no volvió a recibir ningún pedido ni ninguna comunicación más de PROINVERSIÓN.

POSICIÓN DE PROINVERSIÓN. -

120. En relación a este punto controvertido, en el marco del presente proceso arbitral, PROINVERSIÓN ha manifestado, en resumen, lo que a continuación se expone.



121. Considera que CONSORCIO ha presentado una demanda frívola, es decir, ha demandado por demandar, pues demanda sin argumentos y sin pruebas.
122. Sostiene que la Demandante no logra prima facie sostener, muchos menos probar, que ha cumplido con las obligaciones sustanciales del CONTRATO y de los Términos de Referencia para exigir el pago de unos supuestos servicios, por las cuales se le contrató.
123. Resalta que CONSORCIO solo hace mención a figuras legales como el enriquecimiento sin causa y el reconocimiento de daños y perjuicios, pero sin ningún argumento legal que desarrolle y demuestre el cumplimiento de los requisitos de esas figuras legales reconocidas en el Código Civil, en asumir la carga de la prueba y acreditar el soporte de tales alegaciones.
124. Entiende que CONSORCIO no cumplió con presentar los informes conforme a las exigencias de forma establecidos en los Términos de Referencia (TR) del CONTRATO.
125. Sostiene que CONSORCIO presentó fuera de plazo y de manera incompleta lo que denomina Informes N° 3-B, 3-C y 4, porque: - no presentó los juegos suficientes requeridos de conformidad con lo establecido en el numeral 6 de los TR; - no contó con las rúbricas del jefe de Equipo y Especialista que corresponda, de conformidad con lo establecido en el mismo numeral de los TR; - no hizo una evaluación exhaustiva del estudio de Pre-inversión, estándar de cumplimiento establecido por las partes en el CONTRATO y en los TR, que se acredita conforme a los correos electrónicos remitidos al CONSORCIO; y, - no cumplió con asesorar correctamente a PROINVERSIÓN sobre el Proyecto, al no levantar las observaciones remitidas por cada Informe.
126. Refiere que la presentación de los informes se encontraba regulada en la cláusula segunda de la Adenda del Contrato (Cláusula Cuarta del Contrato Original), los aspectos generales de cada informe en el numeral 6 (página 26) de los TR, el contenido como mínimo de los informes en el numeral 7 (página 27) de los TR y finalmente, el plazo para la presentación en el numeral 8 (página 31) de los TR.



127. Detalla que, conforme a los TR, CONSORCIO debía presentar 3 originales y 1 copia de cada informe; empero, sólo presentó el 6 de enero de 2015, un original del Informe N° 3-B y del Informe 3-C, para posteriormente el 12 de enero de 2015, presentó tres copias de dicho informe (2 originales y 1 simple). Asimismo, anota que los informes presentados sólo tenían un visto, a pesar que en los TR señalan que requieren el visado del Jefe del Proyecto y del Especialista que corresponda con sus sellos respectivos, no pudiendo ser posible identificar a la persona que visa. Considera que el Demandante presentó lo que tenía a la mano al día 6 de enero de 2015 para salvar la fecha de entrega contractual y luego regularizar el cumplimiento de su obligación recién el 12 de enero del mismo año.

128. Respecto del Informe N° 4, expresa que CONSORCIO presentó cuatro ejemplares (3 de ellos en una fecha posterior) y cuentan con dos vistos, pero tampoco se puede determinar si son del Jefe del Proyecto y del Especialista.

129. Considera que CONSORCIO no cumplió con desarrollar correctamente lo que denominan Informes Entregados. Para el caso del Informe N° 3-B, si bien cumplió con realizar la revisión de la información presentada por el PROPONENTE, no cumplió con llevar la supervisión del levantamiento de observaciones según los TR, existiendo múltiples observaciones que no fueron levantadas en su oportunidad. Tampoco CONSORCIO tomó en consideración la opinión del MTC indicando que resultaba necesario rechazar el proyecto propuesto bajo la modalidad Monorriel, para analizar la mejor alternativa de transporte masivo en Arequipa. Resalta que la información proporcionada por CONSORCIO no fue de utilidad como respaldo para la toma de una decisión de inversión y que existen diversos temas que se encontraban observados. Para el caso del Informe N° 3-C, señala que CONSORCIO, en cada uno de los temas a ser estudiados, debía presentar el resultado de la revisión de la información de costos, así como la verificación del levantamiento de observaciones y cumplimiento de las recomendaciones efectuadas al PROPONENTE, empero el Demandante no acredita cumplir con el estándar de revisión exhaustiva de la información como requiere los TR. En cuanto al Informe N° 4, indica que CONSORCIO presentó dicho informe con información pendiente de revisión por su parte, no habiéndose realizado el trabajo para el cual fue contratado.




130. Sostiene que dichos informes fueron observado a través de correos electrónicos, y tales observaciones no fueron levantadas por CONSORCIO.

131. Alega que, no corresponde aplicar la Ley de Contrataciones y su Reglamento, pues en el CONTRATO se establece el plazo y procedimiento para revisar y aprobar o formular observaciones y/o solicitar aclaraciones a los informes presentados. Es así que, dentro del plazo no mayor de diez días contemplado en el numeral 8.2 de los TR, la Entidad tenía la facultad de revisar y aprobar o formular observaciones y/o solicitar aclaraciones a los informes presentado por CONSORCIO.

132. Resalta que dicho numeral de los TR no contempla el supuesto en el que la Entidad no revise ni apruebe o formule observaciones y/o solicite aclaraciones al CONSORCIO dentro del plazo, por lo que no puede interpretarse que al vencimiento de éste el informe presentado debería ser declarado como recibido a satisfacción y que, además, se cumpla con pagar por dicho trabajo, sin ningún sustento legal alguno, sea en el Código Civil, menos aún en aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Entiende que la sola presentación de los informes no supone la aprobación de los mismos, ni mucho menos el pago de éstos. No existe conformidad implícita.

133. Postula que CONSORCIO no cumplió con la obligación sustancial del CONTRATO, como es una asesoría en la revisión y supervisión exhaustiva del estudio de Pre-inversión (a un nivel de factibilidad) del Proyecto presentado por el PROPONENTE, conforme se establece en el numeral 4.1 de los TR. Señala que el Demandante estuvo lejos de cumplir con su obligación principal, tanto es así, que a pesar de que la propuesta formulada en el Proyecto por parte del CONSORCIO ya no era viable, éste mantenía la posición de que sí, sin sustento alguno.

134. Puntualiza que las observaciones al Informe 3-B, se realizaron a través de correos electrónico y llamadas telefónicas al CONSORCIO:

- Con correo electrónico del 20 de marzo de 2015, se le indicó a CONSORCIO que debía revisar el levantamiento de observaciones, que el informe sustente el levantamiento de observaciones del



PROPONENTE y un checklist de observaciones versus levantamiento de éstas.

- Mediante correo electrónico del 27 de marzo de 2015, se observó la Nota Técnica N° 39A, porque CONSORCIO no dejaba claro si se encontraba conforme con lo propuesto por el PROPONENTE.
- Con llamada telefónica del 7 de abril de 2015, se realizaron comentarios al CONSORCIO.
- A través de correo electrónico del 30 de abril de 2015, PROINVERSIÓN señaló que se debe aclarar y dejar cerrados los comentarios de las Notas Técnicas que corresponden al Informe 3-B.
- Con correo electrónico del 5 de mayo de 2015, la Entidad señaló al CONSORCIO que deben quedar aclarados los siguientes aspectos: descripción por cada ítem, comentarios y observaciones del Consorcio, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), recomendación final del Consorcio (pasa a otra Nota Técnica, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros).
- Mediante correo electrónico del 12 de mayo de 2015, PROINVERSIÓN realizó diversas observaciones respecto a las Notas Técnicas, señalando que CONSORCIO, debía indicar si los comentarios que había realizado se encontraban cerrados.
- A través de correo electrónico del 16 de mayo de 2015, la Entidad señaló que no se han tomado en cuenta las observaciones que fueron remitidas al CONSORCIO.
- Por correo electrónico del 22 de mayo de 2015, PROINVERSIÓN indicó que existen diversos temas que no han sido incorporados respecto a las observaciones realizadas, y le manifestó a CONSORCIO que debía señalar si lo presentado por el PROPONENTE es correcto o no.

135. Nota que las observaciones al Informe 3-C, se realizaron a través de correos electrónico y llamadas telefónicas al CONSORCIO:

- Con correo electrónico del 20 de marzo de 2015, se le indicó a CONSORCIO que debía revisar el levantamiento de observaciones, que el informe sustente el levantamiento de observaciones del



PROPONENTE y un checklist de observaciones versus levantamiento de éstas.

- Mediante llamada telefónica, realizó comentarios a la Nota Técnica N° 39B, porque CONSORCIO no dejaba claro si se encontraba conforme con lo propuesto por el PROPONENTE.
- A través de correo electrónico del 30 de abril de 2015, PROINVERSIÓN señaló que se debe aclarar y dejar cerrados los comentarios de las Notas Técnicas que corresponden a la Nota Técnica N° 39B.
- Con correo electrónico del 5 de mayo de 2015, la Entidad remite al CONSORCIO la propuesta de cuadro para los informe finales por cada entregable (NT, 39-3B, 3A, etc) con la descripción por cada ítem, comentarios y observaciones del Consorcio, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), recomendación final del Consorcio (pasa a otra Nota Técnica, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros).
- A través de correo electrónico del 16 de mayo de 2015, PROINVERSIÓN indicó que deben quedar aclarados los siguientes aspectos: descripción por cada ítem, comentarios y observaciones del Consorcio, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), recomendación final del Consorcio (pasa a otra Nota Técnica, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros).

136. Afirma que las observaciones al Informe 4, se realizaron a través de correos electrónico y llamadas telefónicas al CONSORCIO:

- Mediante coordinación telefónica del 24 de abril de 2015, en atención al correo cursado a la Jefatura de la Unidad Formuladora de PROINVERSIÓN, en la medida que el informe presentado tenía tantas observaciones que ameritaba una reunión para coordinar la presentación del documento, de acuerdo a lo indicado en los TR.
- Con correo electrónico del 27 de abril de 2015 se reiteró el pedido de reunión.
- Por correo electrónico del 5 de mayo de 2015, se solicitó al equipo legal del CONSORCIO, postergación de la reunión programada para la revisión del nuevo documento que presentarían.



- A través de correo electrónico del 11 de mayo de 2015, se solicitó al CONSORCIO la presentación de la nueva versión del informe legal.
- Con correo electrónico del 14 de mayo de 2015, se requirió al CONSORCIO el análisis legal del estudio de Pre-inversión que estaba pendiente, así como la nueva presentación del informe legal.
- Mediante correo electrónico del 15 de mayo de 2015, se remitió al CONSORCIO nuevas observaciones efectuadas en anteriores oportunidades por PROINVERSIÓN.
- Por correo electrónico del 18 de mayo de 2015, se remitió una serie de nuevas observaciones a la cuarta versión del Informe Legal presentado por el CONSORCIO, en la que se indica que dicha versión aún no levanta las observaciones efectuadas en anteriores oportunidades por PROINVERSIÓN.
- A través de correo electrónico del 20 de mayo de 2015, se solicitó a CONSORCIO que confirme la fecha de presentación del informe legal con el levantamiento de observaciones respectivo.
- Con correos electrónicos del 22 y 25 de mayo de 2015, la Entidad manifestó que a la fecha no ha recibido el informe legal con el levantamiento de observaciones y su preocupación por la demora incurrida.
- Mediante correo electrónico del 31 de julio de 2015, se le indicó al CONSORCIO que la cuarta versión del informe legal sigue presentando observaciones.

137. Reitera que no corresponde aplicar la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, ni mucho menos las opiniones del OSCE. Explica que con la cláusula décimo tercera del CONTRATO se establece cuál es el orden de preferencia de los documentos para cuando existen casos de discrepancia en la interpretación de sus alcances. En el numeral 5 de los TR se establece cuál es el marco jurídico aplicable para el CONTRATO. En ninguna de esas disposiciones se hace referencia a la indicada Ley ni a su Reglamento.

138. Destaca que PROINVERSIÓN tiene un Reglamento para la adquisición de Bienes y Servicios propios con lo cual se deberán aplicar las reglas contenidas en dicho reglamento.

139. Considera que la pretensión principal de la demanda carece de sustento debido a que sí se observó los informes presentados, y fueron comunicadas al CONSORCIO. Igualmente, sostiene que la pretensión alternativa carece de sustento debido a que a la fecha se mantienen las observaciones sin ser subsanadas y el Demandante no ha acreditado el daño, menos aún el nexo causal. Asimismo, asume que la pretensión subordinada a la pretensión principal también carece de sustento porque CONSORCIO no cumplió con acreditar sus obligaciones sustanciales del CONTRATO. Sobre la segunda pretensión subordinada, expresa que las cartas fianzas deben responder por efecto de la declaración de una decisión infundada de las pretensiones principales, y permanecer vigentes mientras el CONTRATO no concluye o no se declare su conclusión y mientras existan obligaciones pendientes de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.2 de la Cláusula Séptima del CONTRATO. En cuanto a la tercera pretensión subordinada, señala que carece de sustento debido a estar frente a una demanda frívola.

140. Explica que con el medio probatorio B-16, busca demostrar que remitió al CONSORCIO la propuesta de cuadro para los informes finales por cada entregable (NT, 39-3B, 3ª, 3C etc) con la descripción por cada ítem, comentarios y/o observaciones del CONSORCIO, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), y recomendación final del CONSORCIO (pasa a otra NT, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros). Relieva que esta es una evidencia de las constantes comunicaciones que cursaba la Entidad al CONSORCIO por no estar satisfechos con lo presentado en los entregables y notas técnicas.

141. Advierte que CONSORCIO pretende hacer entender que las observaciones formuladas por la Entidad al Demandante no debían de haber sido realizadas a él sino al PROPONENTE de la inversión privada, toda vez que éste último es quien debe modificar la iniciativa privada. Al respecto, aclara que la naturaleza de la prestación del CONTRATO, entendida como relación jurídica entre el CONSORCIO y PROINVERSIÓN era la de contratar a una empresa que prestara los servicios desarrollados en los TR, propuesta económica del Consultor, entre otros documentos. Estos TR desarrollan y complementan las obligaciones del contratista para la ejecución de una prestación. Tanto es así que los TR forman parte del CONTRATO y por tal

razón, el contratista debe cumplir lo señalado en él. Una segunda relación jurídica que nace como consecuencia de una iniciativa privada, es entre el PROPONENTE de la inversión y PROINVERSIÓN, como órgano encargado de encaminar las iniciativas privadas. Esta relación no está en cuestionamiento en este arbitraje. Son dos relaciones jurídicas distintas.

142. Alega que las obligaciones del CONSORCIO no eran realizar las valorizaciones que estimase pertinentes, su obligación era la de asesorar en la revisión y supervisión exhaustiva del estudio de preinversión y además, en el acompañamiento del proceso de promoción de inversión privada y modelación económica financiera, entre otras cosas. Resalta que es un error utilizar las palabras "estimase pertinentes", porque eso significa que no se realizaría un estudio exhaustivo de la iniciativa privada. Precisa que la prestación del CONSORCIO no era solamente la presentación de un dictamen técnico especializado, sino la presentación de informes y además el acompañamiento de los procesos de promoción.

143. Entiende que CONSORCIO no tenía claro cuáles eran sus obligaciones contractuales en el CONTRATO.

144. Detalla que CONSORCIO no es quien determina la factibilidad de un proyecto de esta envergadura, pues ello corresponde al órgano competente de la administración pública en coordinación con PROINVERSIÓN.

145. Advierte que el Demandante trata de sustentar que las observaciones realizadas por la Entidad se encontraban relacionadas a las notas técnicas presentadas por el CONSORCIO y no de los informes, lo que es inexacto por cuanto, lo que observó PROINVERSIÓN fueron los documentos que ingresaron a través de las cartas señaladas por CONSORCIO. Al respecto, argumenta que las notas técnicas eran presentadas por CONSORCIO como consecuencia de consolidar la revisión de las subsanaciones del PROPONENTE en el informe de pre-inversión, con ello se tenía bajo control las modificaciones realizadas y se les hacía un seguimiento. Pero también las notas técnicas fueron observadas.

146. Reconoce que no observó los Informes materia del proceso, dentro del plazo contractual de 10 días. No obstante ello, las partes están de acuerdo en que no existe aprobación automática de los entregables al término del plazo de 10 días para las observaciones. No podría ser de otra manera, ya que tanto en el CONTRATO como en los TR, así como el marco normativo aplicable, no existe disposición alguna que establezca esta sanción de manera taxativa, esto es, que luego del vencimiento de los 10 días que tiene la Entidad para observar los entregables suponga una suerte de aprobación automática, caducidad u otra figura con mismos efectos. Lo que sí se ha establecido en el CONTRATO es la aprobación de los Informes por el Comité de Proinversión luego de un análisis exhaustivo de los mismos según el CONTRATO y los TR.

147. Alega que CONSORCIO no ha cumplido con acreditar que los Informes 3B, 3C y 4 se encuentran según el CONTRATO y los TR siendo la carga de la prueba responsabilidad del Demandante y no del Demandado. Señala que no se ha presentado ninguna pericia que demuestre que dichos Informes están correctos y que cumplen el estándar de *exhaustividad*.

148. Considera que el Demandante basa su pedido en tan solo cotejar hechos de entrega en una simple línea de tiempo; vale decir, entrega de los Informes el 6 de enero 2015 dentro del plazo contractual y que no fueron observados por PROINVERSION en el plazo de 10 días que establece el CONTRATO, mas no en la aprobación de los Informes.

149. Puntualiza que el Tribunal no cuenta con elementos para poder aprobar los Informes, en este escenario de haber sido presentados al 06 de enero 2015 y no haber sido observados por la Entidad en el plazo de los 10 días que otorga el Contrato. Es más, el Demandante no lo solicita. Advierte que, en este hipotético caso negado, el Tribunal solo podría otorgar lo que pide el CONSORCIO, vale decir, una simple conformidad de que el Consorcio presentó dichos Informes dentro del plazo contractual. En otras palabras, constatar solo hechos en una línea de tiempo, pero esto no supone la aprobación –que requiere el Contrato– de los Informes, dado que a su vez sería contradictorio con la propia manifestación del CONSORCIO que no busca la aprobación de los mismos en este arbitraje.

- 150. Acota que el pago se realiza como consecuencia de la aprobación de los entregables según el CONTRATO y los TR, y no por ser presentados dentro del plazo. No basta acreditar hechos en una línea de tiempo, sino que el requerimiento de pago debe ajustarse a lo pactado por las partes y no ser materia de exigencia por un supuesto diferente e inexistente.

- 151. Sostiene que el Tribunal debe considerar el pacto de las partes y en esa línea, confirmar que PROINVERSIÓN no paga por simples cargos de recepción. Por lo que paga la Entidad es por la prestación de un servicio especializado materializado a través de Informes que son presentados por el CONSORCIO luego de una evaluación exhaustiva del proyecto de inversión. Asimismo, PROINVERSIÓN realiza el pago como consecuencia de la aprobación de los Informes presentados por el CONSORCIO luego de revisado con el CONTRATO y los TR. La Entidad no realiza el pago porque el Informe fue presentado dentro del plazo contractual (6 de enero 2015), por el simple hecho de constatar hechos irrelevantes en una línea de tiempo, dejando de lado el análisis en el cumplimiento de los Informes con el CONTRATO y los TR.

- 152. Asume que, en el supuesto negado, de que el Tribunal Arbitral considere dar conformidad, constancia, aprobación u otra acepción –tomando en consideración que el CONSORCIO no ha solicitado ello [1 hora, minuto 39, segundo 20 de la Audiencia]- de los Informes presentados por el Demandante, lo deberá de hacer luego de un análisis con el CONTRATO y los TR, teniendo como premisa que los Informes tienen que cumplir, además, con un estándar de exhaustividad.

- 153. Llarna la atención que, el Tribunal no cuenta con mayores elementos para dar conformidad, aprobar, constatar u otra acepción de los Informes, toda vez que no cuenta con un Informe técnico/pericia que señale que dichos Entregables cumplen con lo dispuesto tanto en el CONTRATO como en los TR. Señala que sus observaciones fueron legítimas, objetivas y de carácter técnico y su contenido no fueron cuestionados por el CONSORCIO a lo largo de este arbitraje. El hecho que la Entidad haya observado después del plazo contractual ello no implica, menos aún se encuentra demostrado por un perito experto, que estas no sean legítimas y objetivas.

154. Enfatiza que CONSORCIO no cumplió con presentar el Informe Final incorporando las subsanaciones levantadas según el CONTRATO.
155. Repara en que, según lo dispuesto en el CONTRATO (numeral 8.2 página 33/46 Anexo B-3) luego de las Observaciones realizadas por PROINVERSIÓN y levantadas por el CONSORCIO –cosa que sucedió-, éste último deberá de presentar un Informe Final de dicho Entregable. Este Informe debe incorporar las subsanaciones dadas a la Entidad.
156. Manifiesta que actualmente en el expediente solo existe los Informes completos al 06 de enero del 2015 que consta en la resolución N°.04, pero no existe en el expediente arbitral prueba que demuestre el CONSORCIO haber presentado los Informes con las Subsanaciones incorporadas; estos últimos Informes con las subsanaciones tampoco existen en los archivos de PROINVERSION dado que nunca fueron presentados.
157. Afirma que CONSORCIO no presentó el Informe final que incorpora las Subsanaciones, por lo que no cumplió con ejecutar lo dispuesto en los TR (numeral 8.2 página 33/46 Anexo B-3), vale decir, incumplió una obligación pactada. En ese sentido, en este escenario de entender una posible aprobación pasiva de los Informes luego de los 10 días del CONTRATO, derivado de las Observaciones Subsanadas, el Tribunal no puede otorgar una aprobación a satisfacción de los Informes, toda vez que el CONSORCIO no culminó el último paso de presentar los Informes con las subsanaciones para su aprobación.
158. Nota que el pago por los entregables se encuentra directamente vinculado a seguir el procedimiento establecido en el CONTRATO para el levantamiento de las observaciones. Lo que no ha sucedido a la fecha.
159. Explica que la aprobación del Informe con las Subsanaciones recae en el Comité de Proinversión en donde se analiza si dicho Informe cumple o no con las condiciones establecidas en el CONTRATO y en los TR aplicando el estándar de exhaustividad. Si la Entidad realiza observaciones a dicho Informe, entonces, el CONSORCIO deberá de presentar un Informe final de dicho entregable incorporando el levantamiento de las observaciones. Este Informe final será el que el Comité de PROINVERSIÓN apruebe para el pago. Sin este Informe final que incorpore las Subsanaciones, entonces

PROINVERSIÓN no puede realizar el pago correspondiente. Esto último es parte del acuerdo de las partes y el Tribunal debe respetarlo, caso contrario, se estaría premiando a un privado con un pago no obstante su falta de diligencia en cumplir con lo pactado y ante una conducta bajo control exclusivo del CONSORCIO; entregar el Informe Subsanado a PROINVERSIÓN.

160. Resume que se encuentra acreditado en el proceso lo siguiente:

- No existe aprobación automática de los entregables luego de vencido el plazo que tiene la Entidad para realizar observaciones.
- No procede declarar la aprobación de los entregables por el solo hecho de haber sido presentados dentro del plazo contractual.
- Conscientemente el CONSORCIO NO solicita la aprobación técnica de los Informes, centrando su argumento en temas formales.
- No cabe pago alguno por el solo hecho de haber entregado Informes en el plazo.
- El CONSORCIO no cumplió con lo dispuesto en el CONTRATO luego de recibir las observaciones planteadas por PROINVERSIÓN, al no presentar el Informe final de cada entregable incorporando las Subsanaciones.
- No existe pericia alguna que demuestre que los Informes materia de este arbitraje se encuentran según el CONTRATO y los TR cumpliendo con el estándar de análisis exhaustivo acordado tanto por el CONSORCIO como PROINVERSIÓN.
- Suponer que los Informes se aprueben a satisfacción por no existir mayores observaciones por PROINVERSIÓN, importaría aprobar los Informes finales sin haber sido entregados por el CONSORCIO.

161. Concluye que el CONSORCIO no solicitó la aprobación de los Informes, sino más bien busca un pago en base a la formalidad, a constatar hechos irrelevantes en una línea de tiempo alejado al supuesto de pago del CONTRATO. Asume que el Demandante nunca tuvo la intención de analizar ni discutir la pertinencia técnica de los Informes; finalmente, siempre supo que había incumplido con la entrega del Informe final que incorpora las subsanaciones y que no tenía ningún sustento del supuesto pago en este escenario. Aun así, el CONSORCIO decidió iniciar este arbitraje,

ocasionando la utilización de recursos públicos para que PROINVERSIÓN se defienda en una controversia que nunca debió iniciarse.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

162. En atención a los hechos expuestos, así como a las particularidades del caso, conviene advertir que el tema a ser abordado respecto de la Pretensión Principal de la Demanda, es si corresponde o no ordenar a PROINVERSIÓN aprobar los Entregables correspondientes a los Informes 3-B, 3-C y 4.

163. Como consecuencia de lo anterior, corresponde analizar cuál es el procedimiento que regula la aprobación de los Entregables en controversia. Así, lo primero que verifica el Colegiado es que dicho procedimiento está estipulado en el numeral 8.2 de los TÉRMINOS DE REFERENCIA (TR) del CONTRATO:

"8.2. Plazo y Procedimiento para Formular y Subsanan Observaciones a los Informes y sus Respectivas Aprobaciones

a) PROINVERSIÓN en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, revisará y aprobará o formulará observaciones y/o solicitará aclaraciones. En caso que PROINVERSIÓN formulase observaciones y/o requiriese aclaraciones a los informes presentados por EL CONSULTOR, la Jefatura de la Unidad Formuladora o la Jefatura de Proyectos Ferroviarios de PROINVERSIÓN deberá correrle traslado de las mismas, mediante comunicación escrita, por correo electrónico, por fax o por correo normal.

b) EL CONSULTOR deberá dar respuesta a las observaciones formuladas presentando un nuevo informe que recoja el levantamiento de observaciones o las precisiones del caso, y de corresponder, correcciones y/o modificaciones que devinieran de su incidencia, trascendencia y/o influencia en algún otro capítulo de los estudios, en el plazo que PROINVERSIÓN le otorgue, de acuerdo a la complejidad de las observaciones. Ello no implicará modificación en el plazo para la presentación de los siguientes informes.

c) Cabe señalar que EL CONSULTOR efectuará el levantamiento de observaciones correspondiente y no mantendrá en informes subsiguientes observaciones ya subsanadas en levantamientos



anteriores, caso contrario serán de aplicación las penalidades indicadas en el Contrato de servicios.

d) De no subsanar adecuadamente dichas observaciones, PROINVERSIÓN procederá con la aplicación de las penalidades correspondientes, en caso persista el incumplimiento, PROINVERSIÓN podrá resolver el contrato unilateralmente.

e) El Comité PRO INTEGRACIÓN aprobará la versión final del respectivo informe con las subsanaciones realizadas. El Comité PRO INVERSIÓN PÚBLICA aprobará la versión final del respectivo informe (bajo su competencia) con las subsanaciones”.

164. Ahora bien, es un hecho no controvertido que PROINVERSIÓN no se pronunció dentro del plazo no mayor de diez días fijado en los TR, para que pueda revisar y aprobar o formular observaciones y/o solicitar aclaraciones. Ante ello, resulta pertinente establecer qué consecuencia genera el vencimiento del plazo máximo sin que haya mediado pronunciamiento de dicha Entidad.

165. Resulta claro del texto de numeral 8.2 de los TR, que no se ha previsto en el procedimiento que regula la aprobación de los entregables en controversia un plazo de fatalidad, ni un silencio positivo, ni un consentimiento tácito, ni mucho menos una aprobación automática de los entregables por el sólo hecho del vencimiento de ese plazo.

166. Sobre este extremo, las partes han discrepado sobre la aplicación supletoria o no de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En efecto, para la Entidad ni en el CONTRATO (cláusula décimo tercera: Interpretación del Contrato), ni en los Términos de Referencia (numeral 5 Normas Aplicables) existe habilitación para la aplicación del marco normativo de las Contrataciones del Estado. Sobre ese extremo, el Colegiado no comparte la posición de la Demandada, por cuanto el hecho que no se haga mención expresa a dicho cuerpo normativo de las Contrataciones del Estado en los documentos contractuales, ello no enerva lo dispuesto por el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en virtud del cual la normatividad de dicha Ley y su Reglamento son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no

Handwritten mark resembling a vertical line with a flourish at the bottom right.

Handwritten number 2

resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

167. Tomando en cuenta lo anterior, corresponde analizar si en la normatividad de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento existe una norma específica, que regule la consecuencia que genera el vencimiento del plazo máximo sin que haya mediado pronunciamiento de dicha Entidad, que tenga que aplicarse supletoriamente para cubrir un vacío o deficiencia de la estipulación contractual.

168. En ese sentido, cabe anotar que el artículo 176° del Reglamento tampoco establece un plazo de fatalidad, ni un silencio positivo, ni un consentimiento tácito, ni mucho menos una aprobación automática de la recepción y conformidad de los servicios. Esto ha sido corroborado por OSCE, que en la Opinión N° 090-2014/DTN expresamente indica lo siguiente:

"(...)

2.3.¿En caso la entidad no se pronunciase respecto a la conformidad de los servicios prestados por el contratista dentro del plazo previsto, se entiende por aprobado dichos servicios?(sic)

(...)En el caso de ejecución o consultoría de obras, el mismo artículo precisa que el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que debe ser elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, debiendo la Entidad pronunciarse dentro del plazo máximo establecido, bajo responsabilidad del funcionario correspondiente; caso contrario, la liquidación presentada se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha provisto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad ..."

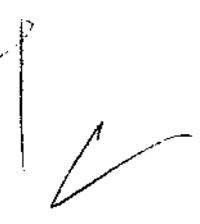
169. Por ello, se puede concluir que aún vencido el plazo contemplado en el numeral 8.2.a) de los TR, PROINVERSIÓN estaba legitimada para formular observaciones y/o solicitar aclaraciones que debían ser respondidas por CONSORCIO.

170. Ahora bien, bajo la premisa que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y que el cuarto párrafo del artículo 103° de la Constitución no ampara el abuso del Derecho, para el Tribunal es evidente que esa potestad de observar o solicitar aclaraciones de la Entidad debe ser ejercida de forma regular, sin configurar un ejercicio abusivo de dicho derecho.

171. En efecto, la Entidad tiene un derecho de verificar o comprobar el fiel cumplimiento de lo pactado, si las prestaciones se han ejecutado conforme al CONTRATO, pero no todo defecto u omisión, por pequeño que sea, autoriza a rechazar la prestación, sino que esa medida dependerá de la gravedad, el grado y tipo de incumplimiento. No cualquier deficiencia permite al Comitente tener por no prestados los servicios. Si los defectos o deficiencias son de meros detalles, no son sustanciales, tener por incumplida la prestación configuraría una conducta abusiva. Por el contrario, si la deficiencia es esencial, autoriza al Comitente a observar y solicitar aclaraciones, que de no ser levantadas le autoriza a la no aprobación de los servicios.

172. En ese orden de ideas, cabe resaltar que el artículo 1151° del Código Civil, en su inciso 2), sólo autoriza a considerar no ejecutada la prestación cuando el cumplimiento parcial o defectuoso resulta inútil para satisfacer el interés del acreedor. De aceptarse un principio distinto se estaría no solo yendo en contra de lo que dispone la Ley, sino que se estaría amparando una conducta contraria a la buena fe y que podría constituir un abuso de derecho.

173. En el presente caso, el interés del acreedor (PROINVERSIÓN) está referido al destino natural o idóneo de la asesoría integral contratada capaz de satisfacer una necesidad pública. De ello se puede inferir que cuando el cumplimiento parcial o defectuoso de la prestación no afecta la calidad ni la aptitud de la asesoría para servir a su destino, no se debería ver afectado el



interés de la Entidad, por lo que no resultaría válida la negativa a una aprobación de dichas prestaciones.

174. Resulta relevante destacar que, conforme a los TR, el interés de PROINVERSIÓN se ha definido expresamente en una *"Asesoría en la revisión y supervisión exhaustiva del estudio de preinversión (a un nivel de factibilidad) del Proyecto asociado a la IPC y en la elaboración del Comparador Público Privado (análisis de valor por dinero)"* (Página 1, numeral 2). Específicamente, al describir los Alcances del Servicio, se ha descrito ese interés en la fase de preinversión, como *"una revisión y supervisión exhaustiva del estudio de preinversión del proyecto, el cual será elaborado por el Proponente de la Iniciativa Privada Cofinanciada, quien, además, será responsable de atender o levantar las observaciones que el Consultor o los órganos evaluadores competentes detecten durante el proceso de evaluación del estudio de preinversión"* (Página 4, numeral 4.1 de los TR).

175. En esa línea, es evidente que la "Asesoría Integral" a cargo de CONSORCIO tiene como propósito producir la información indispensable para respaldar una decisión de inversión a cargo de la Entidad. Por ello, puntualmente se ha descrito los TR que el servicio incluye:

"En términos generales, la revisión y supervisión exigirá lo siguiente: revisión de la base de datos o fuentes de información empleadas en la preparación del estudio, de los instrumentos de recopilación de información, examinar la razonabilidad de supuestos establecidos, discusión con los consultores del Proponente sobre aspectos técnicos y metodológicos, propuesta de mejoras y recomendaciones durante el proceso de elaboración del estudio de preinversión, revisión de levantamiento de observaciones y de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas a los consultores del Proponente, uso de benchmarks internacionales relevante para la evaluación, entre otros aspectos que se juzguen relevantes para una óptima y exhaustiva evaluación del estudio de preinversión". (Página 4 y 5, numeral 4.1 de los TR).

Y adicionalmente se previó contractualmente la posibilidad que la Entidad esté facultada a exigir otras prestaciones que "razonablemente" tengan "relación directa" con el servicio contratado:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO Y ALCANCES DE LOS SERVICIOS

(...)

2.2 Alcances

(...)

2.2.2 Adicionalmente, EL CONSULTOR se compromete a ejecutar aquellas prestaciones que, sin estar enunciadas en su Propuesta, tengan relación directa con el servicio contratado y que razonablemente puedan ser exigidas por PROINVERSIÓN".

176. En ese marco contractual y legal, para determinar si los Entregables presentados (Informe 3-B, 3-C y 4) debieron o no ser aprobados por PROINVERSIÓN, se tiene que constatar los siguientes aspectos:

- Si la Entidad formuló observaciones y/o requirió aclaraciones.
- Si dichas observaciones o aclaraciones son razonables, sustanciales o esenciales para satisfacer la finalidad del servicio contratado.
- Si CONSORCIO cumplió con *"el levantamiento de observaciones o las precisiones del caso, y de corresponder, correcciones y/o modificaciones que devinieran de su incidencia, trascendencia y/o influencia en algún otro capítulo de los estudios"*.

177. En cuanto al primer aspecto, el Tribunal verifica que en autos existen medios probatorios que demuestran que PROINVERSIÓN sí formuló observaciones y/o requirió aclaraciones. En efecto, en las siguientes cartas CONSORCIO reconoce que se efectuaron observaciones y/o aclaraciones:

"En relación a los comentarios remitidos vía electrónica, referidos al Informe N° 3-B Reporte de Formulación B, sírvase encontrar adjunta la Nota Técnica N° 39-A con nuestras respuestas a dichos comentarios." (Carta SP-041-15 de fecha 21 de abril de 2015. Anexo A.20 del escrito de Demanda).

"(...)

Atendiendo al tiempo transcurrido sin tener una respuesta formal de Proinversión, y habiendo atendido oportunamente las observaciones, y sugerencias efectuadas por PROINVERSIÓN a los entregables, incluso las realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo para efectuar observaciones entendemos que dichos Entregables han sido aprobados y cuentan con la conformidad correspondiente.

(...) (Carta SP-168-15 de fecha 27 de octubre de 2015. Anexo A26 del escrito de Demanda).

"(...)

Cabe precisar que nuestro consorcio atendió oportunamente y de manera previa a la emisión de las correspondientes facturas, todas las observaciones y sugerencias efectuadas por PROINVERSIÓN a los referidos entregables, incluso las realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo para efectuar observaciones, ello con el objeto de coadyuvar a la optimización de los resultados del proyecto. Asimismo, al no haber recibido a la fecha ninguna comunicación u observación adicional a las ya atendidas por el Consorcio, entendemos que dichos Entregables han sido aprobados y por tanto cuentan con la conformidad correspondiente, más aun teniendo en cuenta el plazo transcurrido a la fecha.

(...) (Carta SP-182-15 de fecha 01 de diciembre de 2015. Anexo A27 del escrito de Demanda).

178. En ese sentido, corresponde analizar el segundo aspecto mencionado, esto es, si dichas observaciones o aclaraciones son razonables, sustanciales o esenciales para satisfacer la finalidad del servicio contratado.

179. A este efecto, PROINVERSIÓN ha detallado las observaciones formuladas para cada Informe, en el capítulo III (página 22 al 26) de su escrito de contestación a la demanda. Por ende, el Colegiado constatará si para cada Informe se formularon o no observaciones u aclaraciones con entidad, esto es, razonables, sustanciales o esenciales para satisfacer la finalidad del servicio contratado.



- 180. Es así que para el Informe 3-B se aprecia que la Entidad observó el 20 de marzo de 2015, que dicho informe no incluyó un pronunciamiento sobre el levantamiento por parte del PROPONENTE de las observaciones efectuadas por CONSORCIO. De manera que PROINVERSIÓN solicitó un checklist que incluya un listado de las observaciones formuladas por CONSORCIO y del levantamiento de éstas por parte del PROPONENTE, y en los casos que corresponda, indique que la observación se deberá en un nivel de Expediente Técnico o Superior. Esto consta en el Anexo B-5 del escrito de contestación a la demanda.

- 181. Para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable habida cuenta que, tal como se ha indicado, dentro del alcance del servicio, le corresponde a CONSORCIO: la *"...revisión de levantamiento de observaciones y de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas a los consultores del Proponente"*. (Página 4 y 5, numeral 4.1 de los TR).

- 182. Asimismo, para el Informe 3-B se verifica que la Entidad observó el 5 de mayo de 2015, que en los informes debían quedar claro los siguientes aspectos: descripción por cada ítem, comentarios y observaciones del Consorcio, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), recomendación final del Consorcio (pasa a otra Nota Técnica, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros).

- 183. Para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable por cuanto lo que busca la Entidad es que en los Informes quede claro cuál es la opinión o pronunciamiento de CONSORCIO sobre cada tema puntual, así como la recomendación final de éste.

- 184. De otro lado, en el medio probatorio B-11 se aprecia que CONSORCIO era consciente de la existencia de faltantes en la información que elaboró. Así en el correo enviado por éste el 14 de mayo de 2015, señala que para el caso de la NT 39-A, para la columna de levantamiento de los casos en los que se reclamaba mayor información se limita a decir que el PROPONENTE la considera suficiente.

- 185. En el medio probatorio B-12 se aprecia que las partes discrepan sobre si la última versión de la NT 39-A incorpora o no todos los comentarios de PI.

186. PROINVERSIÓN no ha presentado otras pruebas sobre observaciones o aclaraciones posteriores a mayo de 2015. Por ende, de estas pruebas, queda acreditado que, sólo hasta mayo de 2015, PROINVERSIÓN efectuó observaciones al Informe 3-B que resultaban relevantes.

187. En cuanto al Informe 3-C, se aprecia que la Entidad observó el 20 de marzo de 2015, que dicho informe no incluyó un pronunciamiento sobre el levantamiento por parte del PROPONENTE de las observaciones efectuadas por CONSORCIO. De manera que PROINVERSIÓN solicitó un checklist que incluya un listado de las observaciones formuladas por CONSORCIO y del levantamiento de éstas por parte del PROPONENTE, y en los casos que corresponda, indique que la observación se deberá en un nivel de Expediente Técnico o Superior. Esto consta en el Anexo B-5 del escrito de contestación a la demanda.

188. Como se señaló, para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable habida cuenta que, tal como se ha indicado, dentro del alcance del servicio, le corresponde a CONSORCIO: la "*...revisión de levantamiento de observaciones y de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas a los consultores del Proponente*". (Página 4 y 5, numeral 4.1 de los TR).

189. Asimismo, para el Informe 3-C se verifica que, el 5 de mayo de 2015, la Entidad observó que, en los informes finales por cada entregable, como la Nota Técnica 39-B debían quedar claro los siguientes aspectos: descripción por cada ítem, comentarios y observaciones del Consorcio, levantamiento de observaciones (contiene las conformidades o rechazos), recomendación final del Consorcio (pasa a otra Nota Técnica, se cierra, queda pendiente para otro nivel, entre otros).

190. Para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable por cuanto lo que busca la Entidad es que en los Informes quede claro cuál es la opinión o pronunciamiento de CONSORCIO sobre cada tema puntual, así como la recomendación final de éste.

191. PROINVERSIÓN no ha presentado otras pruebas sobre observaciones o aclaraciones posteriores a mayo de 2015. Por ende, de estas pruebas,

queda acreditado que, sólo hasta mayo de 2015, PROINVERSIÓN efectuó observaciones al Informe 3-C que resultaban relevantes.

192. Respecto del Informe 4, se aprecia que, el 24 de abril del 2015, la Entidad observó que debía hacerse de nuevo todo el informe, pues carecía de identificación del problema, sustento de base legal, análisis claro de lo planteado y conclusiones de cómo solucionarlo. Adicionalmente, observó que debía analizarse si el proyecto se encuentra listo para ser remitido al MEF para su evaluación final en el marco del SNIP. La solicitud de presentación del documento legal fue reiterada el 11 de mayo de 2015. Esto consta en el Anexo B-18 y B-21 del escrito de contestación a la demanda.

193. Para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable por cuanto lo que busca la Entidad es que en los Informes de CONSORCIO conste la revisión óptima y exhaustiva a cargo de éste, de la evaluación social y legal contenida en el Estudio de Preinversión.

194. Asimismo, para el Informe 4, se constata que, el 18 de mayo de 2015, PROINVERSIÓN formuló observaciones a la cuarta versión del informe legal, como por ejemplo la falta del sustento de la imposibilidad legal de la inserción del monorriel. Esto consta en el Anexo B-24 del escrito de contestación a la demanda.

195. Para el Tribunal esta observación sí es sustancial o razonable por cuanto lo que busca la Entidad es que en los Informes legales de CONSORCIO contengan un pronunciamiento de éste sobre la alternativa del monorriel.

196. En el Anexo B-26 se comprueba que la Entidad comunicó a CONSORCIO que estaba pendiente el informe legal con el levantamiento de las observaciones remitidas el 18 de mayo de 2015.

197. PROINVERSIÓN no ha presentado otras pruebas sobre observaciones o aclaraciones posteriores a mayo de 2015. Por ende, de estas pruebas, queda acreditado que, sólo hasta mayo de 2015, PROINVERSIÓN efectuó observaciones al Informe 4 que resultaban relevantes.

198. Verificada la existencia de observaciones sustanciales o razonables, corresponde que el Tribunal Arbitral determine si CONSORCIO cumplió con *"el levantamiento de observaciones o las precisiones del caso, y de corresponder, correcciones y/o modificaciones que devinieran de su incidencia, trascendencia y/o influencia en algún otro capítulo de los estudios"*.
199. Conforme consta en el correo electrónico de fecha 21 de abril de 2014, CONSORCIO remitió a la Entidad la Nota Técnica 39-A y 39-B (anexo f) del escrito 3 del Demandante, así como por Carta SP-041-15 Anexo A20).
200. Como se ha señalado, en mayo la Entidad formuló varias observaciones a la referida Nota Técnica, las que fueron materia de ajustes remitidos por correo electrónico. CONSORCIO ha alegado que respondió a las consideraciones efectuadas por parte de PROINVERSIÓN, para lo cual presenta como prueba el correo electrónico de fecha 18 de mayo de 2015 (anexo l de su escrito 3). Empero, conforme consta en el correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2015, la Entidad insistió en que había varios temas que no habían incorporado (Anexo B-12 del escrito de contestación a la demanda).
201. Cabe resaltar que contractualmente los TR establecen en el numeral 8.2 b) que el CONSULTOR debe dar respuesta a las observaciones formuladas presentando un nuevo informe que recoja el levantamiento de observaciones o las precisiones del caso. Es decir, no basta acreditar borradores o documentos de trabajo.
202. Atendiendo a lo anterior, el Demandante no ha aportado prueba que lleve a la convicción de este Tribunal que cumplió con levantar las observaciones al Informe 3B, con ocasión de la NT 39-A. En efecto, si bien dicha parte ha presentado un archivo Word, donde consta los ajustes del 18 de mayo de 2015, respecto de la NT 39-A, Checklist adicional al Informe 3B, no ha presentado en autos evidencia que cumplió con entregar la versión final en limpio, que PROINVERSIÓN pidió en el correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2015.
203. Por esa razón, para este Tribunal CONSORCIO no ha cumplido con la carga de probar que levantó las observaciones formuladas por la Entidad al

Informe 3-B, de manera que no puede concluirse que PROINVERSIÓN está obligada a aprobar un Entregable que ha sido observado y no subsanado. En consecuencia, ese extremo de su pretensión debe ser desestimada.

204. En cuanto al Informe 3C, 21 de abril de 2014, se verifica que CONSORCIO cumplió con remitir a la Entidad la Nota Técnica 39-B (anexo f) del escrito 3 del Demandante, así como por Carta SP-041-15 Anexo A20).

205. Como se ha señalado, el 5 de mayo de 2015, la Entidad formuló varias observaciones a la Nota Técnica 39-B.

206. Del Anexo B-10 del escrito de contestación a la demanda, se constata que CONSORCIO solicitó a PROINVERSIÓN que dé respuesta o comente la última versión enviada el 11 de mayo de 2015 de las Notas Técnicas 39-B y 41 para dar por cerrada la Nota Técnica.

207. Como se identificará seguidamente, la Demandada no ha probado que sus objeciones formuladas el 5 de mayo de 2015, estuvieran pendientes o faltara aspectos a desarrollar.

208. Es indudable para este Tribunal que la Buena Fe impone un deber a las partes de lealtad o probidad en la ejecución de sus obligaciones y derechos derivados del CONTRATO. En el presente caso, se impone como carga probatoria para la Demandada demostrar cuáles son las observaciones pendientes de levantarse en el caso de la Nota Técnica 39-B, dado que era la única materia objetada por la Entidad en relación al Informe 3C.

209. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el acreedor (la Entidad) incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, conforme al artículo 1338° del Código Civil. Es evidente que una vez que CONSORCIO presenta la última versión de las Notas Técnicas 39-B y 41, PROINVERSIÓN incurrió en mora al no pronunciarse. En ese escenario, de acuerdo al artículo 1340° del Código Civil, el acreedor (la Entidad) en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

210. Atendiendo a lo anterior, la Demandada no ha aportado prueba que lleve a la convicción de este Tribunal que, después de la última versión enviada el 11 de mayo de 2015 de las Notas Técnicas 39-B preparada por CONSORCIO, estaban pendiente observaciones sobre esa Nota Técnica, que impiden aprobar el Informe 3C.
211. Por esa razón, para este Tribunal PROINVERSIÓN no ha cumplido con la carga de probar que subsisten observaciones formuladas por la Entidad al Informe 3C, de manera que puede concluirse que PROINVERSIÓN está obligada a aprobar un Entregable que si bien fue observado, también ha sido subsanado sin pronunciamiento en contra de esa Entidad. En consecuencia, ese extremo de la pretensión del Demandante debe ser amparado.
212. Sobre el Informe 4, al valorar la prueba que obra como Anexo B-27 del escrito de contestación a la demanda, el Colegiado constata que CONSORCIO cumplió con levantar la observación imputada por la Entidad sobre el informe legal pendiente. En efecto, de acuerdo al correo del 31 de julio de 2015, se aprecia que se cumplió con remitir el análisis legal del Informe 4, que comprende el análisis de las competencias de OSITRAN en el Proyecto, las consideraciones legales para la alternativa LRT o Metro Ligero, y Principales aspectos legales y puntos críticos de la alternativa Monorriel.
213. PROINVERSIÓN no ha probado que las observaciones originales al Informe 4 estuvieran pendientes o faltara aspectos a desarrollar después de la presentación del análisis legal por parte de CONSORCIO, a que se refiere el correo del 31 de julio de 2015.
214. Como se indicó, para este Colegiado la Buena Fe impone un deber a las partes de lealtad o probidad en la ejecución de sus obligaciones y derechos derivados del CONTRATO. En el presente caso, se impone como carga probatoria para la Demandada demostrar cuáles son las observaciones pendientes de levantarse en el caso del Informe Legal, dado que, a mayo de 2015, era la única materia objetada por la Entidad en relación al Informe 4.

215. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el acreedor (la Entidad) incurro en mora cuando sin motivo legitimo se niega a aceptar la prestaci3n ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligaci3n, conforme al articulo 1338° del C3digo Civil. Es evidente que una vez que CONSORCIO presenta la 3ltima versi3n del Informe Legal, PROINVERSI3N incurri3 en mora al no pronunciarse. En ese escenario, de acuerdo al articulo 1340° del C3digo Civil, el acreedor (la Entidad) en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligaci3n.

216. Atendiendo a lo anterior, la Demandada no ha aportado prueba que lleve a la convicci3n de este Tribunal que, despu3s de la 3ltima versi3n del informe legal preparado por CONSORCIO, enviada el 31 de julio de 2015, estaban pendiente observaciones que impiden aprobar el Informe 4.

217. Por esa raz3n, para este Tribunal PROINVERSI3N no ha cumplido con la carga de probar que subsisten observaciones formuladas por la Entidad al Informe 4, de manera que puede concluirse que PROINVERSI3N est3 obligada a aprobar un Entregable que si bien fue observado, tambi3n ha sido subsanado sin pronunciamiento en contra de esa Entidad. En consecuencia, ese extremo de la pretensi3n del Demandante debe ser amparado.

218. En conclusi3n, del an3lisis efectuado por el Tribunal Arbitral se llega a la convicci3n racional que la Pretensi3n Principal de la Demanda, debe ser declarada FUNDADA EN PARTE, por lo que corresponde ordenar a PROINVERSI3N aprobar los Informes 3C y 4 en el marco del CONTRATO.

De la Pretensi3n Principal Alternativa de la Demanda y del Segundo Punto Controvertido.

219. Como se indic3 en el punto 8 de este Laudo, la Pretensi3n Principal Alternativa de la Demanda es la siguiente:

"PRETENS3N PRINCIPAL ALTERNATIVA

Que, de no declararse fundada la Pretensi3n Principal, se ordene a la AGENCIA DE PROMOCI3N DE LA INVERSI3N PRIVADA -- PROINVERSI3N, que reconozca las prestaciones recibidas sin reservas

1
A


y a satisfacción, y en vía de indemnización, pague al CONSORCIO DELOITTE – SENER la suma de USD 507,079.58 (Quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 Dólares Americanos), más los intereses legales que correspondan de acuerdo a Ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva, por los Informes 3-B, 3-C y 4, formalmente entregados dentro del plazo contractual establecido, y cuyas contraprestaciones económicas individualmente ascienden a la sumas de USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y USD 278,075.90 (Doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos); respectivamente”.

220. El segundo punto controvertido consiste en:

“Pretensión Principal Alternativa:

Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que reconozca las prestaciones recibidas sin reservas y a satisfacción, y en vía de indemnización pague al Consocio Deloitte – SENER la suma de USD 507,079.58 (quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 dólares americanos) más los intereses legales que correspondan de acuerdo a ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva, por lo informes 3 B, 3-C y 4, formalmente entregados dentro del plazo contractual establecido, y cuyas contraprestaciones económicas individualmente ascienden a la suma USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 278,075.90 (doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 dólares americanos); respectivamente.

221. Habiéndose declarado Fundada En Parte la Pretensión Principal, carece de objeto pronunciarse respecto a esta pretensión alternativa en cuanto a los informes 3C y 4.

222. Por ende, esta pretensión sólo subsiste en el extremo referido al informe 3B. Al analizar la demanda, el Tribunal Arbitral concuerda con PROINVERSIÓN en el sentido, que esta pretensión de responsabilidad no puede ser amparada por cuanto el Demandante no ha probado la existencia de los elementos de la responsabilidad.

223. Específicamente, como se ha desarrollado al analizar la pretensión anterior, respecto del informe 3B no se ha acreditado incumplimiento imputable a la Entidad. En efecto, tal como se ha señalado, CONSORCIO no ha cumplido con la carga de probar que levantó las observaciones formuladas por la Entidad al Informe 3-B, de manera que no puede concluirse que PROINVERSIÓN está obligada a aprobar un Entregable que ha sido observado y no subsanado.

224. En esa medida no existe uno de los presupuestos básicos para que se impute responsabilidad, como es la existencia de un incumplimiento contractual.

225. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal considera que la Pretensión Principal Alternativa debe declararse INFUNDADA.

De la Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal de la Demanda y del Tercer Punto Controvertido.

226. Como se indicó en el punto 8 de este Laudo, la Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal de la Demanda es la siguiente:

"PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, como consecuencia del otorgamiento de la conformidad a los Informes 3-B, 3-C y 4, se le ordene a la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN el pago total de los mismos, ascendentes a la sumas de USD 114,501 84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); USD 114,501 84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y US\$ 278,075.90 (Doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos); respectivamente, lo que totaliza una suma de USD 507,079.58 (Quinientos siete mil setenta y nueve con 58/100 Dólares Americanos), más los intereses legales que correspondan de acuerdo a Ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva".

227. El tercer punto controvertido consiste en:

“Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal:

Determinar si corresponde, como consecuencia del otorgamiento de la conformidad a los Informes 3-B, 3-C y 4, ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN el pago total de los informes, ascendentes a la suma de USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 114,501.84 (ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 dólares americanos); USD 278,075.90 (doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 dólares americanos); respectivamente, lo que totaliza una suma de USD 507.079.58 más los intereses legales que correspondan de acuerdo a ley, hasta la fecha en la que se realice el pago de manera efectiva”

228. Siendo una pretensión subordinada, la presente pretensión está sujeta al resultado de lo decidido respecto de la Pretensión Principal.

229. En la medida que la Pretensión Principal ha sido declarada FUNDADA EN PARTE, respecto de la aprobación de los Informes 3C y 4, su subordinada también resulta FUNDADA EN PARTE, respecto a que corresponde ordenar el pago de los Informes que se han ordenado aprobar.

230. Consecuentemente, este Tribunal considera procedente ordenar a PROINVERSIÓN que cumpla con el pago correspondiente a los Entregables: Informe 3C e Informe 4, por la suma de USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y USD 278,075.90 (Doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos), respectivamente, lo que da un total de, USD 392,577.74 (Trescientos noventa y dos mil quinientos setenta y siete con 74/100 Dólares Americanos).

231. Conforme al artículo 1334” del Código Civil, en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. A este efecto, de acuerdo con la octava disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

24

232. Por tanto, en la medida que el 4 de marzo del 2016 se presentó la solicitud arbitral, corresponde ordenar el pago de intereses a partir de dicha fecha.

De la Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Alternativa y del Cuarto Punto Controvertido.

233. Como se indicó en el punto 8 de este Laudo, esta pretensión es la siguiente:

"SEGUNDA PRETENSÓN SUBORDINADA A LA PRETENSÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSÓN SUBORDINADA A LA PRETENSÓN ALTERNATIVA

Que se cumpla con la devolución de la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento, correspondiente a las siguientes Cartas Fianzas:

- i. Carta Fianza N° G706871, por un monto de USD 53,161.57 (Cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 Dólares Americanos), emitida por el Banco de Crédito del Perú - BCP.*
- ii. Carta Fianza N° 001-0708-9800071603-59, por un monto de USD 57,250.62 (Cincuenta y siete mil doscientos cincuenta con 62/100 Dólares Americanos), emitida por el BBVA Banco Continental.*
- iii. Carta Fianza N° 10522473-000, por un monto de USD 53,161.57 (Cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 Dólares Americanos), emitida por el Banco Scotiabank*

234. El cuarto punto controvertido consiste en:

"Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Alternativa.

Determinar si corresponde ordenar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN que cumpla con la devolución de la

totalidad de la garantía de fiel cumplimiento correspondiente a las siguientes cartas fianzas:

i. Carta Fianza N° G706871, por un monto de USD 53,161.57 (cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 dólares americanos), emitido por el Banco de Crédito del Perú – BCP.

ii. Carta Fianza N° 001-0708-9800071603-59, por un monto de USD 57,250.62 (cincuenta y siete mil doscientos cincuenta con 62/100 dólares americanos) emitida por el BBVA Banco Continental.

iii. Carta Fianza N° 10522473-000, por un monto de USD 53,161.57 (cincuenta y tres mil ciento sesenta y uno con 57/100 dólares americanos), emitida por el Banco Scotiabank.

235. Sobre esta pretensión, PROINVERSIÓN ha alegado que las Cartas Fianzas deben permanecer vigentes mientras el CONTRATO no concluya o no se declare conclusión en caso de controversia y mientras existan obligaciones pendientes de cumplimiento.

236. De acuerdo a la cláusula 7.2 del CONTRATO, la Garantía de Fiel Cumplimiento se mantendrá vigente mientras el Contrato concluya, o no se declare su conclusión en caso de controversia y mientras existan obligaciones pendientes de cumplimiento. El incumplimiento de esta obligación habilitará la ejecución de dicha garantía, sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones del CONTRATO.

237. En el presente caso, no se ha acreditado ninguno de los supuestos previstos en el CONTRATO para la devolución de las garantías. Por ende, esta pretensión debe ser declarada INFUNDADA.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS Y COSTOS

238. El convenio arbitral contenido en la cláusula novena del CONTRATO remite a un arbitraje institucional a cargo del CENTRO conforme a sus Reglamentos, no estableciendo regla particular en materia de costas y costos.

239. Al respecto, los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:



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.

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

240. Por su parte, el artículo 57° del REGLAMENTO al que se han sometido las partes en su convenio arbitral, establece lo siguiente:

Artículo 57°.- "Condena de costos

1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

2. El término costos comprende:

a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro.

b. Los gastos administrativos del Centro.

c. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.

d. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.

e. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

3. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía

de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

(...)".

241. Atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y el REGLAMENTO, que otorgan libertad a este Colegiado para determinar los costos del arbitraje, y considerando el resultado de este arbitraje y otros factores como las circunstancias del caso y la actitud procesal de las partes, este Tribunal Arbitral considera razonable disponer que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido y que, en lo que corresponde a los costos administrativos del CENTRO y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje.

PARTE RESOLUTIVA:

En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; por lo que corresponde ordenar a **PROINVERSIÓN** aprobar los Informes 3C y 4 en el marco del **CONTRATO**.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la **PRETENSIÓN PRINCIPAL ALTERNATIVA** de la **DEMANDA**.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA** a la **PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; por lo que corresponde ordenar a **PROINVERSIÓN** que cumpla con el pago correspondiente a los Entregables: Informe 3C e Informe 4, por la suma de USD 114,501.84 (Ciento catorce mil quinientos uno con 84/100 Dólares Americanos); y USD 278,075.90 (Doscientos setenta y ocho mil setenta y cinco con 90/100 Dólares Americanos), respectivamente, lo que da un total de, USD 392,577.74 (Trescientos noventa y dos mil quinientos setenta y siete con 74/100 Dólares Americanos), más los intereses legales que correspondan a partir del 4 de marzo del 2016 hasta la fecha en que se realice el pago.

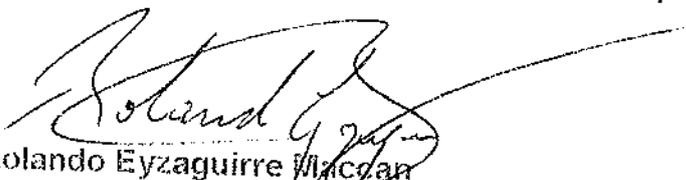


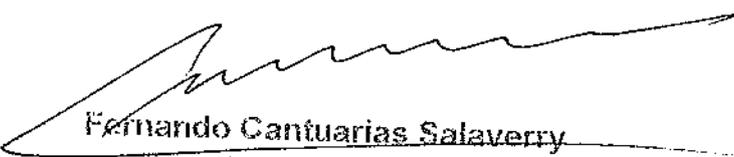
CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA** de la **DEMANDA**.

QUINTO: Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/43,711.90 (Cuarenta y tres mil, setecientos once con 90/100 Soles) más el IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/ 13,303.22 (Trece mil, trescientos tres con 22/100 Soles) más el IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

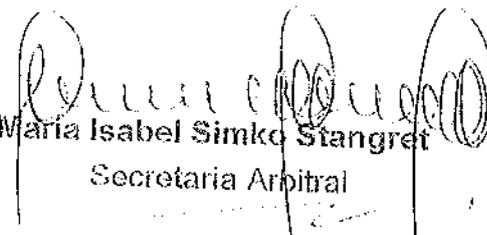
SEXTO: DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaria Arbitral, su defensa legal, entre otros.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.


Rolando Eyzaguirre Maczán
Presidente del Tribunal Arbitral


Fernando Cantuarias Salaverry
Árbitro


Franz Kundmüller Caminiti
Árbitro


Maria Isabel Simko Stangret
Secretaria Arbitral

