

Exp. N° 1106-168-16

Consorcio San Benito – Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura y Riego

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Consorcio San Benito (en adelante, el Consorcio o Contratista)

DEMANDADO: Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, la Entidad o PSI)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

ÁRBITRO ÚNICO: Roberto Reynoso Peñaherrera (Árbitro Único)

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaría General de Conciliación y Arbitraje del
Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad
Católica

Resolución N° 33

En Lima, a los diez (10) días del mes de abril de 2019, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, ampliación de la demanda, acumulación de la demanda y reconvención de la demanda acumulada, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.1 El Convenio Arbitral

De acuerdo a la cláusula Décimo Novena del Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chunguil – Achcay – Lluychocolpan – Uchupampa, en el Distrito de Llumpa, Provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash" (en adelante, el Contrato), cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en la normativa.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal

El Tribunal Arbitral Unipersonal del presente proceso quedó instalado el 05 de agosto del 2016, en el local sito en Calle Esquilache N° 371, San Isidro, con la presencia del doctor Roberto Carlos Reynoso Peñaherrera, en calidad de Árbitro Único, y la abogada Claudia Vanessa Cayetano Arana, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontifícia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro). Asimismo, se contó con la asistencia del Consorcio San Benito, representada por el señor Óscar González Martínez, y de la Entidad, representado por el señor Omar Figueroa Camacho.

1.3 Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del Centro del año 2012, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, de acuerdo a la Cláusula Décimo Séptima del Contrato. Asimismo, se aplicará en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, que norma la Ley de Arbitraje, y las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas de derecho privado.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral Unipersonal resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

II. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

Con fecha 12 de septiembre de 2016, el Consorcio presentó su demanda arbitral, mediante la cual expone sus pretensiones y fundamentos, tanto de hecho como de derecho.

Pretensiones:

- i) Que vuestro tribunal declare la nulidad y/o invalidez del acto contenido en la carta notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI de 4 de mayo del 2016, mediante la cual el PSI resolvió el Contrato de Ejecución de Obra N° 093-2015-MINAGRI-PSI por incumplimiento del contratista, solicitando que se revoque el extremo referido a que la resolución del Contrato fue por incumplimiento del contratista y sea sustituido, así como se declare que la resolución del mencionado Contrato no es imputable al contratista.
- ii) Asimismo, de forma accesoria solicitamos que en caso sea amparada nuestra pretensión principal, la Entidad nos pague una indemnización por los perjuicios ocasionados a propósito de la resolución indebidamente atribuida a nuestra representada.
- iii) De igual manera solicitamos que se proceda con el pago de las dos valorizaciones tramitadas, 03 ascendente a S/ 821,793.57 y 04 ascendente a S/ 827,380.40.
- iv) Finalmente, solicitamos que condene al PSI al pago de las costas y costos que se generen durante la tramitación del presente proceso arbitral.

De los fundamentos de hecho y de derecho

Consideraciones previas

1. El 27 de octubre del 2015 el Consorcio y el PSI suscribieron el Contrato, por un valor de S/ 10'678,002.81 y con un plazo de ejecución de 300 días. No obstante, el Consorcio indica que recién el 20 de noviembre del 2015 el PSI cumplió con las condiciones descritas en el artículo 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para poder dar inicio al cómputo del plazo de ejecución contractual de obra.
2. El Consorcio señala que el 20 de noviembre de 2015, mediante Carta N° 991-2015-MINAGRI-PSI-DIR, la Entidad le hizo entrega del expediente técnico consistente en 05 anillados. Asimismo, en la misma fecha, a través de la Carta N° 988-2015- MINAGRI-PSI-DIR, el PSI le notificó la designación del supervisor de la obra.
3. Menciona también que mediante Carta N° 08-2015-CSB/RL, de fecha 23 de noviembre del 2015, el Consorcio remitió el calendario valorizado de avance de obra ajustado a la fecha de inicio, siendo este el 21 de noviembre de 2015, así como el diagrama Gantt y Programación PERT CPM, el cual contó con la conformidad y aceptación de la Entidad, según se acredita mediante Carta N° 1027-2015-MINAGRI-PSI-DIR.
4. Asimismo, el Contratista indica que mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI de fecha 4 de mayo del 2016, la Entidad resolvió el Contrato, indicando que el Consorcio incumplió injustificadamente sus obligaciones contractuales, al haber ejecutado la obra por trazo distinto al considerado en el expediente técnico de la obra, habiendo ocasionado, supuestamente, daños ambientales irreversibles en un área protegida del Parque Nacional Huascarán.

Respecto al supuesto incumplimiento por parte del Consorcio

5. El Consorcio niega que la resolución del Contrato, de acuerdo a la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, haya obedecido a un incumplimiento atribuible a su parte, toda vez que – según sostiene – cumplió con realizar la ejecución técnica de la obra de manera idónea y no *"ha generado daños ambientales irreversibles en un área protegida del Parque Nacional Huascarán"*. Asimismo, afirma que la Entidad le imputa indebidamente que ha incumplido injustificadamente con sus obligaciones contractuales al haber ejecutado la obra por trazo distinto al considerado en el expediente técnico de la obra y que ello ha ocasionado daños ambientales irreversibles en un área protegida del Parque Nacional Huascarán. Según el Consorcio, dicha parte ha ejecutado la obra de manera idónea al expediente entregado por el PSI.
6. De acuerdo al Consorcio, dicha parte ha ejecutado de manera idónea el Contrato, contando con la conformidad de la supervisión de obra, la cual ha verificado y validado los trabajos de trazo y replanteo topográfico realizados, de la misma forma que ha validado la ejecución de las actividades relacionadas a la captación, línea de conducción y obras de arte.
7. Sobre este punto, indica que la bocatoma es una estructura muy importante para el éxito del proyecto, por lo que si se produjera alguna falla importante en la obra de toma, podría significar el fracaso de todo el Proyecto de Aprovechamiento Hidráulico. Por

tanto, la definición del emplazamiento de dicha estructura será determinante en el trazo de línea de conducción del canal a ejecutar y sus respectivas adecuaciones a la realidad encontrada en campo, aspectos que han sido validados por los dos supervisores de la Entidad, quienes manifestaron su conformidad al haber dado la conformidad respecto a la cancelación de las valorizaciones en la ejecución de la obra principal.

8. Sobre lo último, el Consorcio indica, citando a FERNÁNDEZ CRUZ, que: *"La buena fe, debe ser entonces resaltada, en cuanto confianza resultante de las declaraciones y actuaciones de las partes, quienes han desplegado determinado tipo de comportamientos durante todo el desarrollo del iter contractual. Así por ejemplo, la buena fe ha dado luz, justamente relacionado al análisis del comportamiento de los sujetos, a la denominada "Teoría de los Actos Propios que en palabras de FUEYO LANERI representa (...) un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente (...)"*. La aplicación de la 'Teoría de los Actos Propios' supone pues, la imposibilidad que un sujeto determinado pretenda la tutela de un interés, o un derecho subjetivo, cuando con anterioridad ha manifestado un actuar absolutamente contrario.
9. En tal sentido, para el Consorcio no resultaría congruente que la Entidad, a través del Supervisor de Obra, señale por un lado que:

"A la fecha la supervisión ha venido trabajando conforme el expediente técnico, a través del contratista de obra, debo indicar que la supervisión ha sido exigente en el cumplimiento del expediente técnico..."

Mientras que, por otro lado, señala que:

"(...) no se ha ejecutado la obra, el cual es la esencia y objeto de la contratación."

10. Al respecto, en su demanda el Consorcio precisa que resulta evidente que producto de los trabajos de trazo y replanteo topográfico, existen algunas adecuaciones, las cuales no afectan ni generan modificación sustancial en el alcance del proyecto, ni tampoco afectan al presupuesto; sin embargo, garantizan el correcto funcionamiento de la infraestructura de riego a ejecutar. Estas adecuaciones encontradas en campo –de acuerdo al Consorcio- han sido validadas por la supervisión de obra, lo cual se constata en las valorizaciones de obra canceladas por el PSI. Además, señala que los propios funcionarios de la Entidad han visitado la obra, mostrando conformidad en lo ejecutado por el Contratista, lo cual fue validado con la tramitación de valorizaciones canceladas al contratista que son dos (01 y 02).
11. En ese contexto, de acuerdo a lo expuesto en la demanda, la obligación principal del Consorcio fue ejecutar la obra de acuerdo a lo estipulado técnicamente, siguiendo las reglas del arte y con la diligente actitud de un buen empresario de la construcción. Se menciona que el ejecutar una obra conforme a las estipulaciones legales y a las reglas del arte de construir, no significa que podrá reclamarse al contratista una obra perfectísima, pero sí que se ajuste a las normas técnicas de la profesión, por lo tanto, no podría exigirse lo extraordinario, sino lo normal y corriente, según la normatividad, técnica, costumbres y usos, sin perjuicio de que se puedan adoptar las medidas correctivas que adecuen el cumplimiento de las especificaciones técnicas.

12. Lo señalado hasta el momento, de acuerdo al Consorcio, puede ser apreciado en una serie de asientos formulados en el Cuaderno de Obra, en los cuales se puede acreditar que los trabajos de construcción estaban siendo ejecutados con la conformidad de la Supervisión; en ese sentido, se citan los asientos del cuaderno de obra N° 10, N° 11, N° 12, N° 19, N° 26, N° 54, N° 55, N° 63, N° 73, N° 79, N° 80, N° 81, N° 83, N° 90, N° 91, N° 122, N° 126, N° 133, N° 134, N° 135, N° 141 y N° 143.

Sobre la imposibilidad en la ejecución de los trabajos del Contrato

13. Según el Consorcio, la resolución del Contrato se hace por un supuesto incumplimiento en la ejecución del trazo, lo cual niega de manera categórica; asimismo, señala que el verdadero motivo por cual la Entidad resolvió el Contrato se debió a la intervención por parte de las autoridades del SERNANP por la comisión de una presunta infracción administrativa por parte del Contratista al ejecutar la obra dentro del área crítica del Parque Nacional del Huascarán. Al respecto, el Consorcio indica que, según el acta de intervención N° 001-2016-SERNANP-PNH, las actividades que venía ejecutando quedaron paralizadas; sin embargo, esa supuesta intromisión en el parque no resultaría un hecho imputable al Contratista.
14. El Contratista alega que las causales mencionadas en la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI no se debieron a circunstancias imputables al Consorcio, dado que si bien la Entidad justifica que la resolución del Contrato se debe esencialmente a la intervención del SERNANP, la que a través del acta de intervención N° 001-2016-SERNANP— PNH ordenó la paralización las actividades ejecutadas por el Consorcio, señala que el trazo establecido tanto en el expediente técnico como el efectivamente ejecutado afectaba el área crítica del parque; por lo que, la supuesta responsabilidad que se le imputa al Consorcio obedece propiamente a lo establecido en el expediente técnico, cuya responsabilidad en su elaboración es de la Entidad.
15. A su vez, indica que la responsabilidad por las fallas del expediente técnico no puede ser solidaria con el contratista, sino que es de entera responsabilidad de la Entidad. Así se citó a Juristo Sánchez, quien señala que en España "*... no puede exigirse la responsabilidad del contratista si los defectos o vicios aparecidos durante el desarrollo de las obras no le pueden ser imputadas. Como dice el párrafo último del artículo 43 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras Públicas del estado "el contratista quedará exento de responsabilidad cuando la obra defectuosa o mal ejecutada sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la administración o de vicios del proyecto, salvo que este haya sido presentado por el contratista al concurso".*
16. Según se señala en la demanda, queda reducida la responsabilidad del Contratista a sus propios términos, esto es, a la que deriva de la ejecución de la obra, excluyéndose responsabilidad por vicio del proyecto o de la dirección que solo incumbe a la administración. Al respecto, el Consorcio se remite a lo señalado en el Informe N° 16-2016-SERNANP-PNH/ YMRR del 19 de febrero del 2016, que señala lo siguiente:

"El PSI no efectuó las coordinaciones con la contratista a fin de respetar el trazo inicial así como de respetar los compromisos ya que se advirtió en la compatibilidad y en la opinión técnica previa vinculante al instrumento de gestión ambiental; que la línea de conducción pasaba parte por la zona de protección estricta y que se bebió

tomar las previsiones del caso antes de ejecutar la obra y coordinar con la jefatura del parque nacional Huascarán.

Se notifique al programa subsectorial de irrigaciones del Ministerio de Agricultura y Riego, quien es el titular del proyecto para que cumpla con los compromisos establecidos en la opinión técnica N° 118-2014-SERNANP-DGANP (...)"

17. Por las consideraciones expuestas, el Consorcio solicitó que se declare fundada en todos sus extremos su pretensión principal y que en su oportunidad se declare que la resolución del Contrato de Obra N° 093-2015-MINAGRI-PSI no se debe a causa imputable del contratista.

Que el PSI pague al Consorcio San Benito una indemnización ascendente a S/ 3'140,143.14

18. El Consorcio señala que en caso sea amparada su pretensión principal, solicita que el Tribunal Arbitral ordene al PSI el pago de una indemnización ascendente a S/ 3'140,143.14 a su favor.
19. Al respecto, señalan que la función de toda indemnización debe cumplir una función reparadora o de resarcimiento integral del daño o perjuicio efectivamente irrogado. En tal sentido, el Consorcio afirma que la resolución del Contrato que se le imputó le ha ocasionado los siguientes perjuicios:
 - a) Por concepto de daño emergente la cantidad de S/ 1'631,755.40, lo cual acredita con la facturación efectuada de adquisiciones de acuerdo al expediente técnico, por tuberías, materiales y equipos.
 - b) Por concepto de gastos incurridos en el proceso de selección, ejecución indebida de carta fianza de adelantos de materiales, la suma S/ 128,390.00, los cuales se encuentran acreditados en los gastos bancarios por cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelantos.
 - c) En calidad de LUCRO CESANTE la suma de S/ 709,997.74, el cual fluye del expediente técnico a favor del ejecutante como expectativa de ganancia, es decir utilidad dejada de percibir.
 - d) Perjuicio financiero proveniente del desembolso ulterior de las cartas fianzas y nuestro credencial crediticio.

Pago de valorizaciones tramitadas

20. Según el Consorcio, como consecuencia de amparar la anterior pretensión principal y lo efectivamente ejecutado por dicha parte, corresponde se proceda con el pago de las dos valorizaciones tramitadas, 03 ascendente a S/ 821,793.57 y 04 ascendente a S/ 827,380.40.

III. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD

Con fecha 15 de diciembre de 2016, la Entidad contestó la demanda bajo los siguientes términos.

Respecto a la primera pretensión:

21. La Entidad señala que mediante Informe N° 024-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMRZ, del 16 de junio de 2016, el Ingeniero del Área de Seguimiento y Monitoreo de Ejecución de Obras de la Dirección de Infraestructura del Riego señaló lo siguiente:
- Mediante el Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagp, del 05 de mayo de 2016, la Oficina de Estudios y Proyectos indicó que se ha llegado a determinar que el trazo ejecutado por el Consorcio San Benito es un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico de Obra.
 - En el Informe N° 015-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR, del 02 de mayo de 2016, se ha señalado que los trabajos ejecutados por el Consorcio San Benito no responden a las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, puesto que dichos trabajos no han sido realizados conforme al trazo determinado en el Expediente Técnico de Obra, sino que estos están referenciados en un trazo distinto determinados por el propio contratista a su discrecionalidad y sin contar con autorización expresa o tácita del PSI, por lo que se considera que el Consorcio no ha ejecutado ningún trabajo u obra derivada del referido Contrato, recomendando la resolución de Contrato.
 - No se ha ejecutado trabajo acorde al Expediente Técnico de Obra que ha sido objeto de la contratación.
 - Se configura una situación de incumplimiento que no puede ser revertida, al no poder volverse a realizar dichos trabajos en la actualidad, condición que es de carácter esencial en el Contrato de Obra.
 - De acuerdo a la Opinión N° 003-2014/DTN (OSCE) se tiene que en caso de resolución de Contrato de obra o en el caso surjan controversias que determinen la paralización de la obra, corresponde que la Entidad ejecute las garantías por los adelantos otorgados. En esa medida, resulta procedente ejecutar la garantía por adelanto de materiales otorgada por el Consorcio.
22. Según la Entidad, en el Informe N° 0171-2016-MINAGRI-PSI-OAF (del 01 de julio de 2016), la Oficina de Administración y Finanzas precisa que, mediante Memorándum N° 1699 y N° 1728-2016-MINAGRI-PSI-DIR, la Dirección de Infraestructura de Riego informó que el Consorcio habría incurrido en incumplimientos contractuales que no podrían ser revertidos, por lo que solicitó se proceda a las acciones legales contempladas en los artículos 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referidos a las causales y procedimiento de resolución de Contrato.
23. Se indica que mediante Informe Legal N° 290-2016-MINAGRI-PSI-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica, se estableció como materias de análisis: a) el incumplimiento del Contratista al haber ejecutado la obra por un trazo no previsto en el expediente técnico; b) los daños ambientales generados por el Contratista por la ejecución de un trazo no autorizado y por no haber cumplido el Plan de Mitigación Ambiental aprobado, que forma parte del expediente técnico de la obra y c) los trabajos ejecutados no han sido desarrollados bajo los criterios, dirección técnica y profesionales previstos contractualmente, concluyéndose lo siguiente:

El Contratista ha incurrido en causal de resolución de Contrato por causa atribuible a su parte; y considerando la naturaleza del incumplimiento y los daños conexos

generados, resulta aplicable lo previsto en el tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones que establece que el requerimiento de cumplimiento previo no será necesario entre otros cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; en cuyo caso bastará que se comunique al contratista la decisión de la Entidad de resolver el Contrato mediante carta notarial.

24. Asimismo, afirma que en base al Informe N° 124-2016-MINAGRI-PSI-OAF de la Oficina de Administración y Finanzas, el PSI notifica la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI al Consorcio, resolviendo el Contrato por el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales al haber ejecutado la obra por un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico, situación que no puede ser revertida, por lo que no hubo necesidad de efectuar el requerimiento previo a la resolución contractual.
25. Por otro lado, la Entidad menciona que mediante el Memorándum N° 2364-2016-MINAGRI-PSI-DIR, la Dirección de Infraestructura de Riego reafirma las condiciones que demuestran el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio y que motivaron la resolución del Contrato mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI. Asimismo, en dicho documento, de acuerdo a la Entidad, se señala procedente ejecutar la garantía por adelanto para materiales otorgada por la Entidad.
26. La Entidad indica que según lo dispuesto en el literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones, todos los Contratos regulados por esta normativa deben incluir una cláusula de resolución de Contrato por incumplimiento señalando que *"En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el Contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por la autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el Contrato. El Contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento"*.
27. Añade también que el PSI procedió a la Resolución de Contrato mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI precisando el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales en el que incurrió el Consorcio, al haber ejecutado la obra por un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico de Obra, lo que ha ocasionado daños ambientales irreversibles en un área restringida del Parque Nacional Huascarán, sin contar con autorización del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas — SERNANP, incumpliendo asimismo con el Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAAMONAGRI, que detalla las acciones que debía tomarse para evitar en lo posible la alteración del medio ambiente dentro del Área Natural Protegida durante la ejecución del Proyecto. Tal situación ha conllevado a que a la fecha se encuentre vigente la medida cautelar de paralización impuesta por SERNANP conforme al cual no es posible ejecutar ningún trabajo referido a la obra, situación que no puede ser revertida.
28. Por otro lado, se indica que, según los informes antes señalados, la construcción efectuada sin observar el Expediente Técnico no resulta posible de subsanación, más aún si producto de ello se han generado daños ambientales irreversibles en un área

restringida del Parque Nacional Huascarán, a cuya consecuencia se ha dictado la medida cautelar de paralización de la obra impuesta por SERNANP, por lo que no es posible ejecutar ningún trabajo referido a la obra.

29. Por ello, según la Entidad, al haberse procedido a la Resolución del Contrato objeto del arbitraje conforme lo estipula la normativa de contratación pública, la pretensión respecto a que se deje sin efecto la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI que resuelve el Contrato carece de fundamento, por lo que debe ser declarada INFUNDADA o IMPROCEDENTE.

Respecto a que la Entidad pague una indemnización por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución indebida atribuida al Consorcio.

30. De acuerdo a la Entidad, el Consorcio no ha demostrado el daño ocasionado con la finalidad de solicitar la indemnización. Así, afirma que no basta que una pretensión principal sea declarada fundada para que las pretensiones accesorias sean declaradas también fundadas, ya que para ello deberán demostrar que efectivamente se ha ocasionado un daño. Para ello se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, como son:
- a) El **lucro cesante** se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero. Siendo ello así, para la Entidad el lucro cesante señalado en la demanda debería ser declarado Infundado, puesto que no estaría enmarcado como tal, ya que se refiere a haber dejado de percibir una utilidad sin demostrar en que consiste la utilidad dejada de percibir, indicando se le pague la suma de S/ 709,997.74 sin fundamentar o desarrollar como llega a ese monto.
 - b) El **daño emergente** es la pérdida que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación; en este caso –de acuerdo a la Entidad- al haberse efectuado una construcción sin observar el Expediente Técnico, lo cual ocasionó daños ambientales irreversibles en un área restringida del Parque Nacional Huascarán, se demuestra que la resolución contractual se ha realizado conforme a ley. Se menciona además que el Consorcio no ha demostrado el supuesto daño equivalente a S/ 1'631,755.40.
 - c) Respecto a los gastos incurridos por la suma de S/. 128,390.00, la Entidad indica que es una suma que sólo existe para el Contratista, puesto que no se ha demostrado la existencia efectiva de esa suma por lo que este punto deberá ser rechazado.
 - d) Perjuicio financiero proveniente del desembolso ulterior de las cartas fianzas y su credencial crediticia. Respecto a este punto, la Entidad manifiesta que se debe considerar que las cartas fianzas corresponden una obligación de los contratistas tal como así lo señala la norma.
31. Por estas consideraciones, la Entidad solicita que la pretensión accesoria sea declarada INFUNDADA o IMPROCEDENTE por no haberse demostrado la existencia de los montos señalados y del presunto daño ocasionado.

Sobre el pago de la valorización N° 03 ascendente a S/ 821,793.57 y la valorización N° 04 ascendente a S/ 827,380.40

32. Respecto a esta pretensión, la Entidad indica que el Consorcio mediante Carta N° 018-2016-CSB/RL, recepcionada el 10 de mayo de 2016, solicitó el pago de las valorizaciones N° 03 y N° 04 correspondientes a los meses de enero y febrero de 2016 por la suma de S/ 652,211.20 y S/ 709,687.91 respectivamente, por un total de S/ 1'361,899.11 y no por la suma señalada en la demanda que asciende a S/ 1'649,133.97.
33. Sobre ello, se menciona que mediante Memorándum N° 2503-2016-MINAGRI-PSI-DIR, la Dirección de Infraestructura de Riego informa a la Oficina de Administración y Finanzas sobre el pedido de pago formulado por el Contratista, confirmando que éste ejecutó la obra por un trazo nuevo no aprobado o autorizado por la Oficina de Estudio y Proyectos y por ende tampoco por el PSI; por lo que considera la no ejecución de la obra toda vez que no se ha efectuado conforme el Expediente Técnico.
34. Por ello, la Entidad señala que no corresponde cancelar el monto de las valorizaciones reclamadas.

Respecto al pago de costas y costos

35. Respecto al pago de costos del arbitraje, la Entidad menciona que las pretensiones planteadas por el Consorcio son evidentemente no tutelables, lo que refleja el comportamiento de mala fe de dicha parte, por ello, ésta debe asumir de manera integral los costos y costos que se generen en el presente arbitraje.

Fundamentación jurídica

36. La Entidad fundamenta jurídicamente su demanda de acuerdo a las siguientes disposiciones normativas: La Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, las cláusulas del Contrato de Ejecución de Obra N° 093-2015-MINAGRI-PSI y la Opinión N° 003-2014/DTN (OSCE).

IV. DE LA REFORMULACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

Con fecha 10 de mayo de 2017, el Consorcio presentó su reformulación y ampliación demanda arbitral, mediante la cual amplía sus pretensiones y fundamentos, tanto de hecho como de derecho.

Pretensiones:

Primera pretensión principal

Se declare nulo y/o inválido y/o ineficaz el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, Contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay – Lluychocolpan – Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash; debido a que su objeto contractual no fue determinado conforme el ordenamiento jurídico.

Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se declare nulo y/o inválido y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, Contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay – Lluychocolpan – Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash; efectuada por el demandado mediante Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI, debido a la nulidad del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI y su expediente técnico.

Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se ordene al PSI el pago de S/ 6'842,182.60 (Seis Millones Ochocientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Ochenta y Dos con 60/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Consorcio San Benito, a consecuencia de haber ejecutado una obra con Contrato y expediente técnico nulos, y se reconozca los intereses devengados desde la fecha de ocurrencia de daño.

Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Se declare que el trazo del proyecto de obra, consignado en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, no es el trazo del proyecto de obra del Informe N° 001-2014 SERNANPPNH/MRR aprobado o autorizado por el Parque Nacional Huascarán.

Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Se declare nulo y/o inválido y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay - Lluychocolpan - Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash; efectuada por el demandado mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, debido a que no existe de parte del contratista incumplimiento de obligaciones que configuren causal de resolución de Contrato.

Tercera pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Se ordene al PSI el pago de S/ 6'095,282.92 (Seis Millones Noventa y Cinco Mil Doscientos Ochenta y Dos con 92/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Consorcio San Benito, a consecuencia de haber resuelto el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay - Lluychocolpan - Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash, de manera indebida; así como el reconocimiento de los intereses legales correspondientes.

Cuarta pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Se ordene el pago de S/ 40,046.01 (Cuarenta Mil Cuarenta y seis con 01/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 01 aprobada por 23 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales.

Quinta pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Se ordene el pago de S/ 54,297.65 (Cincuenta y Cuatro Mil Doscientos Noventa y Siete con 65/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación

N° 02 aprobada por 31 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales.

Sexta pretensión subordinada a la tercera pretensión principal

Se declare consentida la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 30 días calendario, presentada mediante Carta N° 21-2016-CSB/RL de fecha 08 de junio de 2016, al haber quedado consentida con fecha 30 de junio de 2016.

Séptima pretensión subordinada a la tercera pretensión principal

Se ordene el pago de S/ 52, 552.26 (Cincuenta y Dos Mil Quinientos Cincuenta y Dos con 26/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 03 consentida el 30 de junio de 2016, y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

Octava pretensión subordinada a la tercera pretensión principal

Se ordene al PSI el pago a el Consorcio San Benito de la Valorización N° 03 por un monto de S/ 652,211.20 (Seiscientos Cincuenta y Dos Mil Doscientos Once con 20/100 Soles), y reconocimiento de intereses legales.

Novena pretensión subordinada a la tercera pretensión principal

Se ordene al PSI el pago a el Consorcio San Benito de la Valorización N° 04 por un monto de S/ 709,687.91 (Setecientos Nueve Mil Seiscientos Ochenta y Siete con 91/100 soles), y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

Cuarta pretensión principal

Se ordene al PSI el reembolso al Consorcio San Benito por los costos y costas irrogadas en el presente proceso arbitral.

De los fundamentos de hecho y de derecho**Con relación a la primera pretensión nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI**

37. El Consorcio señala que mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, de fecha 05 de mayo de 2014, el PSI resolvió aprobar el expediente técnico del Proyecto "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay – Lluychocolpan – Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash", con código SNIP N° 111142, por un monto de S/ 10'116,602.67.

38. Así también, añade que mediante Resolución Directoral N° 340-2014-MINAGRI-PSI, de fecha 30 de mayo de 2014, el PSI resolvió aprobar el expediente de contratación para la selección del Contratista que tendrá a su cargo la ejecución de la Obra: "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil - Achcay - Lluychocolpan - Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga — Ancash"; así como designar el Comité Especial a cargo de la Licitación Pública N° 12-2014-MINAGRI-PSI para ejecución de dicha obra; siendo aprobadas las Bases respectivas mediante Resolución Directoral N° 378-2014-MINAGRI-PSI, de fecha 13 de junio de 2014.

39. De acuerdo al Consorcio, el PSI convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la LICITACIÓN PÚBLICA N° 012-2014-MINAGRI-PSI, siendo adjudicado al Consorcio San Benito. Por ello, con fecha 27 de octubre de 2016, el Consorcio y el PSI suscribieron el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015-MINAGRI-PSI, derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, contratación de la ejecución de la obra: "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil - Achcay - Lluychocolpan - Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash".
40. No obstante lo anterior, con Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI, de fecha 06 de enero de 2017, el Director Ejecutivo del PSI, resolvió imponer sanción al Ex Director de Infraestructura y Riego, Segundo Jorge Amílcar Miranda Cabrera, y al ex Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Dirección de Infraestructura y Riego, por sus actuaciones en el procedimiento de aprobación de Expediente Técnico de la obra: "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chinquil – Achcay – Lluychocolpan - Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash". Dentro de los considerados de esta resolución, según el Consorcio, se indica que en la aprobación del señalado expediente no se tomó en cuenta el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR, respecto a la modificación del trazo del Proyecto en mención.

Alega el Consorcio que en la segunda página de la Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI, se indicó que mediante el Memorándum N° 1128-2014-MINAGRI-PSIDIR, el Director de Infraestructura y Riego remitió el expediente técnico a la Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica, *"dando la conformidad del expediente técnico y remite dicho proyecto adjuntando el informe favorable de la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios del Ministerio de Agricultura y Riego para continuar con el trámite de aprobación correspondiente"* sin advertir que dicho informe no era favorable.

Asimismo, sostiene que en la página 6 la de Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI se indica que el Jefe del Parque Nacional Huascarán, a través de su Informe N° 023-2013-SERNAN-PNH/YMRR, emitió opinión técnica de no compatibilidad al expediente técnico original; ante el cual la Municipalidad Distrital de Llumpa, con Informe N° 239-2013- MDLL/JDUR-ERVJ, efectuó la modificación del trazo del expediente técnico, a lo cual el Jefe del Parque Nacional Huascarán dio la opinión técnica de compatibilidad mediante Informe N° 001-2014-SERNANPPNH/ YMRR.

41. En tal sentido, y conforme sostiene el Consorcio, se aprobó el expediente técnico con el trazo original, con datos diferentes a la compatibilidad otorgada por el Jefe del Parque Nacional Huascarán originada por la modificación del trazo efectuada por la Municipalidad Distrital de Llumpa. Así, aprobó un expediente técnico incorrecto, que no contó con opinión técnica favorable del Parque Nacional Huascarán.
42. Por ello, se indica que de conformidad con el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2001-AG y modificada por Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, es obligatorio solicitar Opinión Técnica de Compatibilidad y la Opinión Técnica Favorable al Instrumento de Gestión Ambiental de los proyectos de acuerdo al sector que corresponda.
43. De esta manera, a criterio del Consorcio se demuestra que la Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI de fecha 05 de mayo de 2014, que aprueba el Expediente

Técnico de la Obra, se emitió en contravención a las normas reglamentarias, y su ejecución es jurídicamente imposible ya que el trazo del proyecto se encuentra fuera del ámbito de aprobación o autorización del Parque Nacional Huascarán. Esta situación afecta la validez del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, toda vez que el expediente técnico es parte de las Bases Integradas, que a su vez forma parte del Contrato, conforme lo establece el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

44. De acuerdo al Consorcio, cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del Contrato, se considerarán las causales previstas en el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.
45. Así, y en la medida que el Contratista indica que no se han configurado las causales del artículo 56 de la Ley, alega que resulta pertinente analizar las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional, debido a lo cual corresponde ceñirse a la prelación normativa establecida en el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual dispone que *El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalece sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.*

De acuerdo a esta prelación, en palabras del Consorcio, se prefiere i) la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ii) las normas de derecho público, y iii) las normas de derecho privado; por lo que a criterio del Contratista corresponde acudir a las normas de derecho público, en este caso a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, para el análisis de la validez y/o nulidad y/o ineficacia del Contrato N° 93-2015- MINAGRI-PSI.

46. En esa línea, conforme con lo contemplado en el artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dentro de los requisitos de validez de los actos administrativos se tiene al objeto o contenido, motivación, y Procedimiento regular.

Según el requisito de objeto o contenido, la ejecución de la obra debe estar ajustada a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, lo cual –de acuerdo al Consorcio- no se verifica en el presente caso, ya que es imposible ejecutar una obra en un área protegida, sin la autorización de la SERNANP. Asimismo, se señala que en el Contrato la motivación es defectuosa ya que no consideró el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/ YMRR, que aprueba la ruta del expediente.

47. Conforme al Consorcio, el Contrato no cumple con los requisitos de validez del Acto Administrativo, según lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 27444, debido a lo cual es nulo de pleno derecho, según lo establece el artículo 10 de dicha norma.
48. El Consorcio señala, además, que en este caso en específico no se aplica la conservación del acto administrativo ya que el vicio de la aprobación del expediente técnico es trascendente, en la medida que: i) El contenido del Contrato y sus documentos que lo conforman, no es impreciso o incongruente sino jurídicamente imposible, ya que no se puede ejecutar una obra dentro de una área natural sin autorización o aprobación previa del SERNANP; ii) el Contrato se ha conformado con motivación insuficiente ya que la ruta consignada en el expediente técnico estaba observada, iii) Se conformó con

infracción a las formalidades ya que no consignó la nueva ruta aprobada materia del Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR.

49. De acuerdo con lo expuesto, para el Consorcio el Contrato es nulo de pleno derecho, conforme el análisis efectuado en sujeción a lo establecido en el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 3 y 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Con relación a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: nulidad de resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI

50. El Consorcio menciona que, considerando que el Contrato es nulo de pleno derecho, la Resolución del mismo mediante Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI deviene en nula, ya que no existe incumplimiento de parte del contratista que se le pueda atribuir.
51. La Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, según el Consorcio, se sustenta en el Memorándum N° 1728-2016-MINAGRI-PSI-DIR, el Memorándum N° 1699- 2016-MINAGRI-PSI-DIR, el Informe N° 124-2016-MINAGRI-PSI-OAF, el Informe N° 290-2016-MINAGRI-PSI-OAJ, conforme se indica a continuación.

Memorándum N° 1728-2016-MINAGRI-PSI-DIR

52. El Contratista indica que mediante el Memorándum N° 1728-2016-MINAGRI-PSI-DIR, el Director de Infraestructura y Riego de la Entidad solicita a la Oficina de Asesoría Jurídica evaluar la procedencia de iniciar acciones legales que correspondan ante lo señalado por la Oficina de Supervisión (Memorándum N° 1484-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS, Informe N° 015-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR) y la Oficina de Estudios y Proyectos (Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn).
53. Asimismo, manifiesta que el Informe N° 015-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR fundamenta su análisis, básicamente, en el Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIROEP/dagn del Ingeniero Evaluador de la Oficina de Estudios y Proyectos, y el Informe N° 012-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/NLU, de la Ingeniera Nerida Lazo Urbano, Especialista de la Oficina de Estudios y Proyectos, según lo siguiente:
- a) El Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn, del Ingeniero Evaluador de la Oficina de Estudios y Proyectos, indica la realización de 02 salidas de trabajo de campo. En la primera salida, del 21 al 25 de marzo de 2016, se realizó un levantamiento topográfico en la zona del ámbito del proyecto con la finalidad de verificar los trazos del canal tanto por lo planteado por el SERNANP y por lo ejecutado por el contratista. En la segunda salida, del 14 al 15 de abril de 2016, personal de SERNANP, del PSI y el alcalde del Distrito de Llumpa se apersonaron a los trabajos a fin de verificar el trazo del canal ejecutado y de buscar una alternativa de solución en una ruta alterna a la ejecutada.
 - b) El Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn concluye que i) el contratista ha ejecutado un trazo nuevo no aprobado o autorizado por la Oficina de Estudios y Proyectos, ii) que del trabajo de campo realizado con las bases de coordenadas proporcionadas por el SERNANP se concluye que la ejecución del trazo aprobado por el SERNANP es técnicamente inviable debido a las fuertes pendientes contrapendientes y

fuertes gradientes que presenta el trazo; no obstante, luego del recojo de coordenadas y levantamiento de información en campo y contando con los planos de planta y curva de nivel, se ha llegado a determinar que el trazo considerado en el Expediente Técnico de Obra no presenta ningún trabajo ejecutado, encontrándose inalterable y acorde al Paisaje natural del Parque Nacional Huascarán; iii) que el Contratista no ha cumplido con ejecutar el trazo planteado en el expediente técnico aprobado con la Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI de acuerdo al trazo vigente.

- c) Por su lado, el Informe N° 012-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/NLU, de la Ingeniera Nerida Lazo Urbano, Especialista de la Oficina de Estudios y Proyectos, recomienda el inicio de acciones de mitigación ambiental.
54. Por ello, el Informe N° 015-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR de la Oficina de Supervisión concluye, que:
- a) El contratista no ha ejecutado ninguna obra de acuerdo al expediente técnico de Obra, es decir, ha incumplido con el Contrato de obra, por lo que corresponde que se inicien las acciones legales respectivas.
 - b) La medida cautelar de paralización de SERNANP no se ha levantado por lo que no se puede ejecutar ningún trabajo en obra; y;
 - c) que conforme a las conclusiones de la Oficina de Estudios y Proyectos el contratista ha ejecutado un trazo distinto al Expediente Técnico de Obra.

Memorándum N° 1699-2016-MINAGRI-PSI-DIR

55. De acuerdo al Consorcio, con Memorándum N° 1699-2016-MINAGRI-PSI-DIR se remite a la Oficina de Asesoría Legal el Informe N° 044-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagp, en atención a la subsanación solicitada por dicha oficina mediante Memorándum 189-2016-MINAGRI-PSI —AOJ.
56. Sobre el particular, se menciona que el Memorándum N° 189-2016-MINAGRI-PSI-AOJ señala que en los documentos remitidos no obra el informe del proyectista en el que corrobore fehacientemente la imposibilidad de continuar con la ejecución de la obra por no existir solución técnica respecto al cambio del trazo del canal.
57. Se indica que el Informe N° 044-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagp contiene las mismas conclusiones del Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIROEP/dagn antes citado.

Informe N° 124-2016-MINAGRI-PSI-OAF e Informe N° 290-2016-MINAGRI-PSI-OAJ

58. Según el Consorcio, el Informe N° 124-2016-MINAGRI-PSI-OAF adjunta el Informe N° 290-2016-MINAGRI-PSI-OI, indicando que la Oficina de Asesoría Jurídica, en base a los informes técnicos remitidos por la Dirección de Infraestructura de Riego, concluyó que el Contratista ha incurrido en causal de resolución de Contrato por causal atribuible a su parte, resultando aplicable lo establecido en el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

59. Por otro lado, se menciona que mediante Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI, de fecha 06 de enero de 2017, el Director Ejecutivo del PSI resolvió imponer sanción al Ex Director de Infraestructura y Riego, Segundo Jorge Amílcar Miranda Cabrera, y al ex Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Dirección de Infraestructura y Riego, por sus actos dentro del procedimiento de aprobación de Expediente Técnico de la OBRA: "Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chinquil – Achcay – Lluychocolpan Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash". Dentro de los considerados de esta resolución se indica que en la aprobación no se tomó en cuenta el Informe N°001-2014-SERNANP-PNEI/MRR, respecto a la modificación del trazo del Proyecto en mención.
60. Se indica que de lo expuesto se aprecia que la Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, de fecha 05 de mayo de 2014, aprobó un expediente técnico incorrecto, que no contó con opinión técnica favorable del Parque Nacional Huascarán.
61. Se menciona también que el PSI argumenta que el Contratista no habría realizado la ejecución de la obra según el trazo en el expediente técnico del expediente técnico aprobado por Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, y que habría ejecutado la obra por un trazo no autorizado por SERNANP; pero –en palabras del Consorcio- en dicho análisis no se señala que el expediente técnico se aprobó con el trazo inicial que fue observado por el Parque Nacional Huascarán, con datos diferentes a la compatibilidad otorgada por el Jefe del Parque Nacional Huascarán con Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR (emitido en base a que la Municipalidad Distrital de Llumpa efectuó la modificación del trazo del expediente técnico remitido con Informe N° 239-2013-MDLL/JDUR-ERVJ).
62. Según el Consorcio, de una detallada revisión de los documentos valorados en la resolución de Contrato se puede verificar que ellos sostienen su análisis en base al trazo indicado por SERNANP en el trabajo de campo y el trazo ejecutado por el Contratista, orientando sus argumentos a asumir que el trazo indicado por SERNANP corresponde al expediente técnico aprobado, lo cual es desvirtuado con los argumentos y conclusiones de la Resolución Directoral N°0007-2017-MINAGRI-PSI.
63. El Consorcio alega que la Entidad no puede atribuir responsabilidad al Contratista por la ejecución de la obra según un trazo proporcionado por la propia Entidad en su expediente técnico, y menos aún señalar que la ejecución de este trazo proporcionado constituye incumplimiento contractual que a su vez configuraría causal de resolución de Contrato. Se menciona que, habiendo el Contratista ejecutado la obra según la información referencial contenida en el expediente técnico consignado en las Bases Integradas, los daños que se hubieren ocasionado en el Área Protegida no son atribuibles al Contratista sino a la Entidad, ya que aprobó expediente técnico con un trazo no autorizado por el Parque Nacional Huascarán.
64. De acuerdo a lo expuesto, para el Consorcio no se ha configurado un supuesto de incumplimiento de obligaciones que configure causal de resolución de Contrato, según lo establecido en el artículo 40 literal c) de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 168 de su Reglamento, ya que el trazo ejecutado por el Contratista es el mismo consignado en el expediente técnico aprobado.

65. Por ello, concluye que la resolución del Contrato, efectuado mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, carece de motivación, al no existir incumplimiento contractual de parte del contratista, máxime si el Contrato es nulo, conforme a los argumentos expuestos para sustentar la Primera Pretensión Principal.
66. En ese orden de ideas, se menciona que el acto administrativo de Resolución del Contrato, efectuado mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI es inválido, ya que no cumple con el requisito de validez del objeto, puesto que se basa en el incumplimiento de obligación de un Contrato nulo; así como no cumple con el requisito de validez de motivación, al no configurarse como un supuesto de resolución de Contrato, toda vez que la ejecución de la obra, según la ruta aprobada por SERNANP, no es materia de contratación entre las partes.
67. Por todo lo señalado, el Consorcio solicita al Árbitro Único declare fundada la presente pretensión declarando nula y/o inválida y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuado mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI.

Con relación a la segunda pretensión accesoria de la primera pretensión principal: pago de indemnización de daños y perjuicios

68. Se indica que conforme se ha demostrado líneas arriba, el Contrato es nulo, y es incuestionable que la Nulidad del Contrato se debe a causas atribuibles a la Entidad, existiendo de su parte culpa inexcusable, originando al Contratista daños y perjuicios considerables. Así la nulidad y/o invalidez o y/o ineficacia del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, por razones atribuibles a la Entidad, causaron daños y perjuicios al contratista, los cuales tiene que ser indemnizados conforme lo establece el artículo 1969 del Código Civil.
69. Para el Consorcio, la nulidad del Contrato se sustenta en la Ley del Procedimiento de Administrativo General, y el derecho a solicitar indemnización ante el padecimiento de un daño conforme a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, el mismo que dispone que *"Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otra está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor."*
70. De esta manera, para el Consorcio corresponde que la Entidad le pague por los daños y perjuicios ocasionados por la nulidad del Contrato N° 93-2015-MINAGRI- SPI. Al respecto, señala que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, según lo establecido en el artículo 1985 del Código Civil.
71. Adicionalmente, indica que con Escrito N° 08 del 10 de marzo de 2017, presentó una pericia de parte para sustentar el daño irrogado al Contratista por la nulidad del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI. De esta manera, según la pericia ofrecida, el daño cuantificado es el siguiente:

Escenario 1

Considerando que el arbitraje determine la Nulidad del
Contrato N° 93-2015-MINAGRI/PSI

| Monto | Costo de Oportunidad: 10% | Monto final |
|--------------------|------------------------------|---------------------|
| Lucro cesante | 718,504.57 | 790,355.03 |
| Daño Emergente (*) | 4,657,969.38 | 326,057.90 |
| Daño Moral | 1,067,800.29 | 1,067,800.29 |
| Monto total | 6,444,274.24 | 397,908.36 |
| | | 6,842,182.60 |

(*) en el caso del daño emergente se considera 10% de costos de oportunidad, excepto para el caso de la ejecución de la carta fianza, donde se consideran los costos financieros de la ejecución de dicha garantía

72. En ese sentido, el Consorcio solicita al Árbitro Único declarar fundada la presente pretensión, ordenándose el pago de S/ 6'842,182.60 más los intereses aplicables.

Con relación a la primera pretensión subordinada de la tercera pretensión principal: trazo con el que se aprobó el expediente técnico mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI no corresponde al trazo autorizado por el Parque Nacional Huascarán

73. El Contratista sostiene que conforme con lo señalado en la Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI, es innegable que la aprobación del expediente técnico se realizó sin considerar el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR con el que se emite opinión favorable al proyecto, que a su vez se emitió en base al Informe N° 239-2013-MDLL/JDUR-ERVJ, con la cual la Municipalidad Distrital de Llumpa subsanó las observaciones del Parque Nacional Huascarán — SERNANP, modificando el trazo del proyecto.
74. Con ello, según sostiene el Consorcio, se demuestra que el expediente técnico que aprobó la Entidad mediante Resolución Directoral N° 272- 2014-MINAGRI-PSI consignó un trazo observado por el Parque Nacional Huascarán del SERNANP, mediante Informe N° 023-2013-SERNANP-PNH/YMRR, y que en un hecho totalmente irregular e ilegal se hizo parte de las Bases Administrativas y posteriormente del Contrato.
75. Por ello, el Consorcio solicita el Árbitro Único acoja la pretensión, confirmando que el trazo del proyecto de obra, consignado en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, no es el trazo del proyecto de obra del Informe N° 001-2014-SERNANPPNH/MRR, aprobado o autorizado por el Parque Nacional Huascarán.

Con relación a la segunda pretensión subordinada a la tercera pretensión principal: nulidad de la resolución del Contrato efectuada mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI

76. Respecto a dicha pretensión, el Contratista reitera los argumentos esbozados entre los numerales 50 y 67 del presente Laudo.

77. Asimismo, manifiesta que el contratista realizó durante la ejecución de obra trabajos de replanteo normales conforme a la naturaleza de la prestación o de la obra, contando en su avance con la aprobación del supervisor de obra, lo cual ha quedado registrado en diversos asientos del cuaderno de obra, como son los siguientes: N° 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 49, 52, 54, 55, 56, 63, 66, 73, 79, 80, 81, 83, 90, 91, 92, 93, 122, 126, 133, 134, 135, 141 y 143.
78. Por otro lado, el Consorcio señala que el sistema de contratación de cada contratación debe ser definida por razones de la naturaleza de la prestación, el cual debe estar consignado en la Bases del proceso de selección correspondiente. En el presente caso se trata de una obra de irrigación, cuyo expediente técnico señala su ejecución a lo largo de un trazo dentro del Parque Nacional Huascarán (Área Natural Protegida), cuyo tipo de suelo y es variada.

Por ello, en el numeral 1.6 del Capítulo I GENERALIDADES, de las Bases Administrativas de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 056-2015- MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014- MINAGRI-PSI, define que el sistema de contratación es a Precios Unitarios.

79. Ahora bien, de acuerdo al Consorcio, el expediente técnico del Contrato N° 93-2015- MINAGRI-PSI no consignaba cantidades y magnitudes definidas con precisión (precios unitarios), razón por la cual su valorización se efectúa en función a su ejecución real, es decir, las cantidades y magnitudes que se han ejecutado en el terreno de la obra son diferentes a las consignadas en el expediente técnico aprobado.
80. El Contratista añade que conforme al cuaderno de obra, la obra se vino ejecutando según el trazo del expediente técnico, con algunas precisiones al respecto por efectos de la ejecución de la partida de trazo y replanteo, lo cual es coherente con la naturaleza de la prestación al tratarse de una obra con un terreno a lo largo de una zona extensa, es coherente con el sistema de precios unitarios elegido ya que las cantidades y cualidades no están estrictamente definidas.

En este escenario, señala que la precisión del trazo del terreno de la obra por defectos de la naturaleza de la prestación no configura el incumplimiento de obligación contractual alguna, sino más es parte del cumplimiento de la prestación, considerando las condiciones del Contrato.

81. Adicionalmente, alega que se ha demostrado que la ejecución de la obra sobre la ruta o el trazo se realizó según el trazo consignado en el expediente técnico, situación que posteriormente generó una sanción administrativa. Así, para el Consorcio queda demostrado que no existe incumplimiento de obligación contractual, sino que es el expediente técnico el que consignó un error, cuya responsabilidad no es atribuible al contratista, sino a la propia Entidad.
82. De esta manera, para el Consorcio los motivos sobre los que se decidió resolver el Contrato están errados, lo cual ocasiona una falta de motivación en el acto administrativo de Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuado mediante la Carta Notarial N°033-2016-MINAGRI-PSI, toda vez que el Contratista ejecutó la obra sobre el trazo consignado en el expediente y por lo tanto en el Contrato; por lo

cual no se ha configura ningún supuesto de incumplimiento contractual, según lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado y 168 de su Reglamento.

83. Finalmente, sostiene que según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la falta de motivación ocasiona la invalidez del acto administrativo, y por ende, su nulidad de pleno derecho, conforme lo establecido en el artículo 10 de la misma Ley.
84. En ese sentido, el Consorcio solicita al Árbitro Único declarar fundada la presente pretensión declarando nula y/o inválida y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuado mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI.

Tercera pretensión subordinada a la primera pretensión principal: pago de indemnización de daños y perjuicios

85. Se señala que considerando que la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI es nula y/o inválida y/o ineficaz, no existiendo causal de resolución de Contrato, corresponde a la Entidad el pago de Daños y Perjuicios a favor del Consorcio San Benito.
86. De acuerdo al Consorcio, los daños y perjuicios ocasionados a su parte son de naturaleza patrimonial y moral debido a los cuales son aplicables los artículos 1318, 1319, 1320, 1321, 1322 y 1969 del Código Civil.
87. Según el Consorcio, en el presente caso ha quedado demostrado que lo determinado por la Resolución Directoral N° 0007-2017-MINAGRI-PSI ha sido producto de una grave negligencia de parte de los funcionarios del PSI, que origina un vicio en la aprobación del expediente técnico y que vician los siguientes procedimientos administrativos hasta el Contrato inclusive; es decir, existe de parte de la Entidad, culpa inexcusable respecto a la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuado mediante la Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI.
88. Para el Consorcio, corresponde el derecho del Contratista a ser compensado por los daños y perjuicios irrogados producto de esta decisión, las cuales han sido calculadas en peritaje de parte ofrecido y cuyo resumen es el siguiente:

Escenario 2

Considerando que el arbitraje determine la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI/PSI

| Monto | con intereses legales | Monto final | con intereses legales |
|--------------------|-----------------------|-------------------------------|-----------------------|
| Lucro cesante | 359,252.29 | con intereses legales | 359,252.29 |
| Daño Emergente (*) | 4,657,969.38 | 10,260.96 e intereses legales | 4,668,230.34 |
| Daño Moral | 1,067,800.29 | | 1,067,800.29 |
| Monto total | 6,085,021.96 | con intereses legales | 6,095,282.92 |

(*) en el caso del daño emergente se considera intereses legales, excepto para el caso de la ejecución de la carta fianza, donde se consideran los costos financieros de la ejecución de dicha garantía

Cuarta pretensión subordinada a la primera pretensión principal: pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 01

89. El Contratista alega que mediante Carta N° 007-2016-CSB/RL de fecha 11 de marzo de 2016, el Contratista solicitó la Ampliación de Plazo N° 01 por 23 días calendario. Asimismo, se indica que mediante Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI, de fecha 22 de marzo de 2016, la Entidad Resolvió aprobar la ampliación de plazo N° 01 por 23 días calendario.
90. En ese contexto, afirma que la valorización de los mayores gastos generales asciende a un monto aproximado de S/ 40,046.01, suma que debe ser pagada conforme lo establece el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Quinta pretensión subordinada a la primera pretensión principal: pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 02

91. Sobre este punto, el Consorcio señala que con Carta N° 13-2016-CSB/RL, de fecha 15 de abril de 2016, se solicitó la ampliación de plazo N° 02 por 31 días calendario. Al respecto, se afirma que con Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI, de fecha 02 de mayo del 2016, la Entidad aprobó la ampliación de plazo N° 02 por 31 días calendario.
92. De acuerdo al Consorcio, la valorización de los mayores gastos generales asciende a un monto aproximado de S/ 54,297.65, el mismo que debe ser pagado conforme lo establece el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sexta pretensión subordinada a la primera pretensión principal: consentimiento de la ampliación de plazo N° 03

93. El Contratista señala que mediante Carta N° 21-2016-CSB/RL, de fecha 08 de junio de 2016 solicitó la Ampliación de Plazo N° 03 por 30 días calendario. Al respecto, se menciona que la Entidad, mediante Carta N° 1340-2016-MI NAGRI-PSI-OAF, comunicó que dicha solicitud no procede debido a que el Contrato se ha resuelto.
94. De los expuesto, para el Consorcio es evidente que la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI no quedó consentida, motivo por el cual nos encontramos en el presente proceso arbitral.
95. Según el Consorcio, considerando que la Resolución de Contrato es nula y/o invalida y/o ineficaz, la solicitud de ampliación se presentó dentro del plazo legal y no habiéndose emitido Resolución del Director Ejecutivo conforme lo establece el procedimiento del art. 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la ampliación de plazo N° 03 se encuentra consentida.

Séptima pretensión subordinada a la primera pretensión principal: pago de mayores gastos generales de la ampliación N° 03

96. Respecto a esta pretensión, el Consorcio señala que estando consentida la Ampliación de Plazo N° 03, corresponde se proceda al pago de los mayores gastos generales, los cuales ascienden a un monto aproximado de S/. 52,552.26, el mismo que debe ser pagado conforme lo establece el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Octava pretensión subordinada a la primera pretensión principal pago: de la valorización N° 03 e intereses legales

97. Sostiene el Contratista que producto de la ejecución de la obra quedó pendiente el pago de la Valorización N° 03, por un monto de S/ 652,211.20, según factura 001-N° 000014, presentada el 06 de abril de 2016 mediante Carta N° 13-2016-CSB/RL.

Asimismo, solicita el reconocimiento de intereses legales computados a partir de la presente, conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Novena pretensión subordinada a la primera pretensión principal: pago de la valorización N° 04 e intereses legales

98. Sobre este punto, el Consorcio afirma que producto de la ejecución de la obra quedó pendiente el pago de la Valorización N° 04, por un monto de S/ 709,687.91, según factura 001-N° 000015, presentada el 06 de abril de 2016 mediante Carta N° 13-2016-CSB/RL.

Así, el Consorcio manifiesta que dicho monto a la fecha no ha sido cancelado; solicitando además el reconocimiento de intereses legales computados a partir de la presente, conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cuarta pretensión principal

99. Para el Consorcio, toda la actual situación ha sido generada por causas atribuibles a la Entidad, de las cuales el contratista es completamente ajeno; por ello, se solicita que la Entidad reembolse los costos y costa irrogados en el presente proceso arbitral.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA REFORMULADA Y LA PRESENTACIÓN DE RECONVENCIÓN

Con fecha 19 de junio de 2017, la Entidad contestó la demanda reformulada bajo los siguientes términos.

100. La Entidad indica que durante la ejecución de la obra, el Contratista presentó solicitudes de ampliación de plazo, las cuales se resolvieron conforme al siguiente detalle:

| AMPLIACIONES DE PLAZO | DIAS DE AMPLIACION DE PLAZO SOLICITADOS | RESOLUCION DIRECTORIAL | RESUELVE | DIAS DE AMPLIACION DE PLAZO OTORGADO |
|--------------------------------|---|--|----------|--------------------------------------|
| Ampliación de plazo N° 01 | 23 | Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI del 22.03.2016 | Aprobar | 23 |
| Ampliación de plazo N° 02 | 31 | Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI del 02.05.2016 | Aprobar | 31 |
| TOTAL DE DIAS AMPLIADOS | | | | 54 |
| TÉRMINO DE PLAZO | | | | 08.11.2016 |

101. Asimismo, señala que durante la ejecución de la obra, no se tramitaron adicionales y deductivos. Se añade además que el contratista mantiene vigente la siguiente carta fianza de fiel cumplimiento:

| CARTA FIANZA | ENTIDAD FINANCIERA | FECHA DE VENCIMIENTO | IMPORTE |
|---|--------------------|----------------------|--------------|
| G707931 | BCP | 25/09/2017 | 1,067,800.29 |
| IMPORTE TOTAL DE GARANTIA DE FIEL CUMPLIMIENTO | | | 1,067,800.29 |

102. La Entidad manifiesta que mediante el Memorando N° 1699-2016-MINAGRI-PSI-DIR y el Memorando N° 1728-2016-MINAGRI-PSI-DIR, se informa que el Contratista incumplió injustificadamente sus obligaciones contractuales, al haber ejecutado la obra por un trazo distinto al considerado en el expediente técnico, ocasionando daños ambientales irreversibles en un área restringida del Parque Nacional Huascarán, sin autorización por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas — SERNANP.

103. Del mismo modo, de acuerdo a la Entidad, el Contratista incumplió con el Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAA del Ministerio de Agricultura y Riego, documento que detallaba las acciones que debía tomarse para evitar en lo posible la alteración al medio ambiente dentro del área natural protegida durante la ejecución de la obra, situación que no puede ser revertida.

104. Por tal razón, mediante la Carta Notarial N° 33-2016-MINAGRI-PSI de fecha 04 de mayo de 2016, el PSI decidió resolver el Contrato, por los incumplimientos de obligaciones contractuales incurridos por el contratista, que no pueden ser revertidos.

Sobre la nulidad y/o invalidez de la resolución del Contrato efectuada por el PSI

105. Conforme a lo indicado por la Entidad, la Cláusula Sexta del Contrato establece que dicho documento está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.
106. Asimismo, indica que, de acuerdo a lo establecido en el Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como lo indicado en la Opinión N° 014-2015/DTN, el expediente técnico de obra está formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definen, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutará. De ello se infiere que dicho expediente tiene por finalidad brindar información a los postores sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno para que puedan realizar adecuadamente sus ofertas y, de ser el caso, ejecuten la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.
107. Al respecto, el PSI afirma que de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 54 y 56 de su Reglamento, durante el proceso de selección el Contratista contó con la oportunidad de solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases, incluido el expediente técnico, o plantear solicitudes respecto a ellas. Del mismo modo, el Contratista también contó con la oportunidad de formular observaciones a las Bases.
108. Se agrega que, mediante el Acta de Entrega de Terreno de fecha 17 de noviembre de 2015, en la zona de obra se reunieron representantes del PSI y del Contratista, quienes realizaron las siguientes acciones:
- Recorrieron la zona donde se ejecutarían los trabajos.
 - Verificaron los B.Ms y puntos de referencia monumentados en el terreno.
 - Verificaron la compatibilidad del proyecto con el terreno y la libre disponibilidad del terreno donde se ejecutarían los trabajos.
 - Consideraron que no existía impedimento alguno para el inicio de los trabajos, procediendo a efectuar la entrega del terreno al contratista.
 - Los participantes del acto firmaron el acta en señal de conformidad.
109. Igualmente, para la Entidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 196 del Reglamento, durante la ejecución del Contrato, el Contratista también puede realizar consultas sobre la información contenida en el expediente técnico, las mismas que deben ser absueltas por el proyectista o la Entidad, según corresponda.
110. Por lo antes descrito, la Entidad concluye que el Contratista contó con los mecanismos suficientes, dentro del marco jurídico aplicable, para solicitar la aclaración y/o formular observaciones sobre la información contenida en el expediente técnico de obra, documento que forma parte del Contrato, así como el objeto contractual, tanto en la

etapa del procedimiento de selección, como durante la entrega de terreno y ejecución de la obra; sin embargo, no recurrió a tales mecanismos.

111. En ese contexto, la Entidad indica que la resolución del Contrato se sustentó en los siguientes aspectos:

- a) Haber ejecutado la obra por un trazo distinto al considerado en el expediente técnico, lo cual ha ocasionado daños ambientales irreversibles en un área restringida del Parque Nacional Huascarán.
- b) Incumplimiento del Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAA del MINAGRI, que detalla las acciones que debía tomarse para evitar en lo posible la alteración al medio ambiente dentro del Área Natural Protegida durante la ejecución del proyecto.

112. Para la Entidad dichos incumplimientos han quedado evidenciados mediante los documentos indicados a continuación:

- a) Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagp, mediante el cual se señala que se ha llegado a determinar que el trazo ejecutado por el Consorcio es un trazo distinto al considerado en el expediente técnico, vale decir, el Consorcio ha ejecutado la obra por un trazo nuevo, no aprobado o autorizado por el PSI. Del mismo modo, se ha determinado que el trazo considerado en el expediente técnico no presenta ningún trabajo ejecutado, encontrándose inalterable y acorde al paisaje natural del Parque Nacional Huascarán, lo cual equivale a decir que no se ha ejecutado en absoluto trabajo alguno acorde al expediente técnico, el cual ha sido objeto de la contratación.
- b) Informe N° 015-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR, a través del cual se indica que los trabajos ejecutados por el Consorcio no responden a las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato, puesto que dichos trabajos no han sido realizados conforme al trazo determinado en el expediente técnico, sino que más bien éstos están referenciados en un trazo distinto, determinado por el propio contratista a su discrecionalidad y sin contar con autorización expresa o tácita del PSI o de sus unidades orgánicas, razón por la cual se considera que el Contratista no ha ejecutado ningún trabajo u obra derivada del Contrato N° 93-2015- MINAGRI-PSI.
- c) Acta de Intervención N° 001-2016-SERNANP-PNH, de fecha 17 de febrero de 2016, a través del cual el SERNANP determina la paralización de las actividades concernientes a la citada obra dentro del Parque Nacional Huascarán, debido a la modificación del uso de suelo sin la autorización correspondiente, destrucción y alteración de los ecosistemas del Área Natural Protegida.
- d) Informe N° 012-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/NLU, de fecha 29 de abril de 2016, en el cual se concluye que:
 - El Consorcio ha ejecutado la obra alterando la calidad ambiental del Área Natural Protegida - Parque Nacional Huascarán, en zonas no autorizadas por el PSI, causando afectación en zonas donde no se interviene con la obra, tales como:

- Apertura de 02 caminos de acceso en zona de protección estricta del Parque Nacional Huascarán, causando alteración al paisaje, alteración a la flora y fauna, erosión al suelo, contaminación por residuos sólidos.
 - Bofedales contaminados, causando contaminación del agua con bolsas de cemento en zona aledaña a la bocatoma.
 - Queñuales talados en la zona de la bocatoma y alrededores, en caminos de acceso, plataforma del canal de conducción.
 - Residuos sólidos sin disposición en la bocatoma, caminos de acceso, plataforma de conducción del canal.
 - Material de construcción como tablas de madera, tubería HPDE, sin almacenamiento.
 - Agregados para el concreto, sin almacenamiento o disposición.
 - Doble trazo de la plataforma para el canal de conducción.
- Asimismo, según la Entidad, el Contratista al tener conocimiento que la obra se encontraba en el Parque Nacional Huascarán debió guardar el máximo cuidado durante la ejecución de la obra, ciñéndose estrictamente a su área de trabajo y no intervenir áreas donde no se ejecutaría la obra. Además, debió mantener el orden y limpieza de su zona de trabajo y no dejar sus materiales a la intemperie y sin almacenamiento. Finalmente, considerando que la obra se ejecutaba en un área natural protegida, debió hacer la consulta al PSI sobre los cambios en la ubicación de la obra y apertura de caminos de acceso.
113. Sobre la base de lo señalado, la Entidad afirma que se confirma que todos los trabajos realizados por el Consorcio fueron ejecutados bajo su propia discrecionalidad, sin que el PSI haya participado en su realización, aprobación o consentimiento, por lo que tales acciones son de responsabilidad única y exclusiva del ejecutor de la obra. Del mismo modo, teniendo en cuenta que los trabajos se han ejecutado sin observar los alcances definidos en el expediente técnico, se configura una situación de incumplimiento que no puede ser revertida al no poder volverse a realizar dichos trabajos en la actualidad, condición que es de carácter esencial en el Contrato de Obra.
114. Por lo expuesto, para la Entidad se evidencia que existieron razones técnicas que fundamentaron la Resolución del Contrato de Obra, siendo que lo esgrimido por el Contratista en sus pretensiones relacionadas a la nulidad y/o resolución de Contrato, carecen de sustento técnico y legal.

Sobre el pago de mayores gastos generales por ampliaciones de plazo y valorizaciones de obra

115. Respecto al presente punto, la Entidad sostiene que al ser resuelto el Contrato, por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales por parte del Contratista, debido a que efectuó la ejecución de la obra por un trazo distinto al considerado en el expediente técnico, éste no tiene sustento para solicitar el pago de mayores gastos generales y/o valorizaciones de obra, entrando además en contradicción con su pretensión de declarar nulo el Contrato.
116. Igualmente, señala que el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá, por lo que al extinguirse a través de la Resolución de Contrato la relación contractual, el plazo de

ejecución de obra también se ha extinguido, razón por la cual no resulta procedente considerar el trámite de la ampliación de plazo solicitada.

Pretensiones indemnizatorias

117. En cuanto a las pretensiones indemnizatorias formuladas por el Contratista, la Entidad indica que debe tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un Contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de Contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto.
118. De lo anterior, conforme a lo alegado por la Entidad, se infiere que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar es la sanción impuesta por la ley, al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los Contratos.

En esa línea, la doctrina moderna señala que básicamente existen elementos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Así, se indica que Santos Briz señala como elementos comunes los siguientes:

- La antijuridicidad
- La producción de un daño
- La culpa del agente (factor de atribución).
- Relación causal entre la acción u omisión y el daño.

119. De acuerdo a la Entidad, la ausencia de uno de los elementos antes mencionados evita que se configure el supuesto de responsabilidad civil contractual y por ende desaparece la obligación de indemnizar.
120. Asimismo, respecto a la antijuridicidad esta nace de la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. Así, la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito. Ahora bien, en el presente caso –para la Entidad- la resolución del Contrato efectuada fue realizada respetando el ordenamiento jurídico vigente, es decir, lo dispuesto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
121. No obstante, la Entidad menciona que en el supuesto negado que se considere que con la resolución del Contrato se ha causado daño al demandante, resulta necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:
 - a) El daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho.

- b) Tradicionalmente se ha clasificado el daño en dos tipos: el daño emergente, que comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de un hecho ilícito (implica siempre un empobrecimiento) y comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros. Sin embargo, no debe perderse de vista que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, lo cual implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia.
- c) En efecto, como cualquier pretensión económica, la indemnización por daños y perjuicios debe ser debidamente acreditada, conforme a lo prescrito en el artículo 1331 del Código Civil. Así también, a nivel jurisprudencial se ha determinado que *"para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega"*.
122. La Entidad afirma que el Contratista no ha acreditado documentalmente haber sufrido pérdida o disminución patrimonial alguna por efectos del supuesto evento dañoso; por lo cual, no debe ampararse su pretensión indemnizatoria.

Pago de gastos arbitrales

123. Por último, la Entidad solicita condenar al demandante al pago de los costos y costas en el supuesto que se declare INFUNDADA la demanda arbitral, no siendo aplicable el principio de equidad; toda vez que la parte perdedora de un proceso debe asumir todos los gastos arbitrales generados.
124. Por todo lo expuesto, la Entidad solicita que se declare INFUNDADA la demanda arbitral incoada por el Consorcio San Benito, en virtud de los argumentos legales desarrollados anteriormente.

Fundamentación jurídica

125. La Entidad fundamenta jurídicamente su demanda en el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, los numerales 1 y 2 del artículo 168 de su Reglamento, el artículo 169 del mismo Reglamento, el artículo 1362 del Código Civil, y el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Asimismo, la Entidad formuló su pedido de Reconvención bajo los siguientes términos:

126. En el tiempo y modo oportuno interponemos la RECONVENCIÓN debiendo precisar lo siguiente:

Primera Pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral Unipersonal declare válida y eficaz la resolución total del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI de fecha 27 de octubre de 2015; reservándonos el derecho a fundamentar este extremo de la pretensión de manera oportuna.

Segunda pretensión principal: Solicitamos que el demandante asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

127. Se señala que la presente Reconvención se sustenta en lo descrito en el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI de fecha 27 de octubre de 2015, en el inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 168 y 169 de su Reglamento.

VI. DE LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD

128. Con fecha 19 de julio de 2017, el CONSORCIO contestó la reconvención reformulada por la Entidad con los mismos argumentos esbozados en su demanda arbitral reformulada.

VII. DEL PROCESO ARBITRAL

7.1 Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

129. Con fecha 5 de agosto de 2017, se llevó a cabo la audiencia de fijación de puntos controvertidos; asimismo, mediante Resolución N° 23 se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

"A. Respecto a la demanda presentada por el Consorcio el 12 de setiembre de 2016, ampliada mediante el escrito presentado el 28 de febrero de 2017, la cual fue subsanada mediante el escrito presentado el 10 de marzo de 2017, y la contestación de la demanda presentada por el PSI el 5 de diciembre de 2016, así como la contestación de la ampliación de la demanda presentada el 4 de abril de 2017:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o invalidez del acto contenido en la carta notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI de 4 de mayo del 2016 y consecuentemente revocar el extremo referido a que la resolución del Contrato fue por incumplimiento del contratista; y, sustituirlo declarando que la resolución del Contrato no es imputable al contratista.

De manera accesoria al **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago de S/ 4'275,192.70 (Cuatro Millones Doscientos Setenta Y Cinco Mil Ciento Noventa Y Dos Con 70/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Consorcio San Benito, a consecuencia de haber resuelto el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, de manera indebida; así como el reconocimiento de los intereses legales correspondientes.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago al Consorcio San Benito de la Valorización N° 03 por un monto de S/ 652, 211.20 (Seiscientos Cincuenta y Dos Mil Doscientos Once con 20/100 Soles), y reconocimiento de intereses legales.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago al Consorcio San Benito de la Valorización N° 04 por un monto de S/ 709, 687.91 (Setecientos Nueve Mil con Seiscientos Ochenta y siete con 91/100 soles), y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

B. Respecto a la demanda acumulada presentada por el Consorcio de fecha 10 de mayo de 2017, así como de la contestación de demanda acumulada presentada por el PSI con fecha 19 de junio de 2017:

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI.

- i. **De manera accesoria al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI efectuada por la Entidad mediante CARTA NOTARIAL N° 033-2016- MINAGRI-PSI.
- ii. **De manera accesoria al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago de S/ 6'842,182.60 (Seis Millones Ochocientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Ochenta y Dos con 60/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios; y, se reconozca los intereses devengados desde la fecha de ocurrencia de daño.
- iii. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**
Determinar si corresponde declarar que el trazo del proyecto de obra, consignado en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, no es el trazo del proyecto de obra del Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR aprobado o autorizado por el Parque Nacional Huascarán.
- iv. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**
Determinar si corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI.
- v. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**
Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago de S/ 6'095,282.92 (Seis Millones Noventa y Cinco Mil Doscientos Ochenta y Dos con 92/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios; y, el reconocimiento de intereses legales.
- vi. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**
Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de S/ 40,046.01 (Cuarenta Mil Cuarenta y seis con 01/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 01 aprobada por 23 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales.
- vii. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**
Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de S/ 54,297.65 (Cincuenta y Cuatro Mil Doscientos Noventa y Siete con 65/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 02 aprobada por 31 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales.
- viii. **De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si se debe declarar consentida la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 30 días calendario, presentada mediante Carta N° 21-2016-CSB/RL de fecha 08 de junio de 2016.

ix. De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar el pago de S/ 52,552.26 (Cincuenta y dos Mil Quinientos Cincuenta y Dos con 26/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 03 consentida el 30 de junio de 2016, y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

x. De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de la Valorización N° 03 por un monto de S/ 652,211.20 (Seiscientos Cincuenta y Dos Mil Doscientos Once con 20/100 Soles), y reconocimiento de intereses legales.

xi. De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de la Valorización N° 04 por un monto de S/ 709, 687.91 (Setecientos Nueve Mil con Seiscientos Ochenta y siete con 91/100 soles), y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

C. Respecto a la reconvención a la demanda acumulada presentada por el PSI de fecha 19 de junio de 2017, así como la absolución de la reconvención presentada por el Consorcio con fecha 19 de julio de 2017:

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde declarar válida y eficaz la resolución total del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI de fecha 27 de octubre de 2010.*

130. Asimismo, se determinó que los medios probatorios admitidos en el presente proceso arbitral fueron los siguientes:

A) De la demanda y subsanación, presentada por el Consorcio:

Los documentos ofrecidos en su escrito de demanda de fecha 12 de setiembre de 2016, los cuales fueron señalados en el acápite VII “Medios Probatorios” y subsanados posteriormente mediante escrito de fecha 12 de octubre de 2016 en los numerales “1-5”.

B) De la Contestación y reconvención de demanda presentada por el PSI:

Los documentos ofrecidos en el escrito de contestación de demanda, de fecha 14 de fecha 5 de diciembre de 2016, los cuales fueron señalados en el punto 3, numerados del anexo1-D al 1-F.

C) Del escrito de demanda acumulada presentado por el Consorcio:

Los documentos ofrecidos en el escrito de fecha 10 de mayo de 2016, los cuales fueron señalados en el Acápite IV. “Medios Probatorios”, en el cual se precisó que

por temas de economía procesal se consideren los anexos presentados en sus escritos No. 3 y No. 4, del 25 de enero y 7 de febrero respectivamente; así como los anexos signados como "Anexo 03-A al Anexo 03-Q" y "Anexo 12-R al Anexo 12-T" del escrito de demanda acumulada.

D) Del escrito de contestación de demanda acumulada y reconvención:

Los documentos ofrecidos en el escrito de fecha 19 de junio de 2017, señalados como medios probatorios en el apartado "II" del escrito de contestación y en el apartado "II" del escrito de reconvención. Estos medios probatorios fueron adjuntados al escrito de subsanación de contestación de demanda acumulada de fecha 3 de julio de 2017 en los anexos "Anexo 7-A, 7-B y 7-C".

Respecto a la admisión de medios probatorios, cabe precisar que en el acta de Fijación de Puntos Controvertidos no se consideró los medios probatorios ofrecidos en la ampliación de la demanda. Sin embargo, siendo que dichos medios probatorios formaban parte de la demanda acumulada, mediante resolución N° 23, se precisó que, si bien no se consideró los documentos ofrecidos en la ampliación de la demanda en el acta de Fijación de Puntos Controvertidos, al haber sido admitidos en dicha acta, se tendrán presentes también como sustento de dicho escrito postulatorio.

Por otro lado, cabe precisar también que, posteriormente a la audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, se admitieron los siguientes medios probatorios en las resoluciones citadas a continuación:

- Resolución N° 21, de fecha 24 de marzo de 2018
 - ✓ Informe Legal N° 742-2017-MIANGRI-PSI, presentado por el PSI el 13 de diciembre de 2017
 - ✓ Los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en el escrito de fecha 16 de enero de 2018
 - ✓ Los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en el escrito N° 17, de fecha 10 de noviembre de 2017
- Resolución N° 23, de fecha 11 de mayo de 2018
 - ✓ Carta N° 1027-2015-MINAGRI-PSI-DIR
 - ✓ Informe N° 249-2015-MINAGRI-PSI-DIR-OS/JMSR
 - ✓ Carta N° 004-2015-CVC/SO-PSI
 - ✓ Medios probatorios fueron presentados por el Consorcio el 16 de enero de 2018.
- Resolución N° 27, de fecha 13 de agosto de 2018
 - ✓ Documentos presentados por el Consorcio el 22 de junio de 2018
- Resolución N° 31, de fecha 14 de enero de 2019
 - ✓ Documentos presentados por el Consorcio el 26 de octubre de 2018

7.2 Cierre de etapa probatoria y alegatos

Mediante Resolución N° 23 de fecha 11 de mayo de 2018, el Árbitro Único dispuso declarar cerrada la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a ambas partes para que cumplan con presentar sus alegatos escritos.

Mediante Resolución N° 25 de fecha 9 de julio de 2018, se tuvo por presentados los alegatos del Consorcio. Asimismo, en dicha resolución se dejó constancia que el PSI no presentó alegatos escritos.

7.3 Audiencia de ilustración de hecho e informe oral

Con fecha 17 de octubre del año 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos e Informe Oral con la presencia del Árbitro Único, el Consorcio y el PSI, con la finalidad de que ambas partes expongan los aspectos técnicos y legales que sustenten sus posiciones.

En dicha audiencia, el Árbitro Único otorgó a ambas partes un plazo de siete (7) días hábiles, para que presenten las conclusiones finales a sus respectivas exposiciones.

Al respecto, mediante Resolución N° 29 de fecha 20 de noviembre de 2018, se tuvo por presentadas las conclusiones finales del Consorcio. Asimismo, se dejó constancia que el PSI no presentó conclusiones finales.

7.4 Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 31 de fecha 14 de enero de 2019, el Árbitro Único declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales, para emitir el laudo arbitral.

7.5 Prórroga del plazo para laudar

Mediante la Resolución N° 32 de fecha 22 de febrero de 2019, el Árbitro Único consideró conveniente hacer uso del derecho de la prórroga y amplió el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del día hábil siguiente de vencido el término original.

VIII. CUESTIONES PREVIAS

131. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes y lo estipulado en las reglas del Acta de Instalación del presente proceso.
- (ii) En ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) El Consorcio presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.

- (iv) La Entidad cumplió con presentar la contestación a la demanda dentro del plazo previsto; asimismo, formuló su pedido de reconvención.
- (v) El Consorcio cumplió con presentar la contestación a la reconvención planteada por la Entidad.
- (vi) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron alegatos por escrito y expusieron sus informes orales.
- (vii) Este Árbitro Único, conforme lo establecido en el Artículo 139 numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- (viii) En el análisis de las Pretensiones, el Árbitro Único se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral.
- (ix) El Árbitro Único ha procedido a laudar y notificar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.
132. Asimismo, es necesario señalar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.
133. En esa línea, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados, 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 asignado.
134. De igual manera, el Árbitro Único conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.
- IX. NORMA APPLICABLE**
135. Desde el punto de vista sustantivo, atendiendo a que el 7 de septiembre de 2015 se produjo la convocatoria del proceso de selección del cual deriva el Contrato, las normas aplicables al presente caso son la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo 1017, y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante LCE), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF (en adelante el RLCE).
- X. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A UTILIZAR POR EL ÁRBITRO ÚNICO**
136. Teniendo en cuenta que el presente caso arbitral implica la interpretación jurídica respecto a la validez del Contrato y su ejecución, es necesario que antes de entrar al análisis específico de cada una de las pretensiones, se proceda a hacer referencia a las reglas de interpretación que se tendrán en cuenta en el presente caso.
137. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Para analizar las distintas pretensiones, el Árbitro Único considera necesaria realizar una labor interpretativa, la misma que consiste en la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa; en el caso que nos ocupa, principalmente, el de un Contrato o una norma dudosa, ambigua o contradictoria. De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.
- b) Por ello, el Árbitro Único al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración las pautas señaladas por Scognamiglio, en el sentido de que: *"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."*
- c) En su labor interpretativa, el Árbitro Único tendrá presentes los siguientes principios interpretativos:
- De conservación del Contrato, por el cual cuando una cláusula del Contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno, permitiendo con ello la eficiencia en la transacción y el beneficio para ambas partes.
 - La interpretación, como señala Díez Picazo: *"(...) debe dirigirse a que el Contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al Contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última".*
 - De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano, cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361 del Código Civil se establece la presunción iuris tantum que *"la declaración expresada en el Contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"*.

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa, teniendo en cuenta la «voluntad común», a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como: *"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el Contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al Contrato como un todo".*¹

¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Lima. 1985, p. 25.

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que: “*(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el Contrato tiene otro diverso*”².
- d) Será necesario que el Árbitro Único utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, se realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato y las normas aplicables.

(i) Interpretación Sistemática

Es una consecuencia de la unidad lógica del Contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas. Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169º del Código Civil, en el que se establece que: “*Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que: “*Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás*”³.

(ii) Interpretación Integradora

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todos modos, debe incluirse.

Por lo tanto, el contenido de los Contratos se forma con las normas contractuales propiamente dichas, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en los mismos y sus documentos vinculados, a las que deberán sumársele las normas y principios imperativos, así como las normas que, supletoriamente, integran el contenido contractual. De esta manera, la interpretación integradora de los Contratos preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

(iii) Interpretación Histórica

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que los Contratos significan para las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, así como la conducta posterior seguida por las partes.

² DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I, p. 398.

³ Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Op. Cit., pp. 297 y 298.

Se trata de realizar un estudio de todo el íter contractual, empezando por la fase de la celebración de los Contratos y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil.

- e) -Utilizando todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Árbitro Único procederá a integrar cada una de las prestaciones que forman el contenido del Contrato, con las normas y principios pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

XI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Sobre lo que trata la presente controversia

138. En el presente caso, las controversias se originan por las diferencias respecto a la validez del Contrato, debido a supuestos vicios en su contenido; asimismo, es materia controvertida la correcta ejecución contractual, lo cual conlleva a analizar si ambas partes cumplieron o no con sus obligaciones contractuales, siendo que en dicho estudio se deberá abordar temas como la correcta ejecución del trazo del proyecto, el pago de valorizaciones, la aprobación de ampliaciones de plazo, el pago de mayores gastos generales y el pago de conceptos indemnizatorios.

Análisis específico de las prestaciones planteadas

139. Existe un total de dieciséis puntos controvertidos que corresponden a igual número de pretensiones. Únicamente para efectos metodológicos, agruparemos tales puntos en los siguientes rubros de análisis: i) Respecto a la correcta determinación del trazo del proyecto; ii) Respecto a la nulidad, invalidez o ineficacia del Contrato; iii) Respecto a la nulidad de la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, en la cual la Entidad determinó la resolución del Contrato; iv) Respecto al contratista diligente; v) Respecto al pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4; vi) Respecto a la ampliación de plazo N° 3; vii) Respecto al pago de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2; viii) Respecto a las indemnizaciones; y ix) Respecto al pago de costas y costos.

Respecto a la correcta determinación del trazo del proyecto

140. La controversia establecida en el tercer numeral de las pretensiones subordinadas al cuarto punto controvertido corresponde a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal presentada por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada. Al respecto, el punto controvertido materia de análisis en este rubro es el siguiente:

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar que el trazo del proyecto de obra, consignado en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, no es el trazo del proyecto de obra del Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR aprobado o autorizado por el Parque Nacional Huascarán.

141. Sobre el particular, es pertinente señalar que el 27 de octubre del 2015 el Consorcio y la Entidad suscribieron el Contrato, para la ejecución de obra: "Mejoramiento y ampliación

del servicio de agua del sistema de riego Chunguil – Achcay – Lluychocolpan – Uchupampa, en el Distrito de Llampa, Provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash”, por el monto de S/. 10'678,002.81 y con un plazo de ejecución de 300 días.

142. Dicho Contrato, de acuerdo con la memoria descriptiva del expediente técnico de la obra, tenía como finalidad principal la construcción de 01 und. bocatoma; construcción de 01 und. desarenador; construcción de 22,080.00 ml de línea de conducción de sección circular; construcción de 125 und. buzones de inspección; construcción de 31 und. tomas laterales; construcción de 27 und. cámara de carga en la línea de conducción; construcción de 58 und. cámara disipador de energía; construcción de 03 und. trasvases; y construcción de 04 und. canoas, L=5.00 mt.

Dicha infraestructura ayudaría a mejorar la agricultura en las localidades de Chunguil, Achcay, Lluychocolpan y Uchupampa, proveyendo de agua a dichas zonas durante gran parte del año, ya que, conforme se señala en la memoria descriptiva, las mencionadas zonas solo son trabajadas durante temporadas de lluvias, desaprovechando su potencial agrícola en las estaciones no lluviosas.

143. Así, la ejecución de la obra consistía en la construcción de una bocatoma en el río Chunguil del cual se extraería agua para ser dirigida, a través de una línea de conducción de sección circular con tubería HDPE, a las localidades de Chunguil, Achcay, Lluychocolpan y Uchupampa a través de un sistema de conducción, el cual pasaría por la zona de protección estricta y la zona de uso especial del Área Natural Protegida – Parque Nacional Huascarán⁴.
144. Precisamente, la finalidad del presente punto consiste en verificar si la bocatoma y la línea de canales de conducción del presente proyecto fueron determinados correctamente; es decir, si dicha bocatoma y trazos del canal fueron consignados en el expediente técnico conforme al Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR, mediante el cual el Servicio Nacional de Áreas Protegidas del Estado (SERNANP) otorgó la compatibilidad del trazo del proyecto.
145. Para dichos efectos, en primer lugar, corresponde citar el artículo 13 de la LCE y el artículo 11 del RLCE, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 13.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar

Sobre la base del Plan Anual de Contrataciones, el área usuaria deberá requerir la contratación de los bienes, servicios u obras, teniendo en cuenta los plazos de duración establecidos para cada proceso de selección, con el fin de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.

Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado.

⁴ Mediante Decreto Supremo N° 0622-75-AG, se creó el Parque Nacional Huascarán, ubicado en el Departamento de Ancash, el cual, según el mencionado Decreto Supremo, tenía como finalidad proteger la flora, fauna, formaciones geológicas, nevados y belleza escénica de la Cordillera Blanca (cordillera tropical más extensa del mundo).

La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento. Esta evaluación deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento sólo favorezca a determinados postores.

Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales, si las hubiere. Estas podrán recoger las condiciones determinadas en las normas técnicas, si las hubiere.

*En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. *La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.**

En los procesos de selección según relación de ítems, etapas, tramos, paquetes o lotes se podrá convocar la contratación de bienes, servicios y obras en un solo proceso, estableciéndose un valor referencial para cada ítem, etapa, tramo, paquete o lote. El Reglamento establecerá los procedimientos adicionales a seguir en estos casos". (Subrayado y resaltado nuestro)

"Artículo 11.- Características técnicas de lo que se va a contratar

El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13 de la Ley. El órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria y, como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar. (Subrayado y resaltado nuestro)

Asimismo, el OSCE⁵ ha señalado lo siguiente respecto al requerimiento:

"El requerimiento es la solicitud formulada para contratar un bien, servicio u obra que satisfaga las necesidades de una Entidad. La formulación del requerimiento da inicio al proceso de contratación y determina, en gran medida, el éxito del mismo.

El requerimiento debe contener las Especificaciones Técnicas en el caso de bienes, Términos de Referencia en el caso de servicios o Expediente Técnico en el caso de

⁵ ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (2017), Guía Práctica N° 5 ¿Cómo se formula el requerimiento? Consultado en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Ela borados%20por%20el%20OSCE/GUIAS_PRACTICAS/Guia%20Practica%205_Como%20se%20formula%20el%20Requerimiento%20VF.pdf

obras; además, debe incluir los requisitos de calificación que correspondan según el objeto de la contratación.

El requerimiento consiste en la descripción objetiva y precisa de: Las características del bien, servicio y obra a requerir (dimensiones, material, composición, entre otros), los requisitos funcionales relevantes para cumplir con la finalidad pública (resistencia de materiales, potencia, temperatura, humedad relativa, entre otros, de ser el caso), las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación (lugar, plazo, penalidades, forma de pago, obligaciones, entre otros).

Debe incluir las exigencias previstas en leyes, reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias, reglamentos y demás normas que regulan el objeto de la contratación con carácter obligatorio. Además, puede incluir disposiciones previstas en normas técnicas de carácter voluntario, siempre que (i) sirvan para asegurar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos, (ii) se verifique que existe en el mercado algún organismo que pueda acreditar el cumplimiento de dicha norma técnica y (iii) no contravengan las normas de carácter obligatorio".

Por su lado, en el artículo 153 del RLCE, se ha considero la siguiente:

"Artículo 153.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista."

146. De lo expuesto, se desprende que corresponde a la Entidad a través del área usuaria respectiva, definir con precisión el expediente técnico que comprende el requerimiento, el cual debe contener las características, condiciones, cantidad y calidad de lo que se requiere contratar, de tal manera que satisfagan su necesidad, evitando generar mayores costos y/o controversias en la ejecución contractual.

Asimismo, dicho requerimiento debe ser formulado de acuerdo a la normativa aplicable al objeto de contratación y, de corresponder, la Entidad deberá obtener los títulos habilitantes necesarios para la ejecución del requerimiento.

147. Tal como se señaló anteriormente, la ejecución de la obra objeto del Contrato se realizaría, en gran parte, en la zona de protección estricta y la zona de uso especial del Área Natural Protegida – Parque Nacional Huascarán. Por ello, teniendo en cuenta la naturaleza de los terrenos del "Parque Nacional" en donde se ejecutaría la obra, correspondía que el requerimiento de la Entidad (expediente técnico) considerará lo establecido en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 038-2001-AG, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 116.- Emisión de Compatibilidad y de Opinión Técnica Previa Favorable

El presente artículo regula la emisión de la Compatibilidad y de la Opinión Técnica Previa Favorable por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, solicitada por la Entidad de nivel nacional, regional o local que resulte competente, de forma previa al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y/o en sus Zonas de Amortiguamiento, y en las Áreas de Conservación Regional.

116.1. La emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del Área Natural Protegida de administración nacional, o del Área de Conservación Regional, en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión.

La compatibilidad que verse sobre la Zona de Amortiguamiento de un Área Natural Protegida de administración nacional será emitida en función al Área Natural Protegida en cuestión.

Asimismo, la emisión de la compatibilidad incluirá los lineamientos generales, así como los condicionantes legales y técnicos para operar en el Área Natural Protegida y en su Zona de Amortiguamiento.

Las Entidades competentes para suscribir Contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales, y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, y/o sus Zonas de Amortiguamiento, o en las Áreas de Conservación Regional.

No cabe la emisión de compatibilidad respecto de aquellas actividades complementarias a una actividad que ya cuente con un pronunciamiento de compatibilidad favorable por parte del SERNANP, siempre que se encuentre dentro de la misma área geográfica.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de la autoridad competente.

116.2. La Opinión Técnica Previa Favorable es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o de su Zona de Amortiguamiento, o de un Área de Conservación Regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del Área Natural Protegida.

El Instrumento de Gestión Ambiental exigido por la legislación respectiva, sólo podrá ser aprobado por la autoridad competente si cuenta con la Opinión Técnica Previa Favorable del SERNANP.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente, pudiendo ésta resultar favorable o desfavorable

Previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la autoridad competente solicitará al SERNANP la Opinión Técnica sobre los Términos de Referencia para la elaboración del mismo.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 15 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente

116.3. Independientemente de lo dispuesto en los numerales precedentes, las autoridades competentes deberán tener en cuenta las siguientes disposiciones:

a) Los derechos otorgados por las Entidades competentes sobre las actividades propias de la operación, deberán ser comunicados y coordinados previamente con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas.

b) Las actividades propias de la operación, tales como el ingreso de personal, y el transporte de sustancias peligrosas, explosivos, entre otras que se realicen al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional, y/o de su Zona de Amortiguamiento, o al interior de un Área de Conservación Regional, deberán ser previamente comunicadas y coordinadas con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas, o con la Dirección de Gestión de las Áreas Naturales Protegidas - DGANP, según corresponda, a fin de tomar las medidas que el caso amerite.

c) Los informes de las actividades inherentes a la fiscalización y control, realizadas por las Entidades competentes, deberán ser remitidos por las mismas en copia al SERNANP."

148. De acuerdo al citado artículo, previa a la ejecución de una obra en un Área Natural Protegida, SERNANP deberá emitir la "Compatibilidad" y la "Opinión Técnica Previa Favorable", siendo que sin la emisión de dichos títulos habilitantes no se podría ejecutar obra alguna en una Área Natural Protegida.

Por ello, teniendo en cuenta que parte de la obra se desarrollará en el Parque Nacional Huascarán, para su ejecución la Entidad debía considerar que el expediente técnico se encuentre acorde a la "Compatibilidad" y a la "Opinión Técnica Previa Favorable" que emite SERNANP.

149. Sobre el particular, el Contratista señala que la aprobación del expediente técnico de la presente obra se realizó sin considerar los trazos aprobados en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/ YMRR, mediante el cual SERNANP habría emitido su opinión técnica

favorable al proyecto; por ello, el Consorcio afirma que, en tanto en el expediente no se tomó en cuenta dicho informe, en este se consignó un trazo no aprobado por SERNANP, lo cual vulneraría el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.

150. Para efectos de verificar si el expediente técnico cuenta o no con los trazos aprobados en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, corresponde citar los siguientes medios de prueba:

- Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, suscrito por Yuly Rondón Ríos, especialista del PNH-SERNANP, y Ricardo Jesús Gómez López, jefe del PNH-SERNANP, mediante el cual SERNANP emitió la aprobación del trazo del Contrato, de acuerdo a lo siguiente:

III. CONCLUSIONES

De la evaluación realizada en los puntos que preceden se concluye lo siguiente:

- 3.1. Por lo antes evaluado y en el marco de la normalidad vigente se emite la compatibilidad a la modificación de trazo del Proyecto "Mejoramiento y Ampliación del servicio de Agua del Sistema de Riego Chinguill-Achcay-Lluychocolpan en el Distrito de Llumpa, Provincia Mariscal Luzuriaga".
- 3.2. En merito a lo señalado y conforme al DS N°003-2011-MINAM se emite la compatibilidad a la modificación de trazo del Proyecto , la misma que está sujeta al cumplimiento de las condicionantes para operar al interior del área natural protegida.

V. CONDICIONANTES

- 5.1. Por ningún motivo se cambiará el trazo modificado del Proyecto en mención al que se dio compatibilidad, ni se intervendrán zonas no establecidas en el expediente técnico.
- 5.2. Como el Proyecto abarcará 55 metros de la zona de protección estricta, verificado en campo que en dicha zona no existe ninguna intervención y/o infraestructura construida conforme a la inspección ocular realizada el día 04/11/2013 se deberá prever que en estos 55 metros la remoción de suelos sea mínimo, evitando alterar el paisaje y ecosistemas existentes en el lugar.

Asimismo, en dicho informe se adjuntó un plano, el cual contendría el trazo aprobado para la realización del proyecto.

De lo expuesto, se aprecia que en el referido informe, SERNANP otorgó la compatibilidad al trazo del proyecto; por lo cual, dicho trazo debía ser el que se considere durante la ejecución de la obra, el mismo que "por ningún motivo se cambiará".

- Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn, suscrito por Daniel Aquiles García Paredes, evaluador de estudios y proyectos de la Entidad, y José Remuzgo Lora, Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Entidad, en el cual se señala lo siguiente:

- e. Es decir, que este trazo es el aprobado por la DGAAA y corroborado en la aprobación del expediente técnico a través de la Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI. Según el replanteo topográfico con las coordenadas autorizadas por el SERNANP, y analizando los planos de planta y perfil longitudinal, adjunto al presente, se observa pendientes y gradientes muy pronunciadas, y para cumplir con las metas físicas del expediente técnico (construcción del canal de riego por gravedad), se tendría que realizar trabajos excesivos de movimiento de tierras, el cual tendría un efecto negativo mayor que siguiendo el trazo ejecutado.
- g. Asimismo, por encontrarse pendientes y gradientes muy pronunciadas se tendría que diseñar obras de serie adicionales como: sifones, rápidas, caídas inclinadas y hasta impulsión de agua a través de bombeo eléctrico lo cual incrementaría el presupuesto del expediente técnico y alteraría el medio ambiente.
- h. El trazo del canal ejecutado constatado en campo ~~no coincide con el trazo aprobado por el SERNANP, ni con el trazo establecido los Planos de Planta del expediente técnico de obra.~~ Cabe señalar que ambos trazos (SERNANP y Planos de Planta) forman parte del Expediente Técnico de Obra, es decir, el trazo ejecutado por el Consorcio San Benito es distinto a los trazos considerados en el Expediente Técnico de Obra.
- i. De acuerdo al Informe N° 012-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn

5. CONCLUSIONES

- a. La obra: Mejoramiento y Ampliación del Servicio de Agua del Sistema de Riego Chinguil - Achoay - Lluychocolpan - Uchupampa, Distrito de Llumpa, Provincia de Mariscal Luzuriaga - Región Ancash, con código SNIP 111142, actualmente se encuentra paralizada.
- b. De acuerdo a las coordenadas que se encuentran en ~~los Planos de Planta del Expediente Técnico de Obra~~ se pueda advertir que su ejecución es técnicamente viable (para la construcción de un canal de riego por gravedad). Sin embargo, de acuerdo a la información topográfica de coordenadas y de los BMs planteados en el Expediente Técnico, se ha llegado a determinar que el trazo ejecutado por el Consorcio San Benito es un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico de Obra, vale decir, el contratista ha ejecutado la obra por un trazo nuevo, no aprobado o autorizado por la Oficina de Estudios y Proyectos y, por ende, tampoco por el PSI.
- c. De acuerdo al trabajo de campo y el replanteo topográfico del trazo del canal, aprobado con las bases de coordenadas proporcionadas por el SERNANP, se concluye que ~~el trazo del canal aprobado por el SERNANP es técnicamente inviable su ejecución~~ para la construcción de un canal de riego por gravedad) debido a las fuertes pendientes, contrapendientes y fuertes gradientes que presenta el trazo al cual se puede observar en los planos adjuntos al presente informe. No obstante ello, luego del recorrido de coordenadas y levantamiento de información en campo y contando con los planos de planta y curvas de nivel, se ha llegado a determinar que el trazo considerado en el Expediente Técnico de Obra no presenta ningún trabajo ejecutado, encontrándose inalterable y acorde al paisaje natural del Parque Nacional Huascarán.

De lo expuesto, se aprecia que la propia Entidad señaló que "el trazo del canal ejecutado constatado en campo no coincide con el trazo aprobado por SERNANP, ni con el trazo establecido en el expediente técnico de obra", de lo cual se desprende que el trazo establecido en el expediente técnico no es igual al trazo aprobado por SERNANP.

Asimismo, la Entidad señala que las coordenadas que se encuentran en los planos de planta del expediente técnico de obra son técnicamente viables para la construcción de un canal de riego por gravedad, pero a continuación indica que el trazo del canal aprobado por SERNANP es técnicamente inviable para la construcción de un canal de riego por gravedad, de lo cual se desprende que el trazo establecido en el expediente técnico no corresponde al trazo aprobado por SERNANP, pues con el trazo del expediente técnico sería posible la construcción de un canal de riego por gravedad, mientras que con el trazo aprobado por SERNANP no sería posible dicha construcción.

- **Resolución Directoral N° 007-2017-MINAGRI-PSI**, mediante el cual Félix Bernabé Agapito Acosta, Director Ejecutivo del PSI, decidió sancionar a Segundo Jorge Amílcar Miranda Cabrera, ex Director de Infraestructura de Riego, y a Alfredo René Rabines Flores, ex Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Dirección de Infraestructura de Riego, conforme lo siguiente:

Que, debe notarse que el Expediente Técnico fue remitido por la Municipalidad Distrital de Llumpa en setiembre de 2013, el mismo que contenía el trazo original de la línea de conducción. Este trazo original del expediente técnico es al que le dieron su conformidad los ingenieros César Alegre López (revisor de expedientes técnicos y supervisor de obras), Leoncio Ruiz Rojas (Coordinador Técnico DIR - Mi Riego), Alfredo Rabines Flores (Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos) y el ingeniero Jorge Miranda Cabrera (Director de Infraestructura de Riego). La posterior subsanación efectuada por el Director de Infraestructura de Riego también fue en relación al expediente técnico con el trazo original. En ningún momento se dispuso la adecuación del expediente técnico a la modificación del trazo sobre la cual emitió la compatibilidad el Jefe del Parque Nacional Huascarán; pues, el Director de Infraestructura de Riego solo subsanó las observaciones planteada por la Oficina de Asesoría Jurídica, esto es, presentando la Opinión Técnica Previa Favorable del Instrumento de Gestión Ambiental. De manera que se terminó aprobando un expediente técnico que contenía datos distintos a la compatibilidad otorgada por el Jefe del Parque Nacional Huascarán originada por la modificación del trazo efectuada por la Municipalidad Distrital de Llumpa.

Que, en el Informe N° 033-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/EFTS de fecha 25 de febrero de 2016 (folios 637 a 638), el ingeniero de Seguimiento y Monitoreo de Ejecución de Obra, Eugenio Fernando Tello Shuan, señala que *"los trabajos de la obra se han venido desarrollando normalmente de acuerdo a los planos y memoria descriptiva del expediente técnico [...]"*. Dicha aseveración confirma la conclusión referido a que el expediente técnico se aprobó sin efectuar las modificaciones del trazo realizado por la Municipalidad Distrital de Llumpa; de modo que existe una discordancia entre los planos de la Opinión Técnica de Compatibilidad con los del Expediente Técnico aprobado.

De lo expuesto, se aprecia que en la referida resolución la propia Entidad afirmó que los datos (planos) del expediente técnico del Contrato no habrían sido adecuados a los trazos aprobados por SERNANP.

- **Resolución de Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, mediante el cual SERNANP decide sancionar al Consorcio por infracciones ambientales en el Parque Nacional Huascarán:**

En dicha resolución, SERNANP indica, entre otros aspectos, lo siguiente:

Que, debemos señalar, que el Consorcio San Benito al ejecutar la obra: "Mejoramiento y Ampliación del Servicio del Sistema de Riego Chinguill-Achoay-Chuýchocoipan-Uchupampa, en el Distrito de Llumpa, Provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash", por un área que no contaba con la opinión técnica previa del SERNANP ha modificado el suelo. Sin embargo el propio representante legal del consorcio demuestra que sí conocía de la modificación del trazo del proyecto, toda vez que en su escrito de descargo a imputaciones traducida en la Carta N° 25-2016-CSB/RL de fecha 15 de julio de 2016, anexa como medio de prueba el Informe de Gestión Ambiental del Expediente Técnico y en cuyo Informe como anexo 2 adjunta el Informe de COMPATIBILIDAD emitido por el SERNANP, el mismo que se ve traducido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR de fecha 02 de enero de 2014, en el que se emite la compatibilidad a la modificación del trazo del proyecto "Mejoramiento y Ampliación del Servicio de Agua del Sistema de Riego Chinguill-Achoay-Chuýchocoipan-Uchupampa, en el Distrito de Llumpa, Provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash" anexo además en el presente informe el mapa de ubicación de la modificación del trazo del proyecto. Informe que precisa además en el punto V 5.2., como el proyecto abarcará 55 metros de la zona de protección estricta verificado en campo, se deberá prever que la remoción de suelo en ese espacio debió ser mínima, evitando alterar el paisaje y ecosistemas existentes en el lugar y no los cerca de mil metros intervenidos. Por lo que, dichos argumentos carecerían de verosimilitud y por ende no desvirtúa la responsabilidad del consorcio San Benito;

Asimismo, dicha aseveración es ratificada por SERNANP en distintos extremos de su resolución.

Al respecto, del párrafo citado, se desprende que el Consorcio tuvo conocimiento del Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn y, por ende, de las obligaciones que este estipulaba. Dicha aseveración es concordante con lo indicado por el representante de la Entidad en la audiencia de informes orales, en el aspecto referido a que en la actualización del expediente técnico, si bien no se actualizaron los planos, se incluyó el Informe N° 042-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/dagn; por ello, dicho informe sí habría sido de conocimiento del Consorcio.

- **Audiencia de informes orales de fecha 17 de octubre de 2018**, en la cual el representante de la Entidad señaló que, efectivamente, el trazo aprobado en el expediente técnico no concuerda con el trazo aprobado por SERNANP. Al respecto, se indica que inicialmente el expediente no contenía el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, pero que posteriormente, mediante una actualización del expediente técnico, dicho informe fue consignado en el expediente; no obstante, no se adecuaron los planos a dicho trazo aprobado.

Textualmente el representante de la Entidad señala que "*el trazo que efectúa el PSI no concuerda con trazo aprobado por SERNANP*", "*en el último expediente que se les dio sí figuraba el trazo de SERNANP, pero no se modifican los planos*", "*el*

certificado de SERNANP indicaba un trazo y los planos indicaban los trazos anteriores", "hubo deficiencias en corregir los planos".

151. De lo expuesto precedentemente, se aprecia que si bien el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR habría formado parte del expediente técnico (actualizado), en dicho expediente no se habrían actualizado los plazos a efectos de que estos sean adecuados a los trazos aprobados por SERNANP en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR; por ello, el trazo del proyecto consignado en el expediente técnico no corresponde al trazo aprobado en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR, de lo cual se advierte que existiría una incongruencia en el requerimiento de la Entidad.
152. Por todo lo señalado, se declara **FUNDADA** la primera pretensión subordinada a la pretensión principal de la demanda arbitral reformulada interpuesta por el Consorcio. En este sentido, se declara que el trazo del proyecto consignado en el expediente técnico no corresponde al trazo aprobado en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/MRR.

Respecto a la nulidad, invalidez o ineficacia del CONTRATO

153. La controversia establecida como cuarto punto controvertido corresponde a la primera pretensión principal presentada por el Contratista en su demanda arbitral reformulada. Al respecto, el punto controvertido materia de análisis en este rubro es el siguiente:

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI.*

154. Respecto al presente punto controvertido, el Consorcio señala que el expediente técnico que forma parte del Contrato fue aprobado de manera deficiente, puesto que no contó con la opinión técnica favorable del Parque Nacional Huascarán, lo cual vulneraría el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.
155. En ese sentido, el Consorcio señala que, al haberse emitido el expediente técnico del Contrato en contravención a las normas reglamentarias, la ejecución de la presente ejecución sería jurídicamente imposible, lo cual afecta a la validez del Contrato.
156. Ahora bien, el Contratista justifica la nulidad del Contrato en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), señalando que dicha norma debe ser aplicada en el presente caso, dado que, al no encontrarse regulación específica en la normativa de contratación pública sobre la nulidad del Contrato por la imposibilidad de su ejecución, debe recurrirse al orden de prelación normativa establecidas en los artículos 56 y 5 de la LCE, siendo que, según el Consorcio, siguiendo dicho criterio de prelación, la normativa aplicable resultaría ser la LPAG.
157. En ese contexto, el Contratista señala que el Contrato vulnera lo establecido en el artículo 3 de la LPAG, puesto que la ejecución de la obra no se encuentra acorde a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ya que es imposible ejecutar una obra en un área protegida, sin la autorización de la SERNANP. Asimismo, se indica que el Contrato no se encuentra motivado, pues no se consideró el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR de SERNANP, que aprueba la línea de trazo del proyecto. Por ello, para el Consorcio el Contrato debe ser declarado nulo, según lo establece el artículo 10 de la LPAG.

158. Al respecto, conforme lo indicado por el Consorcio, corresponde citar lo que establecen los artículos 5 y 56 de la LCE; asimismo, el Arbitro Único, considera necesario citar el numeral 52.3 del artículo 52 de dicha norma, así como el artículo 144 del RLCE.

"Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento". (Subrayado y resaltado nuestro)

"Artículo 52. Solución de controversias

(...)

52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo (...)". (Subrayado y resaltado nuestro)

"Artículo 56. Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del Contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los Contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.*
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del Contrato.*

c) Cuando se haya suscrito el Contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.

e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el Contrato.

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del Contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos Contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del Contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional. (Subrayado y resaltado nuestro).

"Artículo 144.- Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del Contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedeateada del documento que declara la nulidad del Contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

159. De las citadas normas, se desprende que, en los Contratos suscritos bajo la normativa de contratación pública, prevalece la LCE y su Reglamento, y solo en caso no existiesen preceptos aplicables en dichas normas, se aplicarán las normas de derecho público y las de derecho privado, en ese orden de prelación.
160. Asimismo, se aprecia que si bien en el artículo 56 de la LCE se establece que se pueden declarar nulos los actos que contravengan las normas legales o contengan un imposible jurídico, dicho precepto hace referencia a la declaración de nulidad de un acto anterior a la suscripción del contrato (procedimiento de selección); por ello, en dicha norma no se ha establecido que una vez suscrito el Contrato este puede ser declarado nulo por contravenir las normas legales o contener un imposible jurídico; por lo cual, al no encontrarse dicho supuesto de nulidad en la normativa de contrataciones públicas, corresponde utilizar una norma externa a dicho cuerpo normativo.
161. Al respecto, de una lectura del artículo 52 de la LCE, se podría considerar que en el presente caso corresponde aplicar la LPAG, según el orden de prelación establecida en dicha norma; no obstante, ello no resultaría correcto, puesto que la LPAG solo podría suplir a la LCE y su Reglamento en las fases previas a la suscripción del Contrato (actos preparatorios, procedimiento de selección, registros, recursos ante las Entidades, entre

otros actos), mas no en la fase de ejecución contractual, puesto que la relación surgida entre una Entidad y un contratista en el marco del Contrato no es una relación administrado – administración, sino una relación contractual en la cual ambas partes tienen los mismos derechos y deberes, conforme a las condiciones estipuladas en el Contrato.

162. Precisamente, el Artículo II del Título Preliminar⁶ de la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que dicha ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo, mas no se indica que esta regule las actuaciones del Estado en el ámbito contractual, cuya naturaleza es totalmente distinta a la función administrativa, en tanto en dicha relación contractual la Entidad no actúa como autoridad, sino como parte de una relación contractual, en la cual tienen los mismos derechos y deberes que su contraparte, con ciertas particularidades propias de la normativa de contrataciones públicas.
163. Sobre este punto, el árbitro único comparte la postura vertida por el OSCE en la Opinión N° 107-2012-DTN en la cual señala que la LPAG no regula las relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de Contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.
164. Entonces, se aprecia que, debido a la naturaleza de la LPAG, esta norma no resultaría aplicable para determinar la nulidad del Contrato por supuestamente contravenir normas imperativas o contener un imposible jurídico, siendo que, en el supuesto negado que la normativa de contratación pública no regulase la nulidad del Contrato por vicios en su contenido, correspondería utilizar el Código Civil para resolver dicha controversia, en tanto dicha norma regula las relaciones contractuales, lo cual comprende los vicios que surgen en estas.
165. En ese sentido, al no resultar acorde a la normativa de contratación pública pretender que la nulidad del presente Contrato sea sustentada bajo la LPAG, no resultaría amparable la pretensión del recurrente, puesto que este plantea que la nulidad, ineficacia o inexistencia del Contrato sea declarada en función a la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, lo cual no resulta amparable.
166. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, y en mérito de apreciar si el presente Contrato adolece de algún vicio (lo cual podría repercutir en las otras pretensiones planteadas en el presente proceso arbitral), corresponde realizar, en base a la normativa

⁶ *“Artículo II.- Contenido*

1. *La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las PEIHAPes.*
2. *Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.*
3. *Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”*

de contratación pública y al Código Civil⁷, un análisis respecto a si el Contrato es nulo o ineficaz o inexistente, como lo plantea el Contratista en su demanda reformulada.

166.1 En primer lugar, corresponde realizar un breve análisis conceptual respecto a los remedios jurídicos que plantea el recurrente en su demanda arbitral; es decir, determinar si, conforme a los hechos del caso, corresponde analizar si el Contrato es nulo o ineficaz o inexistente.

166.2 De acuerdo con Cabanellas, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto⁸.

Asimismo, Lizardo Taboada señala que se distinguen dos tipos de Invalidz del Negocio Jurídico, la Nulidad y la Anulabilidad. Se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa. Las causales de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil Peruano, están contempladas en su artículo 219⁹.

Adicionalmente, el OSCE en diversas opiniones¹⁰ señala que la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos y/o formalidades impuestos por la normativa de contrataciones del Estado, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos; en esa medida, la declaración de nulidad de un Contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en éste.

166.3 Al respecto, el artículo 219 del Código Civil establece que lo siguiente respecto de la nulidad:

"Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

- 1.- *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 3.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- *Cuando la ley lo declare nulo.*
- 8.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".*

⁷ Cabe señalar que, en tanto en la normativa y doctrina civil se realiza una regulación más amplia respecto a la nulidad del CONTRATO, corresponde que en el presente caso las normas del Código Civil sean aplicadas supletoriamente a las normas de contratación pública, conforme lo establecido en el artículo 52 de la LCE.

⁸ CABANELAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1981, pág. 587.

⁹ CÓRDOVA, Lizardo Taboada. Causales de nulidad del acto jurídico. *THEMIS: Revista de Derecho*, 1988, no 11, p. 71-76.

¹⁰ Opiniones N° 197-2015/DTN, N° 159-2017 y N° 048-2018/DTN

166.4 Por otro lado, Shoschana Zusman¹¹ señala lo siguiente:

"La distinción más generalizada entre ambos conceptos es la que considera '... inválido, propiamente, al negocio al que le falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece...' se califica, en cambio de simplemente ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él."¹²

Para otros tratadistas, la invalidez se produce por la ausencia de los requisitos exigidos por la ley, en tanto que la ineficacia se produce, genéricamente, por cualesquiera otras causales, caracterizándose la invalidez por aludir a un "no poder" de las partes, en tanto que la ineficacia alude a un "no querer" de las mismas, como ocurre en los casos de negocios condicionales, resolubles o revocables.

Por último, se sostiene que la invalidez se produce de pleno derecho, en tanto que la ineficacia depende de la acción de la parte perjudicada.

Sin embargo, ninguno de los intentos de distinción es lo suficientemente riguroso como para comprender, sin contradicción, todas las figuras de destrucción del negocio".

Asimismo, dicha autora señala lo siguiente respecto a la inexistencia:

"Se comenzó entonces a recurrir a la figura de la inexistencia, sosteniéndose que ésta impedía toda apariencia de negocio, mientras la nulidad suponía un negocio nacido muerto. En ese sentido, la inexistencia se comparaba con un fantasma de negocio, en tanto que la nulidad se asimilaba a un negocio con cuerpo, aunque sin vida.

Es por esta particular naturaleza de la inexistencia, que puede sostenerse que, pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, ésta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal".

Por su lado, Francisca Ramón¹³ indica que la "mayoría de la doctrina moderna no contrapone ambos términos, sino que entienden que su ámbito de actuación se produce en planos diferentes. Así, consideran la invalidez como causa de ineficacia, como una clase de ineficacia en los supuestos en los que ésta obedece a una sanción del ordenamiento, y que esta última sería el género y la invalidez la especie. En definitiva, que todo Contrato inválido es ineficaz, pero no todo Contrato ineficaz es inválido".

¹¹ SHOSCHANA, Tinman. Teoría de la invalidez y la ineficacia. IUS ET VERITAS, 1993, no 7, p. 159-167.

¹² BETII, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 349.

¹³ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. (2012). "Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el derecho español". Revista chilena de derecho privado, (19), 63 114. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722012000200003>

166.5 En ese sentido, considerando lo establecido en los artículos 56 de LCE, 144 del RLCE y el numeral 3 del artículo 219 del Código Civil, y lo indicado por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada¹⁴, en el presente caso corresponde analizar si el Contrato es nulo por contravenir las normas legales y, por ello, contener un objeto jurídicamente imposible.

Ahora bien, a fin de realizar un estudio completo respecto de la pretensión del Consorcio, cabe indicar que no corresponde realizar ningún análisis respecto a la inexistencia del Contrato, puesto que la figura de la inexistencia no está regulada en el Código Civil ni en la normativa de contratación pública; sin embargo, de acuerdo a cierta doctrina, en caso llegara a darse su uso, este correspondería únicamente *"en aquellos casos que no resulte de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219 del Código Civil"*, lo cual no sucede en el presente caso, puesto que la nulidad que alega el Consorcio se fundamentaría en los artículos 56 de LCE, 144 del RLCE y, supletoriamente, en el numeral 3 del artículo 219 del Código Civil.

Asimismo, en el presente punto, no corresponde realizar un análisis de la ineeficacia (entendida esta por una causal diferente a la invalidez de por una causal de nulidad) del Contrato, puesto que -de acuerdo a lo alegado por el recurrente- este pretende su nulidad por contener un objeto contrario a la normativa aplicable y contener un imposible jurídico.

166.6 Dicho esto, corresponde señalar que el Consorcio alega que el Contrato contraviene lo establecido en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas, puesto que en la aprobación del expediente técnico que forma parte de dicho Contrato no se ha considerado el trazo del proyecto aprobado por el Parque Nacional Huascarán, sino que se tomó en cuenta otros trazos sin que se tenga la aprobación de la autoridad competente.

Por ello, la causal que invocaría el Contratista para declarar la nulidad del Contrato corresponde a que dicho Contrato contraviene las normas legales y, por ende, contiene un imposible jurídico.

Respecto a dicha causal de nulidad, Fernando Vidal¹⁵ indica lo siguiente:

"la posibilidad jurídica está referida a la conformidad con el ordenamiento jurídico de los derechos y deberes u obligaciones integrados a la relación jurídica generada por el acto jurídico. Así, por ejemplo, la cosa que es materia de la transferencia de la propiedad debe estar en el comercio, es decir, ser susceptible de negociarse, como los bienes que no son de uso público o las partes del cuerpo humano que se regeneran, como es el caso de una transfusión de sangre".

¹⁴ En el numeral 3.15 de su demanda reformulada, el CONSORCIO señala que *"la Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI de fecha 05 de mayo de 2014, que aprueba el expediente técnico de la obra (...) se emitió en contravención a las normas reglamentarias y su ejecución jurídicamente imposible ya que el trazo del proyecto se encuentra se encuentra fuera del ámbito de aprobación o autorización del Parque Nacional Huascarán"*; asimismo, en el numeral 3.27 de dicha demanda, el CONSORCIO indica que *"de acuerdo a lo expuesto, el CONTRATO N° 93-2015-MINAGRI-PSI es nulo de pleno derecho"*, basando dicha nulidad en que el CONTRATO habría contravenido lo establecido en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas.

¹⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico, Sexta edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 493.

"La imposibilidad jurídica del objeto supone que los derechos y deberes integrados a la relación jurídica estén fuera del marco legal o en contradicción al ordenamiento jurídico, como cuando las partes, recíprocamente, pretenden adquirir derechos y contraer obligaciones respecto a bienes que no son susceptibles de tráfico". (subrayado nuestro)

Asimismo, Freddy Escobar¹⁶ señala lo siguiente:

"El objeto del negocio es jurídicamente imposible cuando, en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado (jurídico) no previsto por el ordenamiento jurídico (piénsese en la constitución de una hipoteca sobre un bien mueble o en la enajenación de un bien que se encuentra fuera del comercio), o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último para la obtención del efecto deseado (piénsese en la necesidad de no tener deudas cuyo pago pueda verse perjudicado con el patrimonio familiar que desea constituir)."

166.7 De lo expuesto, se aprecia que un acto jurídico es *"jurídicamente imposible"* cuando su ejecución no es posible, puesto que esta supone actuar fuera del marco legal; o la obligación no se encuentre conforme al ordenamiento jurídico y, por ello, su realización no se encuentra dentro del marco legal aplicable.

166.8 En el presente caso, en los puntos precedentes quedó demostrado que si bien el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR habría formado parte del expediente técnico actualizado, en dicho expediente no se adecuaron los planos a efectos de que estos sean concordantes a los trazos aprobados por SERNANP en el mencionado Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, de lo cual se advierte una contradicción en el requerimiento, puesto que por un lado existen planos con los trazos no aprobados por SERNANP y, por otro lado, está el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, el cual contiene el trazo aprobado por dicha Entidad.

166.9 Ahora bien, a efectos de esclarecer el presente punto, corresponde preguntarnos lo siguiente: ¿la contradicción existente en el requerimiento de la Entidad conlleva a que este contravenga las normas legales y, por ende, las obligaciones del Contrato sean jurídicamente irrealizables?

Al respecto, cabe indicar que, si el expediente técnico únicamente contendría los planos con los trazos no aprobados por SERNANP, se advertiría que la obligación contenida en el Contrato contravendría las normas legales y sería jurídicamente imposible de realizar, puesto que al no contarse con la aprobación de SERNANP dichos planos serían inejecutables en el Parque Nacional Huascarán, conforme al artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas.

166.10 No obstante, en el presente caso, el expediente técnico no solo cuenta con los planos deficientes, sino que también cuenta con el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, el cual contiene el trazo aprobado por SERNANP; por ello,

¹⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Nulidad del acto jurídico" en Código civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo I, Título Preliminar, Derecho de las personas y Acto jurídico, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 920.

en tanto dicho documento habría formado parte del expediente técnico y este se encontraba acorde al artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas, correspondía que los trazos aprobados en dicho informe sean los utilizados durante la ejecución de la obra, siendo que, en dicho supuesto, la ejecución de la obra no sería "jurídicamente imposible" y, por ende, no se advertiría un vicio de nulidad.

- 166.11 Entonces, si bien existe en el expediente técnico una contradicción en el requerimiento, puesto que los planos no se encontrarían acordes al trazo establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, dicha diferencia no ameritaría necesariamente la nulidad del Contrato, ya que en el expediente técnico se contaba con el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, por lo que los trazos de dicho informe debieron ser los realmente ejecutados, siendo que en ese caso las obligaciones del Contrato serían completamente ejecutables dentro de marco jurídico y, por ello, no ameritaría declarar la nulidad del Contrato por la imposibilidad de su ejecución.
167. En ese sentido, considerando que en el presente caso no corresponde la aplicación de la LPAG, conforme lo exigido por el Contratista, sino la normativa de contratación pública (y supletoriamente el Código Civil), y que, si bien existe una contradicción en el expediente, dicha contradicción no amerita la nulidad del Contrato al no haberse configurado el supuesto de imposible jurídico, el Arbitro Único considera declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda arbitral reformulada interpuesta por la Contratista. Por ello, no corresponde declarar la nulidad, ineficacia o inexistencia del Contrato.
168. Ahora bien, el Consorcio planteó pretensiones accesorias respecto a la primera pretensión principal de la demanda reformulada, las cuales son las siguientes:

Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se declare nulo y/o inválido y/o ineffectuado la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, Adjudicación de Menor Cantidad N° 056-2015-MINAGRI-PSI derivada de la Licitación Pública N° 012-2014-MINAGRI-PSI, Contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento y ampliación del servicio de agua del sistema de riego Chingil – Achcay – Lluychocolpan Uchupampa, en el distrito de Llumpa, provincia de Mariscal Luzuriaga – Ancash; efectuada por el demandado mediante Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI, debido a la nulidad del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI y su expediente técnico.

Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se ordene al PSI el pago de S/ 6'842,182.60 (Seis Millones Ochocientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Ochenta y Dos con 60/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Consorcio San Benito, a consecuencia de haber ejecutado una obra con Contrato y expediente técnico nulos, y se reconozca los intereses devengados desde la fecha de ocurrencia de daño.

169. Sobre el particular, cabe señalar que la pretensión accesoria es un tipo de acumulación procesal que se presenta cuando se plantean pretensiones que dependen inexorablemente de la suerte de una pretensión principal. Así, se presenta este tipo de acumulación cuando se propone una pretensión bajo la condición de que antes sea acogida la otra, de la cual tomará vida, pero ambas pretensiones tienen una misma

causa de pedir, de tal manera que el juez pronunciándose sobre los fundamentos de la pretensión principal lo hace también de la pretensión accesoria¹⁷.

170. De la misma manera, Eugenia Ariano Deho¹⁸ señala que desestimada la pretensión principal, las accesorias no es que sigan su “suerte”, sino que no requieren siquiera ser analizadas, pues la estimación de la principal, que era el evento condicionante de su análisis y resolución, no se ha verificado.

171. Al respecto, el artículo 87 del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

“La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta el día de la audiencia de conciliación. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”.

172. En ese sentido, considerando que la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio ha sido declarada infundada, corresponde declarar infundada las pretensiones accesorias a esta, en tanto dichas pretensiones únicamente deberán ser analizadas si la pretensión principal es declarada fundada.
173. Por todo lo señalado, se declara **INFUNDADA** la primera, segunda y tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda arbitral reformulada interpuesta por el Contratista.

Respecto a la nulidad de la Resolución del Contrato, efectuada por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI

174. Las controversias que se analizará en el presente acápite corresponden a los siguientes puntos controvertidos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o invalidez del acto contenido en la carta notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI de 4 de mayo del 2016 y consecuentemente revocar el extremo referido a que la resolución del Contrato fue por incumplimiento del contratista; y, sustituirlo declarando que la resolución del Contrato no es imputable al contratista.

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

¹⁷ SOTERO, Martín (2014). “La acumulación de pretensiones a la luz de la Tutela Jurisdiccional efectiva Análisis de las reglas del Código Procesal Civil conforme a la Constitución de 1993”. Derecho & Sociedad, N° 40, p. 181 - 194, p. 189.

¹⁸ ARIANO, Eugenia (2013). “La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”. Revista Ius Et Veritas, N° 47, diciembre, p. 192 - 208, p. 207.

Determinar si corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz la Resolución del Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde declarar válida y eficaz la resolución total del Contrato No. 93-2015-MINAGRI-PSI de fecha 27 de octubre de 2010".*

175. Al respecto, en el presente punto se analizará si la resolución del Contrato efectuado por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, de fecha 4 de mayo del 2016, debe ser declarada nula y/o inválida; asimismo, en caso se acoja dicha pretensión, se deberá analizar si corresponde declarar la resolución del Contrato sin culpa del Consorcio.
176. En primer lugar, es pertinente señalar que la resolución contractual es un remedio que el derecho ofrece frente al incumplimiento de las prestaciones. Así, la resolución contractual se configura tradicionalmente como un remedio aplicable en las relaciones obligatorias sinalagmáticas y ofrecido por la ley al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte¹⁹.
177. Sobre el particular, en el artículo 44 de la LCE se ha establecido lo siguiente:

"Artículo 44.- Resolución de los Contratos

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

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

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

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

Asimismo, en los artículos 167, 168, 169 y 170 del RLCE se ha establecido lo siguiente respecto a la resolución del Contrato:

"Artículo 167.- Resolución de Contrato

¹⁹ HERRADA, Víctor (2017). "Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)", En: Revista de Derecho Civil, vol. IV, núm. 1 (enero-marzo, 2017), p. 32, p. 31 – 75.

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

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

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

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

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

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

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

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del Contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del Contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del Contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

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

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del Contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del Contrato ha quedado consentida.

178. De lo expuesto, se aprecia que en el marco de la normativa de contratación pública se han establecido una serie de reglas para que las partes puedan resolver el Contrato en caso de incumplimiento de sus contrapartes. Asimismo, dicha resolución contractual tendrá como consecuencia la ejecución de la carta fianza (en caso la Entidad sea la parte perjudicada) o el reconocimiento de los daños y perjuicio al contratista (en caso dicha parte sea la perjudicada).
179. En el presente caso, se aprecia que, mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, de fecha 04 de mayo de 2016, la Entidad notificó al Consorcio la resolución del Contrato por un presunto incumplimiento en las obligaciones de dicha parte.

Al respecto, cabe señalar que no hubo apercibimiento previo por parte de la Entidad para que el Consorcio cumpla sus obligaciones, puesto que la resolución se amparaba en el tercer párrafo del artículo 169 del RLCE, el cual establece que "no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el Contrato".

180. Ahora bien, en dicha carta notarial, la Entidad indica que la resolución del Contrato se debe a que el Consorcio incumplió injustificadamente con sus obligaciones contractuales al haber ejecutado la obra en un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico y

que incumplió el Plan de Mitigación ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAMINAGRI.

181. Al respecto, el Consorcio señala que ha ejecutado sus obligaciones contractuales de manera idónea, contando con la conformidad de la supervisión de obra, la cual ha verificado y validado todos los trabajos de trazo y replanteo topográfico realizados, de la misma forma que ha validado la ejecución de las actividades relacionadas a la captación, línea de conducción y obras de arte.
182. Sobre el tema del trazo y el replanteo, el Contratista señala que como parte de sus obligaciones debía realizar trabajos de replanteo topográfico, los cuales, según el Consorcio, no afectan, ni generan modificación sustancial en el alcance del proyecto, ni tampoco afectan al presupuesto; al contrario, garantizan el correcto funcionamiento de la infraestructura de riego a ejecutar. El Consorcio afirma que dichos replanteos contaron la aprobación del Supervisor y de la Entidad (pago de las valorizaciones N° 1 y N° 2).
183. Ahora bien, el Consorcio sostiene que el verdadero motivo por el cual la Entidad resolvió el Contrato fue la intervención por parte de las autoridades del SERNANP a la obra, la cual fue paralizada debido a que el trazo del proyecto establecido en el expediente técnico no era concordante con el trazo aprobado por dicha Entidad. En ese sentido, el Consorcio señala que la responsabilidad por las fallas del expediente técnico no puede ser solidaria con el Contratista, sino que es de entera responsabilidad de la Entidad.
184. Contrariamente, la Entidad ratificó que la resolución del Contrato se efectuó por el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del Consorcio. Así, señala que el Consorcio ejecutó la obra en un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico, ocasionando daños ambientales irreversibles en el área restringida del Parque Nacional Huascarán, y que incumplió el Plan de Mitigación ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAMINAGRI.
185. Además, se indica que, respecto al procedimiento de resolución del Contrato, no se realizó el apercibimiento previo, puesto que el incumplimiento contractual referido a la ejecución de la obra en un trazo no autorizado no puede ser revertido, máxime si se tiene en cuenta que existía una paralización de la obra impuesta por SERNANP.
186. En ese contexto, a fin de resolver las controversias planteadas en el presente acápite, corresponde que el Árbitro Único analice si el Consorcio incumplió o no con sus obligaciones contractuales, tal como lo asevera la Entidad en la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI. Para dichos efectos, el análisis se realizará desde dos puntos: i) Respecto a si el Consorcio habría incumplido con sus obligaciones contractuales al haber ejecutado la obra en un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico; ii) Respecto a si el Consorcio incumplió el Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAMINAGRI.

Respecto a si el Consorcio habría incumplido con sus obligaciones respecto al trazo de la obra:

- 186.1 De acuerdo a la memoria descriptiva del expediente técnico, la ejecución de la obra consistía en la construcción de una bocatoma en el río Chinguil del cual se

extraería agua para ser dirigida, a través de una línea de conducción de sección circular con tubería HDPE, a las localidades de Chinguil, Achcay, Lluychocolpan y Uchupampa mediante un sistema de conducción, el cual pasaría por la zona de protección estricta y la zona de uso especial del Área Natural Protegida – Parque Nacional Huascarán.

- 186.2 Ahora bien, en el expediente técnico se estableció un trazo por el cual se construiría la línea de conducción que llevaría el agua a las zonas beneficiarias. Al respecto, la cuestión a dilucidar en las siguientes líneas se refiere a si el Consorcio efectuó las obras de acuerdo al trazo del expediente técnico o realizó las obras en un trazo ajeno a dicho expediente.
- 186.3 Sobre este punto, el Contratista señala que realizó los trazos de acuerdo con el expediente técnico, el cual incluía trabajos de replanteo topográfico, mediante los cuales -según el Contratista- se buscaba adecuar los trazos a las condiciones reales de la obra, lo cual permitiría la correcta ejecución de esta. De forma contraria, la Entidad sostiene que se modificaron los trazos sin tener para ello la aprobación de la Entidad.
- 186.4 Al respecto, corresponde indicar que en el Capítulo III de las Bases del presente procedimiento de selección se ha señalado lo siguiente:

"TRABAJOS TOPOGRÁFICOS

El Contratista procederá a la ejecución y control de los trabajos topográficos iniciales consistentes en el replanteo del eje de diseño, nivelación y levantamiento de secciones transversales de ser el caso, lo que será sometido a la aprobación de la supervisión".

"OBLIGACIONES DE TERMINO DE OBRA

El Contratista al término de las obras y conjuntamente con el documento que solicita la recepción de la obra, deberá presentar al Supervisor de la Obra los siguientes documentos para su revisión, verificación y conformidad, para efectos de la Liquidación de Obra, además de lo indicado en rubro Valorización Final, del numeral XIII - Valorizaciones, EL CONTRATISTA deberá entregar al Supervisor lo siguiente:

- 1. Memoria Descriptiva Valorizada 2. Planos de replanteo o post construcción (los que reflejarán fielmente el estado final de construcción de la obra) (...)*

Asimismo, para las obras preliminares de la "construcción de bocatoma", "construcción de desarenador", "construcción de cámara de carga en línea de conducción", "construcción de buzones de inspección en línea de conducción", "construcción de cámara disipadora de energía en línea de conducción", "construcción de sifón", "construcción de canoas L=5.00 MT", "construcción de trasvases", "construcción de tomas laterales" y "canal de sección circular - tubería HDPE" se han considerado los trabajos de "trazo y replanteo".

- 186.5 Por su parte, de la revisión de las especificaciones técnicas del expediente técnico, se aprecia lo siguiente:

"02.01 CONSTRUCCIÓN DE BOCATOMA (01 UNIDAD)

(...)

02.01.01.02 Trazo y Replanteo de Obras de Arte

Descripción

El Constructor deberá realizar los trabajos topográficos necesarios para el trazo y replanteo de la obra, tales como: ubicación y fijación de ejes y líneas de referencia por medio de puntos ubicados en elementos inamovibles. Los niveles y cotas de referencia indicados en los Planos se fijan de acuerdo a estos y después se verificarán las cotas del terreno, etc.

El constructor no podrá continuar con los trabajos correspondientes sin que previamente se aprueben los trazos. Esta aprobación debe anotarse en el cuaderno de obra.

El trazo, alineamiento, distancias y otros datos, deberán ajustarse previa revisión de la nivelación de las calles y verificación de los cálculos correspondientes.

Cualquier modificación de los niveles por exigirlos, así circunstancias de carácter local, deberá recibir previamente la aprobación de la supervisión".

"02.06.06 COLOCACIÓN E INSTALACIÓN DE TUBERÍA HDPE

02.06.06.01 Control Topográfico Permanente.

Descripción

En base a los planos y levantamientos topográficos del Proyecto, sus referencias y BMs, el Contratista procederá al replanteo general de la obra, en el que de ser necesario se efectuarán los ajustes necesarios a las condiciones reales encontradas en el terreno. El Contratista será el responsable del replanteo topográfico que será revisado y aprobado por el Supervisor, así como del cuidado y resguardo de los puntos físicos, estacas instalada durante el proceso del levantamiento del proceso constructivo.

El Contratista instalará puntos de control topográfico estableciendo en cada uno de ellos sus coordenadas geográficas en sistema UTM. Para los trabajos a realizar dentro de esta sección el Contratista deberá proporcionar personal calificado, el equipo necesario y Materiales que se requieran para el replanteo estacado, referenciación, cálculo y registro de datos para el control de las obras.

La información sobre estos trabajos, deberá estar disponible en todo momento para su revisión y control por el Supervisor".

"02.08.07 COLOCACIÓN E INSTALACIÓN DE TUBERÍA HDPE

02.08.07.01 Control Topográfico Permanente.

Descripción

En base a los planos y levantamientos topográficos del Proyecto, sus referencias y BMs, el Contratista procederá al replanteo general de la

obra, en el que de ser necesario se efectuarán los ajustes necesarios a las condiciones reales encontradas en el terreno. El Contratista será el responsable del replanteo topográfico que será revisado y aprobado por el Supervisor, así como del cuidado y resguardo de los puntos físicos, estacas instalada durante el proceso del levantamiento del proceso constructivo.

El Contratista instalará puntos de control topográfico estableciendo en cada uno de ellos sus coordenadas geográficas en sistema UTM. Para los trabajos a realizar dentro de esta sección el Contratista deberá proporcionar personal calificado, el equipo necesario y Materiales que se requieran para el replanteo estacado, referenciación, cálculo y registro de datos para el control de las obras.

La información sobre estos trabajos, deberá estar disponible en todo momento para su revisión y control por el Supervisor."

"02.03 CONSTRUCCION DE CAMARA DE CARGA EN LINEA DE CONDUCCION (27 UNIDADES)

02.03.01 OBRAS PRELIMINARES

02.03.01.01 Limpieza de terreno manual.

Ídem 02.01.01.01

02.03.01.02 Trazo y replanteo de obras de arte.

Ídem 02.01.01.02"

"02.04 CONSTRUCCION DE BUZONES DE INSPECCION EN LINEA DE CONDUCCION (125 UNIDADES)

02.04.01 OBRAS PRELIMINARES

02.04.01.01 Limpieza de terreno manual.

Ídem 02.01.01.01

02.04.01.02 Trazo y replanteo de obras de arte.

Ídem 02.01.01.02"

"2.05 CONSTRUCCION DE CAMARA DISIPADORA DE ENERGIA EN LINEA DE CONDUCCION (58 UNIDADES)

02.05.01 OBRAS PRELIMINARES

02.05.01.01 Limpieza de terreno manual.

Ídem 02.01.01.01

02.05.01.02 Trazo y replanteo de obras de arte.

Ídem 02.01.01.02"

"02.06 CONSTRUCCION DE SIFON

02.06.01 OBRAS PRELIMINARES

02.06.01.01 Limpieza de terreno manual.

Ídem 02.01.01.01

02.06.01.02 Trazo y replanteo de obras de arte.

Ídem 02.01.01.02"

- 186.6 De lo expuesto, se aprecia que en las especificaciones técnicas de distintas componentes de la obra se ha considerado la realización de trabajos de "trazo y replanteo de la obra". Sobre el particular, cabe señalar que el "replanteo" consiste en lo siguiente:

"Es la materialización en el espacio, de forma adecuada e inequívoca, de los puntos básicos que definen gráficamente un proyecto. Definimos proyecto como el conjunto de documentos escritos, numéricos y gráficos, que se utilizan para la construcción de una obra de ingeniería. Estos puntos básicos son los mínimos necesarios para definir el elemento a replantear. A su vez, este elemento puede estar compuesto por determinadas figuras geométricas que quedarán definidas por estos puntos básicos. Es la operación inversa del levantamiento. Mientras en éste tomamos datos del terreno para confeccionar un plano, en el replanteo tomamos datos del plano para situarlos sobre el terreno. Podemos decir que la finalidad de un replanteo es emplazar sobre el terreno aquellos elementos a construir y controlarlos hasta su terminación"²⁰. (Subrayado nuestro)

- 186.7 De la misma manera, Aurora Cuartero Sáez²¹ señala que el replanteo consiste en lo siguiente:

"El replanteo es una de las operaciones más solicitadas y realizadas en obras de edificación y de obra civil. El concepto de replanteo es materializar en el terreno una serie de puntos "claves" para posteriormente realizar la ejecución correcta de una obra. En otras palabras, el replanteo es la acción inversa a un levantamiento topográfico. Una tarea de replanteo se fundamenta en situar unos puntos, calculados previamente en gabinete, sobre el terreno. Esta acción puede realizarse planimétrica (X, Y), altimétrica (Z) o tridimensional (X, Y, Z). Los puntos replanteados son los que van a materializar el proyecto en el terreno. La materialización más común de los puntos replanteados es mediante estacas de madera, clavos, varillas de ferralla y/o marcas de pintura. En esta práctica se realizarán mediante tiza, ya que no se va a realizar a posteriori ninguna ejecución de obra, es simplemente una tarea de simulación y queremos la conservación correcta de nuestra zona de trabajo, en nuestro caso la Escuela Politécnica de Cáceres." (Subrayado nuestro)

- 186.8 Se aprecia que el replanteo topográfico consiste en consignar en el terreno los datos que obran en los documentos de una obra (expediente de obra), siendo que en dicho trabajo de replanteo el contratista no podrá modificar los trazos establecidos en el expediente técnico, sino que únicamente deberá materializar dichos trazos en los terrenos donde se ejecutará la obra. Por ello, no resultaría

²⁰ IGNACIO DE CORRAL MANUEL DE VILLENA (2001), Topografía de Obras, Catalunya: Edicions de la Universitat Politècnica de Catalunya, p. 15.

²¹ AURORA CUARTERO SÁEZ (2017), Guía Práctica de Topografía en Edificaciones, Cáceres: Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, p. 57.

correcto lo señalado por el Consorcio cuando afirma que modificó el trazo de la obra en virtud de los trabajos de replanteo.

- 186.9 No obstante, corresponde indicar que en las especificaciones técnicas del expediente técnico, se consignó que "el trazo, alineamiento, distancias y otros datos, deberán ajustarse previa revisión de la nivelación de las calles y verificación de los cálculos correspondientes"; cualquier modificación de los niveles por exigirlos, así circunstancias de carácter local, deberá recibir previamente la aprobación de la supervisión" y que "el Contratista procederá al replanteo general de la obra, en el que de ser necesario se efectuarán los ajustes necesarios a las condiciones reales encontradas en el terreno. El Contratista será el responsable del replanteo topográfico que será revisado y aprobado por el Supervisor".
- 186.10 De lo expuesto, se aprecia que, como parte de sus obligaciones contractuales, el Consorcio debía realizar el replanteo de distintos componentes de la obra, siendo que, de ser necesario, el Consorcio podría efectuar ajustes necesarios al replanteo de acuerdo a las condiciones reales encontradas en el terreno, lo cual será revisado y aprobado por el supervisor.
- 186.11 Entonces, se desprende que los trazos consignados en el expediente técnico no son definitivos, puesto que cabe la posibilidad -conforme lo establecido en el propio requerimiento de la Entidad- de que el trazo del proyecto pueda ser modificado para ser adecuado a las condiciones reales del terreno, lo cual debía ser aprobado por el supervisor. Por ello, la Entidad no podría esperar que los trazos ejecutados por el Consorcio se sujeten estrictamente a lo señalado en el expediente técnico, pues la ubicación de dichos trabajos podía sufrir ligeras variaciones, conforme las estipulaciones contractuales citada anteriormente.
- 186.12 Ahora bien, en el presente caso, el Consorcio señala que las modificaciones del trazo contaron con la aprobación del supervisor e incluso fueron aprobadas por la Entidad en tanto se le pagaron las valorizaciones 1 y 2.
- 186.13 Sobre el particular, de la revisión de los asientos N° 5, N° 11, N° 12, N° 13, N° 17, N° 18, N° 19, N° 24, N° 25, N° 27, N° 29, N° 54, N° 67, N° 122, N° 135 del cuaderno de obra (consignados entre 25 de noviembre de 2015 y el 16 de abril de 2016), se aprecia que el supervisor de la obra tenían conocimiento de las labores de replanteo topográfico que se venía realizando, lo cual es validado por el residente del contratista. Así, por ejemplo:

- En el asiento N° 12 el supervisor señala lo siguiente: "se ha chequeado el replanteo de las estructuras de toma de captación y desarenador, así también parte del trazo de la línea de conducción"
- En el asiento N° 19 el supervisor señala lo siguiente: "se verifica los avances en los trabajos de topografía".
- En el asiento N° 29 el supervisor señala lo siguiente: "se está a la espera de la entrega de los planos de replanteo".
- En el asiento N° 126 el supervisor señala lo siguiente: "referente a las actividades ejecutadas por el contratista, debemos indicar que cada supervisión ha continuado con las actividades aprobadas por la supervisora".

Ing. Carmen Valdez, los mismo que han sido valorizadas pro la mencionada profesional y canceladas por la Entidad contratante".

- En el asiento N° 135 el residente señala lo siguiente: "es evidente que producto de los trabajos de trazo y replanteo elaborado por el contratista existan algunas adecuaciones las cuales no afectan ni generan modificaciones en el alcance del proyecto. Estas adecuaciones a la realidad encontrada en campo no generan modificaciones sustanciales en el proyecto, tampoco afectan al presupuesto, sin embargo, garantizan el correcto funcionamiento de la infraestructura de riego a ejecutar. Las adecuaciones a la realidad existente han sido validadas por el supervisor de obra conforme se aprecia en la aprobación de la valorización de obras".

186.14 De lo expuesto, se aprecia que los trabajos de replanteo (con sus adecuaciones a las condiciones del terreno) realizados por el Consorcio habrían contado con la aprobación del supervisor de la obra, quien, de acuerdo a las especificaciones técnicas del expediente técnico, es el responsable de revisar y aprobar dichos trabajos de replanteo.

186.15 Asimismo, cabe indicar que la Entidad pagó las valorizaciones N° 1 y N° 2, las cuales comprendían trabajos realizados sobre trazos replanteados por el Consorcio; por lo cual, se aprecia que la Entidad no solo tenía conocimiento de los trabajos de replanteo realizados por el Consorcio, sino que además avaló dichos trabajos efectuando el pago de las mencionadas valoraciones.

186.16 De todo lo señalado, se aprecia que, como parte de sus obligaciones contractuales, el Consorcio realizó el trazo y replanteo de distintos componentes de la obra (con sus adecuaciones a las condiciones del terreno), los cuales contaron con la aprobación del supervisor de la obra, quien, de acuerdo al expediente técnico, es el responsable de revisar y aprobar dichos trabajos de replanteo. Asimismo, la Entidad tuvo conocimiento y aprobó los trabajos de replanteo realizados como parte de las valorizaciones N° 1 y N° 2.

186.17 En ese sentido, no resultaría correcto que en la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI se haya decidido resolver el Contrato porque el Contratista "ha incumplido con sus obligaciones contractuales al haber ejecutado la obra en un trazo distinto al considerado en el Expediente Técnico", puesto que, como se señaló anteriormente, dicha modificación (y posterior ejecución) habría respondido a las obligaciones contractuales del Consorcio, lo cual contó, además, con la aprobación del supervisor, conforme lo exigido en el expediente técnico, y la entidad (respecto a los trabajos que formaron parte de las valorizaciones N° 1 y N° 2).

Respecto a si el Consorcio incumplió el Plan de Mitigación ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios – DGAAMINAGRI:

186.18 De acuerdo con lo indicado previamente, la Entidad sostiene que el Consorcio incumplió el Plan de Mitigación ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios – DGAAMINAGRI.

Para sostener sus alegaciones, la Entidad presentó una serie de Informes, siendo el más relevante el Informe N° 012-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/NLU, de fecha 29 de abril de 2016, suscrito por la señora Narida Lazo Urbano, Especialista Ambiental de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Entidad, y por José Remuago Lora, Jefe de la Oficina de Estudios y Proyectos de la Entidad, en el cual se detallan los siguientes incumplimientos:

- i. El cronograma valorizado presentado por el Consorcio no contendría todos los trabajos necesarios de mitigación ambiental, conforme al cronograma valorizado de ejecución de obra del expediente técnico.
- ii. Se aperturaron caminos que causan alteración al paisaje, flora y fauna.
- iii. Se contaminaron bofedales con bolsas de cemento.
- iv. Se talaron quechuales en la zona de bocatoma.
- v. Se dejaron residuos sólidos sin disposición en la bocatoma, caminos, canales
- vi. Se dejó material de construcción sin almacenamiento.
- vii. Se dejó agregados para el concreto sin almacenamiento.

186.19 En este punto corresponde indicar que la Entidad efectuó la resolución del Contrato sin un apercibimiento previo de cumplimiento, señalando que dicho apercibimiento no es necesario pues el incumplimiento de la Entidad "*no puede ser revertido*".

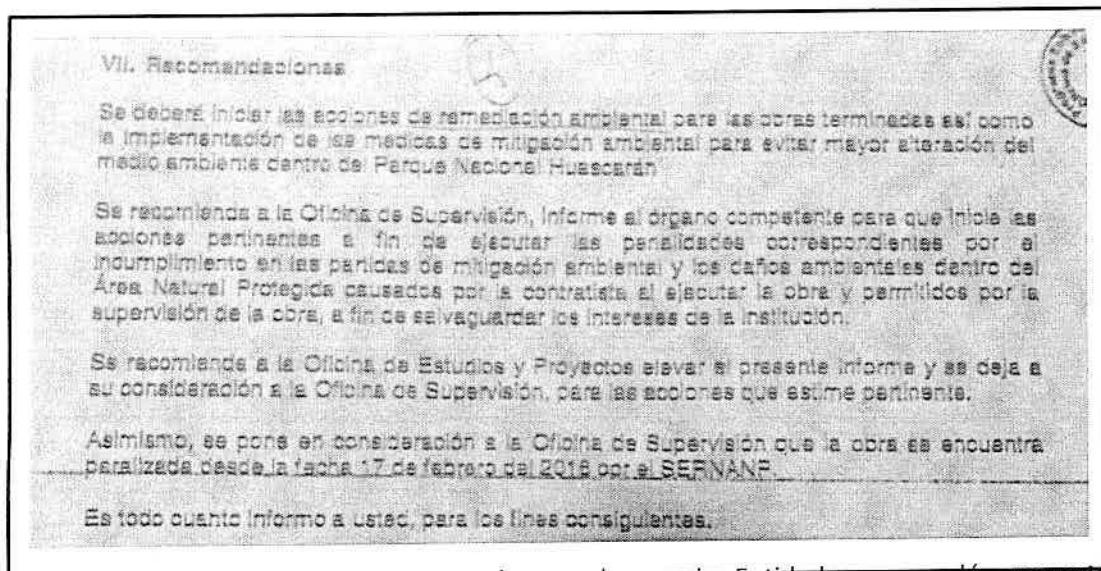
186.20 Entonces, antes de analizar si el Consorcio, efectivamente, incumplió con el Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAMINAGRI, corresponde analizar si dicho incumplimiento "*no podría ser revertido*", pues en caso este podría ser revertido, se debió seguir el procedimiento de resolución conforme los dos primeros párrafos del artículo 169 del RLCE; es decir, debió ser comunicado al Consorcio para su cumplimiento, bajo sanción de resolver el Contrato, siendo que solo en caso el Contratista no cumpliera con ejecutar dicho plan, pese a estar apercibido para su cumplimiento, la Entidad se encontraba en la posibilidad de resolver el Contrato.

186.21 Al respecto, cabe señalar que algunos supuestos incumplimiento del Plan de Mitigación Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios — DGAAMINAGRI podrían ser revertidos, de acuerdo a lo siguiente:

- Respecto a que el cronograma valorizado presentado por el Contratista no contendría todos los trabajos necesarios de mitigación ambiental, en caso se haya producido el incumplimiento, la Entidad podría haber exigido que se actualice dicho cronograma a efectos que contenga todos los trabajos de mitigación ambiental requeridos.
- Respecto a que se dejaron residuos sólidos, material de construcción y agregados para concreto sin almacenamiento, en caso se haya producido el incumplimiento, la Entidad podría haber exigido que el CONSORCIO almacene dichos componentes.

186.22 De lo expuesto, se aprecia que algunos incumplimientos del Plan de Mitigación Ambiental podrían ser revertidos o subsanados, en el sentido que dichos incumplimientos podrían ser mitigados y corregidos.

186.23 Precisamente, la propia Entidad en las recomendaciones de su Informe N° 012-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/NLU señala lo siguiente:



186.24 De lo expuesto, se aprecia que la propia Entidad recomendó, respecto al incumplimiento del Plan de Mitigación Ambiental, iniciar las acciones de remediación ambiental, así como implementar las medidas de mitigación ambiental para evitar una mayor alteración al ambiente, de lo cual se desprende que los impactos de dicho incumplimiento pueden ser remediados o mitigados, por lo cual dicho presunto incumplimiento no sería "irreversible".

186.25 Asimismo, la Entidad recomendó iniciar las acciones pertinentes a efectos de ejecutar las penalidades correspondientes por el incumplimiento en las partidas de mitigación ambiental y los daños ambientales causados. Precisamente, de la revisión del Contrato, se aprecia que se han establecido las siguientes penalidades:

| Nº | Infracción | Unidad | Penalidad |
|----|---|----------------------|-----------|
| 5 | No cumple en recoger el desmonte y efectuar la limpieza de la zona de trabajo dentro de los plazos establecidos en el cuaderno de obra o mediante carta | Por día y ocurrencia | 0.0005*M |
| 8 | No cumple en realizar las medidas de mitigación ambiental indicadas en el estudio de Impacto Ambiental | Por ocurrencia | 0.0010*M |

186.26 De lo expuesto, se aprecia que se ha establecido como un supuesto a penalizar como parte de las "otras penalidades", el no cumplir con realizar las medidas de mitigación ambiental indicadas en el Estudio de Impacto Ambiental, de lo cual se desprende que el incumplimiento de las medidas de mitigación ambiental no genera la resolución del Contrato, sino la aplicación de penalidades.

186.27 Entonces, de todo lo expuesto, se aprecia que algunos incumplimientos del Plan de Mitigación Ambiental, aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Agrarios – DGAAMINAGRI, resultarían ser incumplimientos que podrían ser revertidos, puesto que existirían medidas para su remediación y atenuación; siendo que incluso su incumplimiento, de acuerdo a las Bases, generaría la aplicación de penalidades.

186.28 Por ello, en tanto el incumplimiento de determinados aspectos del Plan de Mitigación Ambiental son obligaciones pasibles de ser subsanadas, correspondía que el incumplimiento de estas sea notificado al Consorcio a efectos que estas sean subsanadas y solo en caso estas no sean subsanadas, la Entidad podía resolver el Contrato.

186.29 No obstante lo señalado, existirían incumplimientos del Plan de Mitigación Ambiental que no podrían ser revertidos, como son los siguientes:

- Respecto a la apertura de caminos que causan alteración al paisaje, flora y fauna, en caso se haya producido este acto, la alteración de la flora, fauna y paisaje no sería reversible, puesto que no resultaría razonable pensar que el paisaje, la flora y la fauna alterada puedan ser respuesta en las mismas condiciones en las cuales se encontraban antes de la intervención constructiva.
- Respecto a que se contaminaron bofedales con bolsas de cemento, en caso se haya producido el incumplimiento, su contaminación resultaría irreversible, puesto que es muy probable que las bolsas de cemento, al ser de papel, se hayan disuelto en las bofedales o hayan alterado la fauna existente.
- Respecto a que se talaron quechuales en la zona de bocatoma, en caso se haya producido el incumplimiento, la tala de los quechuales sería irreversible, puesto que habría forma de volver a colocar quechuales que han sido cortados.

186.30 Ahora bien, respecto a dichos incumplimientos, existe una controversia entre los argumentos de ambas partes. La ENTIDAD adjunta vistas fotográficas respecto a los daños ambientales que habría sufrido al Parque Nacional Huascarán; no obstante, el CONSORCIO señala que actuó conforme el CONTRATO y que no realizó daños ambientales.

186.31 Para dilucidar dicha controversia, resultaría necesario analizar la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, ya que en dicha resolución SERNANP analizó los daños ambientales que se habría generado en la ejecución de la obra y sancionó al Consorcio por haber causado dichos daños.

En la mencionada resolución, SERNANP sanciona al Consorcio, entre otros supuestos, por las siguientes infracciones:

- **Modificar el uso del suelo sin autorización correspondiente:** Se indica que el Consorcio, a raíz de la ejecución de la obra, ha modificado el suelo del Parque Nacional Huascarán, causando la destrucción de la superficie de escorrentía natural, la fragmentación de la continuidad de ecosistema del bosque (ecosistemas muy frágiles, únicas y raros), y la alteración de la flora y el paisaje natural.
- **Destrucción o alteración de los ecosistemas:** Se indica que el Consorcio, a raíz de la ejecución de la obra, ha alterado la continuidad y sostenibilidad de los procesos naturales y de los ecosistemas, poniendo en riesgo la sostenibilidad de los ecosistemas; asimismo, se señala que dicho actuar ha causado la migración de especies por la pérdida de cobertura vegetal y ha afectado los procesos naturales por la fragmentación de los ecosistemas.

Ahora bien, de la revisión de la señalada Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, se aprecia que las mencionadas infracciones se originaron porque el CONSORCIO efectuó la obra en un trazo que no se encuentra acorde a lo aprobado por SERNANP; es decir, los daños ambientales sancionados se produjeron por la ejecución de la obra en un trazo distinto al aprobado por SERNANP.

Al respecto, de acuerdo a lo analizado anteriormente, los planos del trazo de la obra no han sido aprobados de acuerdo a lo indicado por SERNANP en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, por lo cual, por una deficiencia del expediente técnico, la obra habría sido ejecutada en un trazo no autorizado.

Asimismo, conforme lo señalado en el acápite anterior, el Consorcio habría ejecutado el trazo de la obra conforme el expediente técnico, en tanto la modificación de los trazos del proyecto se realizó en base al requerimiento de la Entidad y fue aprobado por el supervisor de la obra.

Por ello, las alteraciones ambientales a las cuales hace referencia la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF se habrían originado por culpa de la Entidad, en tanto esta no consideró en el expediente técnico los planos de la obra de acuerdo a lo indicado por SERNANP en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, aunque ello -como se verá más delante- no merma la responsabilidad del contratista por haber actuado negligentemente durante la ejecución de la obra.

186.32 Bajo esa premisa, sí existirían elementos que permitirían colegir que en la ejecución de la obra se produjeron daños ambientales, pero dichos daños se habrían originado por la ejecución de la obra en un trazo no aprobado por SERNANP, lo cual -sin perjuicio del negligente actuar del contratista- es responsabilidad de la Entidad, en tanto esta es la responsable de la correcta formulación del requerimiento.

186.33 Por tanto, no se podría afirmar que los supuestos daños ambientales por los cuales se resuelve el Contrato se hayan originado en un incumplimiento del

Consorcio, pues dichos daños ambientales habrían tenido su origen en la ejecución, por parte del Consorcio, de unos trazos deficientes del propio Contrato. De esta manera, si bien la ejecución de la obra genera responsabilidad administrativa por haber alterado el ecosistema del Parque Nacional Huascarán, dicha ejecución se habría realizado de acuerdo al Contrato; por ello, no habría incumplimiento del mismo.

- 186.34 En ese sentido, no correspondería que mediante la Carta Notarial N° 033 -2016-MINAGRI-PSI se resuelva el Contrato por incumplimiento del Plan de Mitigación Ambiental, puesto que, bien dichos incumplimientos eran subsanables o no resultan ser incumplimientos contractuales, puesto que los daños ambientales se realizaron en amparo de las estipulaciones del Contrato.
187. Por todo lo señalado, corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, en tanto las causales que ésta consigna para la resolución del Contrato no corresponden a un incumplimiento contractual del Consorcio.
- Respecto a determinar si corresponde declarar resuelto el Contrato sin culpa del Consorcio**
188. Conforme a lo señalado anteriormente, la Entidad no habría determinado el trazo de la obra de forma correcta, puesto que no actualizó los planos del proyecto conforme lo establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, el cual contiene el trazo aprobado por SERNANP, lo que ocasionó que los trabajos (incluidos los de replanteo) hayan sido ejecutados sobre un trazo incorrecto, generando que -indefectiblemente- la obra sea paralizada por SERNANP.
189. Así entendido, el error de la Entidad en no actualizar los planos del proyecto ocasionó que la obra no pueda continuar siendo ejecutada y que dicha ejecución, al momento en el cual SERNANP paralizó la obra, sea prácticamente irrealizable, puesto que había que empezar nuevamente la ejecución de la obra desde los puntos establecidos en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR.
190. Es por ello que, a lo largo del presente procedimiento arbitral, las partes manifestaron su intención de resolver el Contrato.

De esta manera, la Entidad señaló que el Contrato no podía ser ejecutado en tanto la obra se encontraba paralizada por SERNANP; asimismo, de la revisión del SEACE, se aprecia que la Entidad convocó la Licitación Pública N° 1-2018-MINAGRI-PSI-1, que tiene como finalidad la ejecución del saldo de obra del Contrato. Mientras que, por el lado del Consorcio, dicha parte exige dentro de sus pretensiones que se declare la resolución del Contrato, pero sin que esta tenga culpa en dicha resolución. En ese sentido, de lo manifestado por las partes en el presente proceso arbitral, se desprende que ninguna de ellas tiene la intención de continuar con la ejecución del presente Contrato.

191. Es así que, considerando que no sería posible continuar con la ejecución del Contrato y que ninguna de las partes tiene la intención de continuar con dicho vínculo contractual, corresponde que este sea declarado resuelto sin culpa del Consorcio.
192. Por todo lo señalado, se declara **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda arbitral interpuesta por el Consorcio, así como la segunda pretensión subordinada a la

pretensión principal de la demanda reformulada. Asimismo, corresponde declarar **INFUNDADA** la pretensión principal formulada por la Entidad en su reconvención.

En este sentido, se declara nula la resolución del Contrato efectuada mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI; asimismo, corresponde declarar resuelto el Contrato, sin culpa del Consorcio, ello sin perjuicio de las responsabilidades del Contratista por su actuar negligente.

Respecto al contratista diligente:

193. De lo señalado en el acápite anterior, se aprecia que la resolución del Contrato se realizó por causa de la Entidad, en tanto esta habría determinado incorrectamente su requerimiento. Al respecto, conforme el artículo 170 del RLCE, si la resolución es por culpa de la Entidad y esta perjudica al contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados.
194. Entonces, bajo el citado artículo, correspondería que la Entidad indemnice al Contratista por los daños y perjuicios que esta podría haber sufrido por la resolución del Contrato. No obstante, llegados a este punto, corresponde preguntarnos si el Consorcio actuó con diligencia en la ejecución del presente Contrato y, de no ser así, si dicha falta de diligencia influiría en la determinación de las indemnizaciones que el Consorcio pretende que le sean reconocidas. Precisamente, en el presente punto se efectuará dicho análisis, el cual servirá de base para la resolución de los otros puntos controvertidos.
195. Respecto al deber de diligencia, en la Opinión N° 014-2014/DTN, el OSCE ha manifestado lo siguiente:

"El "deber de diligencia contractual" no es otro que el de la "diligencia ordinaria" recogido en el artículo 1314 del Código Civil. Al respecto, Ferrero Costa se pregunta: "¿qué se entiende por diligencia ordinaria?" y, citando a Messineo, se responde que es "aquej comportamiento del deudor que consiste en usar "todos los cuidados y las cautelas que – habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia- lo pongan en condiciones de poder cumplir"." Así, este autor es de la opinión que el "deber de diligencia contractual" o "diligencia ordinaria" del deudor no implicaría otra cosa que "lo que normalmente se puede pretender que éste haga para lograr la satisfacción del acreedor". (subrayado nuestro)

196. Asimismo, Mario Castillo Freire indica que *"la diligencia debe entenderse como cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etcétera. Se trata pues, de la actitud debida, del proceder responsable en la realización de tareas*²²*".*
197. Por su parte, Felipe Osterling²⁴ indica lo siguiente:

²² FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, 3^a edición actualizada, Pág. 325

²³ FREYRE, Mario Castillo; CASO, Gino Rivas. La diligencia y la inejecución de las obligaciones. *IUS ET VERITAS*, 2014, vol. 24, no 48, p. 130-141, p. 131.

²⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2008; p. 1056.

"La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento, pudiendo ser esta actividad negativa, que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de "diligencia ordinaria", ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado "sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor", sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad"

De lo expuesto, se aprecia que actuar con diligencia consiste en proceder responsablemente en la realización de las prestaciones debidas.

198. Tal como se señaló anteriormente, la ejecución de la obra objeto del Contrato se realizaría, en gran parte, en la zona de protección estricta y la zona de uso especial del Área Natural Protegida – Parque Nacional Huascarán. Por ello, teniendo en cuenta la naturaleza de los terrenos del "Parque Nacional" en donde se ejecutaría la obra, correspondía que el requerimiento de la Entidad (expediente técnico) considerara lo establecido en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 038-2001-AG, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 116.- Emisión de Compatibilidad y de Opinión Técnica Previa Favorable

El presente artículo regula la emisión de la Compatibilidad y de la Opinión Técnica Previa Favorable por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, solicitada por la Entidad de nivel nacional, regional o local que resulte competente, de forma previa al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y/o en sus Zonas de Amortiguamiento, y en las Áreas de Conservación Regional.

116.1. La emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del Área Natural Protegida de administración nacional, o del Área de Conservación Regional, en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión.

La compatibilidad que verse sobre la Zona de Amortiguamiento de un Área Natural Protegida de administración nacional será emitida en función al Área Natural Protegida en cuestión.

Asimismo, la emisión de la compatibilidad incluirá los lineamientos generales, así como los condicionantes legales y técnicos para operar en el Área Natural Protegida y en su Zona de Amortiguamiento.

Las Entidades competentes para suscribir Contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales, y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, y/o sus Zonas de Amortiguamiento, o en las Áreas de Conservación Regional.

No cabe la emisión de compatibilidad respecto de aquellas actividades complementarias a una actividad que ya cuente con un pronunciamiento de compatibilidad favorable por parte del SERNANP, siempre que se encuentre dentro de la misma área geográfica.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de la autoridad competente.

116.2. La Opinión Técnica Previa Favorable es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o de su Zona de Amortiguamiento, o de un Área de Conservación Regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del Área Natural Protegida.

El Instrumento de Gestión Ambiental exigido por la legislación respectiva, sólo podrá ser aprobado por la autoridad competente si cuenta con la Opinión Técnica Previa Favorable del SERNANP.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente, pudiendo ésta resultar favorable o desfavorable

Previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la autoridad competente solicitará al SERNANP la Opinión Técnica sobre los Términos de Referencia para la elaboración del mismo.

El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 15 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente

116.3. Independientemente de lo dispuesto en los numerales precedentes, las autoridades competentes deberán tener en cuenta las siguientes disposiciones:

a) Los derechos otorgados por las Entidades competentes sobre las actividades propias de la operación, deberán ser comunicados y coordinados previamente con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas.

b) Las actividades propias de la operación, tales como el ingreso de personal, y el transporte de sustancias peligrosas, explosivos, entre otras que se realicen al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional, y/o de su Zona de Amortiguamiento, o al interior de un Área de Conservación Regional, deberán ser previamente comunicadas y coordinadas con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas, o con la Dirección de Gestión de las Áreas Naturales Protegidas - DGANP, según corresponda, a fin de tomar las medidas que el caso amerite.

c) Los informes de las actividades inherentes a la fiscalización y control, realizadas por las Entidades competentes, deberán ser remitidos por las mismas en copia al SERNANP."

199. De acuerdo al citado artículo, previa a la ejecución de una obra en un Área Natural Protegida, SERNANP deberá emitir la "Compatibilidad" y la "Opinión Técnica Previa Favorable", siendo que sin la emisión de dichos títulos habilitantes no se podría ejecutar obra alguna en una Área Natural Protegida. Es así que, teniendo en cuenta que parte de la obra se desarrollará en el Parque Nacional Huascarán, para su ejecución la Entidad debía considerar que el expediente técnico se encuentre acorde a la "Compatibilidad" y a la "Opinión Técnica Previa Favorable" que emite SERNANP.
200. Sobre el particular, cabe indicar que el Consorcio en reiteradas oportunidades señaló que el expediente técnico no se encuentra acorde al artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, puesto que dicho expediente no se habría tenido en cuenta lo establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR. De lo señalado por el propio Consorcio, se aprecia que dicha parte tenía conocimiento que en esta clase de obras (ejecutadas dentro de un Parque Nacional) el expediente técnico debía contener un permiso especial, el cual es la aprobación de SERNANP.
201. En tal sentido, como parte de un actuar diligente, el Consorcio debió verificar, antes y durante la ejecución de la obra, que los trazos del proyecto contaran con la aprobación de SERNANP, lo cual no revestía un nivel alto de complejidad, pues solamente había que examinar si los trazos estaban o no autorizados por dicha institución. Así, resulta razonable que previo a la ejecución de una obra en un área tan delicada como es el Parque Nacional Huascarán, se verifique si dicha obra cuenta con todos los permisos y autorizaciones mínimas, pues de lo contrario se estaría actuando de forma negligente, en tanto no se observa que la obra cumpla lo mínimo indispensable para su ejecución.
202. A modo de ejemplo, sería negligente que una empresa acepte ejecutar una obra vial en medio de la Líneas de Nazca, por más que la Entidad requiera ello, si de por medio no existen todas las autorizaciones ambientales y culturales correspondientes. Ahora, si la empresa decidiera ejecutar dicha obra sin verificar previamente que se cuenten con los permisos necesarios, y el contrato es resuelto en plena ejecución por contravenir las normas legales y se aplican las multas correspondientes, dicha parte no podría alegar indemnizaciones o exoneraciones de pago de multas, pues no actuó con la diligencia debida y, debido a ello, causó daños en el patrimonio de la nación. Así, si bien existirá responsabilidad en la Entidad que contrata la ejecución de la obra, también existirá responsabilidad en el contratista, al no haber actuado con la debida diligencia que le permitiera percibirse que sus actos contravienen las normas jurídicas y causan perjuicios a terceros.

203. En el presente caso, conforme a las pruebas que se remitieron, de forma previa a la paralización de la obra por parte de SERNANP, el Contratista no realizó ningún cuestionamiento sobre los trazos del proyecto, pese a que estos eran evidentemente defectuosos, de lo cual se desprende que el Consorcio no habría actuado de forma diligente en el presente Contrato.
204. Asimismo, cabe señalar que en un actuar no diligente del Consorcio, este no solo no se habría percatado de las deficiencias del requerimiento de la Entidad, sino que tampoco advirtió que no era posible realizar modificaciones al trazo del proyecto, puesto que la norma ambiental es clara en manifestar que solo se puede ejecutar la obra en los trazos aprobados por SERNANP. Así, la norma ambiental señala que únicamente se pueden trabajar en los ámbitos aprobados por SERNANP, por lo que el Contratista no podría realizar "adecuaciones", incluso si estas se encuentran basadas en estipulaciones contractuales, pues de lo contrario estaría actuando de forma negligente.
205. Precisamente, en las condicionantes del Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, mediante el cual SERNANP aprueba el trazo del proyecto, se señala que "*por ningún motivo se cambiará el trazo modificado del Proyecto en mención al que se dio compatibilidad*", de lo cual se desprende que el trazo aprobado por SERNANP no puede ser modificado, lo cual significaría que tampoco el mismo puede ser "replanteados".
206. De lo expuesto, se aprecia que el Consorcio no actuó de forma diligente durante la ejecución del Contrato. Sobre el particular, corresponde preguntar lo siguiente: ¿qué consecuencias jurídicas genera que el Consorcio no haya actuado diligentemente? Para absolver dicha interrogante, es necesario citar el artículo 1326 del Código Civil, el cual es perfectamente aplicable al presente caso conforme lo establecido en el artículo 52 de la LCE.

"Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven". (subrayado nuestro).

207. En ese orden de ideas, si la falta diligencia del Contratista hubiera ayudado a ocasionar algún daño, el resarcimiento que este debería recibir se verá reducido. Al respecto, Renzo Seminario²⁵ señala lo siguiente:

"(...) si por alguna razón el postor contribuyó a que se generara el daño, por ejemplo, no revisando bajo estándares de razonabilidad la información puesta a su disposición, el juez o árbitro podrán determinar la reducción del resarcimiento.

En otras palabras, si se determina que el postor no fue «razonable» y que eso contribuyó en alguna medida a que fuera recién en ejecución del Contrato que se detectará el error en el expediente técnico, entonces se podrá reducir el resarcimiento que le corresponde. Lógicamente, esto aplica si se determina que no fue razonable, y si eso tiene alguna vinculación con el mayor costo que se hubiera generado." (subrayado y resaltado nuestro)

208. En el presente caso, se aprecia que el Consorcio no tuvo un actuar diligente, puesto que no revisó que los documentos del proceso de selección se encuentren acorde a la

²⁵ CÓRDOVA, Renzo. El Postor Razonable en los Contratos de Obra Pública. *Derecho & Sociedad*, 2015, no 44, p. 175-183.

normativa ambiental, pese a que ello no revestía de una alta complejidad, ya que únicamente correspondía revisar si los trazos del proyecto se encontraban aprobados por SERNANP; asimismo, tampoco tuvo un actuar diligente cuando “replanteo” los trazos de la obra, pues la normativa ambiental no permite realizar modificaciones al trazo aprobado por SERNANP.

209. Dicho actuar poco diligente contribuyó a que el Contrato se resolviera, ya que si el Consorcio hubiera revisado diligentemente los documentos del expediente técnico, hubiera podido advertir fácilmente los errores que este contenía. Por ello, si bien el Consorcio no es responsable del defectuoso requerimiento del Contrato, con su actuar “poco diligente” contribuyó a que la obra se ejecutara con un trazo deficiente, el cual recién pudo ser apreciado cuando SERNANP paralizó la obra.

En ese sentido, en caso corresponda indemnizar al Consorcio por la resolución del Contrato, el monto indemnizatorio deberá ser reducido, conforme el artículo 1326 del Código Civil.

Respecto al pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4

210. Las controversias que se analizará en el presente acápite corresponden a los siguientes puntos controvertidos:

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago al Consorcio San Benito de las dos valorizaciones tramitadas, 03 ascendente a S/ 821,793.57 y 04 ascendente a S/ 827,380.40.*

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de la Valorización N° 03 por un monto de S/. 652, 211.20 (Seiscientos Cincuenta y Dos Mil Doscientos Once con 20/100 Soles), y reconocimiento de intereses legales.

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de la Valorización N° 04 por un monto de S/. 709, 687.91 (Setecientos Nueve Mil con Seiscientos Ochenta y siete con 91/100 soles), y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

211. En el presente punto, se analizará si corresponde ordenar a la Entidad el pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4.
212. Al respecto, el Consorcio señala que, producto de la ejecución de la obra, corresponde el pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4. Para sustentar su pretensión, dicha parte presentó las facturas que emitió para el pago de las mencionadas valorizaciones. Asimismo, presentó un correo electrónico de fecha 15 de marzo de 2016²⁶ y el asiento del cuaderno de obra N° 67, documentos mediante los cuales se acreditaría que el supervisor de la obra habría aprobado las señaladas valorizaciones.

Por su lado, la Entidad indica que no corresponde el pago al Consorcio, puesto que dicha parte no habría ejecutado la obra de acuerdo a lo establecido en el expediente técnico.

²⁶ El cual habría sido remitido por Guerra Taquia, supervisor de la obra, a Gabriel Becerra Vasquez el 15 de marzo de 2016. Dicho correo contendría adjunto los archivos “citación policial” (Word) y “valor N° 4 – Supervisión de la obra corregida okokchingui” (Excel).

213. En primer lugar, cabe señalar que de la revisión del asiento del cuaderno de obra N° 67, de fecha 31 de enero de 2016, se aprecia que el supervisor de la obra señaló lo siguiente: *"la supervisión verifica y consolida los metrados ejecutados en el mes, dando la conformidad de lo efectuado"*, de lo cual se desprende que el supervisor de la obra dio su conformidad respecto de los trabajos realizados en el mes de enero, mes correspondiente a la valorización N° 3.
214. En segundo lugar, cabe indicar que mediante el correo electrónico de fecha 15 de marzo de 2016, el señor Guerra Taquía, supervisor de la obra, habría dado su conformidad respecto de la valorización N° 4 del Consorcio, señalando *"te envío el informe de valorización N° 4"* y adjuntando el archivo Excel *"valor N° 4 – Supervisión de la obra corregida okokchinguil"*, el cual contendría la valorización N° 4.
215. En tercer lugar, se aprecia que el Contratista presentó como medios de prueba las facturas que emitió para el pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4. Al respecto, corresponde indicar que dichas facturas no probarían si las señaladas valorizaciones fueron aprobadas o no por el supervisor o la Entidad, ya que es un documento emitido por el propio Consorcio.
216. Sobre el particular, corresponde citar lo señalado en los artículos 197 y 199 del RLCE, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

(...)

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el Contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

"Artículo 199.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resloverán en la liquidación del Contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del Contrato actualizado, la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada.

La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del Contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes."

217. De las citadas normas, se aprecia lo siguiente:

- Para la aprobación de una valorización se debe contar con la conformidad de la supervisión (o inspección cuando corresponda) y la Entidad; esto pues el artículo 199 del RLCE señala que de existir controversias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resloverán en la liquidación del Contrato.
- Para el pago de una valorización, se debe contar con la aprobación de la supervisión y la Entidad, puesto que la norma establece que de existir una controversia sobre una valorización, esta se resloverá en la liquidación del Contrato, pudiéndose cobrar la parte no controvertida, de lo cual se desprende que no se puede cobrar la parte controvertida.

218. De los medios de prueba presentados, se aprecia que si bien las valorizaciones N° 3 y N° 4 contaron con la aprobación del supervisor de la obra, no se aprecia que las mismas hayan contado con la aprobación de la Entidad; al contrario, se advierte que la Entidad señaló que no corresponde el pago de dichas valorizaciones, en tanto los trabajos que valorizan dichos documentos no habrían sido ejecutados conforme el expediente técnico.

219. Conforme lo analizado respecto al artículo 199 del RLCE, para el pago de una valorización se requiere la aprobación del supervisor y de la Entidad; por lo cual, en tanto en el presente caso no se cuenta con la aprobación de la Entidad, no existiría una base legal para exigir el pago de las valorizaciones.
220. En ese sentido, en caso el Contratista requiera el pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4, primero correspondía exigir la aprobación de dichas valorizaciones y, posteriormente, exigir su pago, siendo que, de existir alguna controversia respecto a la aprobación de las valorizaciones, la mismas podían ser ventiladas en la vía correspondiente. Ello es importante pues las valorizaciones contienen una serie de metrados, los cuales deben ser minuciosamente revisados por la Entidad, a efectos de apreciar si los montos valorizados responden a los metrados efectivamente ejecutados y si el replanteo topográfico u otra obligación contractual efectuada se encuentra acorde al expediente técnico; por lo que de existir modificaciones en el trazo, los mismos deberán estar fundamentados en las estipulaciones del expediente técnico.
221. Así, el Árbitro Único no podría pronunciarse respecto al pago de las valorizaciones N° 3 y N° 4, en tanto no se cuenta con la aprobación de la Entidad o con los medios de prueba que permitan corroborar los montos de dichas valorizaciones, lo cual implica verificar si los metrados valorizados fueron los efectivamente ejecutados en la obra y si estos responden a lo estableció en el Contrato.
222. En ese sentido, considerando que en el presente proceso arbitral no se aprecia la aprobación de la Entidad de las valorizaciones N° 3 y N° 4 ni que el Consorcio haya solicitado como parte de sus pretensiones la aprobación de dichas valorizaciones, para lo cual se requiere un análisis probatorio a efectos de comprobar que las valorizaciones contienen los metrados efectivamente ejecutados, no corresponde que el Árbitro Único declare fundada los montos exigidos como parte de las valorizaciones N° 3 y N° 4, máxime si el Consorcio presentó en su demanda y en su demanda reformulada distintos montos respecto a las mencionadas valorizaciones; siendo que el Consorcio deberá exigir a la Entidad la aprobación de dichas valorizaciones y en caso la Entidad no brinde dicha aprobación, se pueda recurrir a la vía arbitral correspondiente.
223. Por todo lo señalado, se declara **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal interpuesta por el Consorcio en su demanda arbitral, así como la octava y novena pretensión subordinada a la pretensión principal interpuesta por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada, debiendo el Contratista exigir la aprobación de las valorizaciones N° 3 y N° 4 de forma previa a su pago en las vías correspondientes.

Respecto al pago de los gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2

224. Las controversias que se analizará en el presente acápite corresponden a los siguientes puntos controvertidos:

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de S/ 40,046.01 (Cuarenta Mil Cuarenta y seis con 01/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 01 aprobada por 23 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales".

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de S/ 54, 297.65 (Cincuenta y Cuatro Mil Doscientos Noventa y Siete con 65/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 02 aprobada por 31 días calendario, mediante Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI, y reconocimiento de intereses legales".

225. Al respecto, para la correcta resolución de los señalados puntos controvertidos, corresponde citar los artículos 202 y 204 del RLCE:

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los Contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros Contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al Contrato principal."

"Artículo 204.- Pago de Gastos Generales

Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes."

226. De lo establecido en los citados artículos, se desprende que cuando una ampliación de plazo es generada por una paralización total de la obra, se deberá pagar los mayores gastos generales variables debidamente acreditados; es decir, cuando la causa de una ampliación de plazo sea la paralización total de la obra, para la determinación de los mayores gastos generales no se utilizará la fórmula consignada en el primer párrafo del artículo 202 del RLCE, sino que dichos mayores gastos generales deberán ser, necesariamente, acreditados.

227. Al respecto, en el presente caso, se aprecia que mediante las Resoluciones Directoriales N° 142-2016-MINAGRI-PSI y N° 195-2016-MINAGRI-PSI, la Entidad aprobó las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2, por 23 y 31 días respectivamente. Dichas ampliaciones de plazo tuvieron su origen en la paralización de los trabajos del Contrato por parte de SERNANP, por haberse ejecutado la obra en un trazo no aprobado por dicha autoridad ambiental.

Así, en la parte considerativa de las referidas resoluciones, se indica lo siguiente:

Resolución Directoral N° 142-2016-MINAGRI-PSI

Que, por la Carta N° 07-2016-CSB/RL, presentada el 11 de marzo de 2016, al Supervisor de Obra, el Ingeniero René Guerra Taqua, el referido Consorcio solicita y cuantifica la aprobación de la Ampliación de Plazo Parcial N° 01 por 23 días calendario, sustentándola en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a "Atrasos y Paralizaciones por causas no atribuibles al contratista", generada según refiere, por la paralización total de la obra por intervención del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas-SERNANP, según "Acta de Intervención" de fecha 17 de febrero de 2016, modificando el calendario de avance de obra vigente, y consecuentemente, postergando la fecha de terminación de la obra, según señala; adjuntando para el efecto como medios probatorios, copias del cuaderno de obra pertinentes, copia de la Carta N° 021-2016-MINAGRI-PSI/ERGT/SO, donde el Contratista pone en conocimiento la intervención del SERNANP, entre otros documentos;

Resolución Directoral N° 195-2016-MINAGRI-PSI

Que, por la Carta N° 13-2016-CSB/RL, presentada el 13 de abril de 2016, al Supervisor de Obra, el ingeniero René Guerra Taqua, el referido Consorcio solicita y cuantifica la aprobación de la Ampliación de Plazo Parcial N° 02 por 31 días calendario, sustentándola en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a "Atrasos y Paralizaciones por causas no atribuibles al contratista", generada según refiere, porque continua la paralización total de la obra por la intervención del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas-SERNANP, según "Acta de Intervención" de fecha 17 de febrero de 2016, modificando en consecuencia el calendario de avance de obra, el diagrama PERT-CPM y GANTT vigentes, según señala; adjuntando para el efecto como medios probatorios, copias del cuaderno de obra pertinentes, Acta de Intervención N° 001-2016-SERNANP-PNH, copia de las Cartas N° 021 y 022-2016-MINAGRI-PSI/ERGT/SO, donde el Contratista pone en conocimiento la intervención del SERNANP, entre otros documentos;

228. Asimismo, en los asientos N° 134 y 142 del cuaderno de obra, el residente del Consorcio indica lo siguiente:

- Asiento N° 134: "Se reitera el estado de paralización total de la obra, por razones atribuibles a la Entidad contratante (...)".
- Asiento N° 142: "El contratista consta que a la fecha, no se puede realizar actividad alguna en la obra, por la medida cautelar de paralización de obra interpuesta por el SERNANP".

De lo señalado por el supervisor de la obra (lo cual es citado en las resoluciones de ampliación de plazo emitidas por la Entidad) y por el residente de la obra, se aprecia que, debido a la paralización de la obra ordenada por SERNANP, los trabajos en la obra se encontraban totalmente paralizados.

229. Entonces, se aprecia que las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2 fueron generadas por una paralización total de la obra, en tanto dichas ampliaciones tuvieron su origen en la paralización de la obra ordenada por SERNANP. Al respecto, resulta evidente que no era posible que la obra pueda ser ejecutada, ya que la línea de conducción que se venía construyendo fue paralizada por SERNANP, por lo cual no se podía avanzar ningún aspecto de la obra hasta que dicha paralización sea levantada, lo cual finalmente no ocurriría porque el trazo de dicha línea de conducción no contaba con ningún tipo de aprobación.
230. En ese sentido, considerando que las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2 fueron generadas por la paralización total de la obra, correspondía que el pago de los mayores gastos generales variables sea debidamente acreditado, conforme al segundo párrafo del artículo 202 del RLCE.
231. No obstante, en el presente proceso arbitral, el Consorcio no presentó los medios de pruebas que acrediten los montos que exige como pago de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2; por lo que no corresponde amparar la presente pretensión del Consorcio, ya que no se aprecia que este haya acreditado los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 202 del RLCE.
232. Por todo lo señalado, se declaran **IMPROCEDENTE** las pretensiones subordinadas a la pretensión principal interpuesta por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada; asimismo, cabe indicar que corresponde que el Consorcio presente los mayores gastos generales acreditados de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2 ante la Entidad, conforme lo establecido en el artículo 204 del RLCE, siendo que, en caso existan controversias respecto a dichos gastos generales, la parte interesada podrá recurrir a la vía arbitral.

Respecto a la ampliación de plazo N° 3

233. Las controversias que se analizará en el presente acápite corresponden a los siguientes puntos controvertidos:

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si se debe declarar consentida la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 30 días calendario, presentada mediante Carta N° 21-2016-CSB/RL de fecha 08 de junio de 2016.

Determinar si corresponde ordenar el pago de S/ 52, 552.26 (Cincuenta y dos Mil Quinientos Cincuenta y Dos con 26/100 Soles) por concepto de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación N° 03 consentida el 30 de junio de 2016, y reconocimiento de intereses legales correspondientes.

234. Para la resolución de los citados puntos controvertidos, corresponde, en primer lugar, determinar si corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 3, y, posteriormente, analizar si corresponde o no el pago de los mayores gastos generales de dicha ampliación por el monto de S/ 54,297.65.
235. Al respecto, el Consorcio señala que se debe aprobar la ampliación de plazo N° 3, puesto que fue presentada dentro del plazo contractual y no fue contestada por la Entidad. Por el contrario, la Entidad señala que no debe ser aprobada la referida ampliación de plazo, puesto que la misma fue remitida posteriormente a la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI, que resuelve el Contrato.
236. Sobre el particular, corresponde citar los artículos 200 y 201 del RLCE, los cuales señalan lo siguiente:

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

*De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes **causales ajenas a la voluntad del contratista**, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:*

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."

"Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERTCPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."

237. De los referidos artículos, se aprecia que el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo únicamente por causales ajenas a su voluntad. Asimismo, para la aprobación de una ampliación de plazo, se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE.
238. En primer lugar, cabe señalar que no resultaría razonable aprobar la ampliación de plazo N° 3 por el solo hecho que la Entidad no se pronunció explícitamente respecto a dicha ampliación dentro del plazo establecido en el artículo 201 del RLCE, puesto que al

resolver el Contrato ya no se encuentra vigente la relación contractual la Entidad; siendo rechazada de plano cualquier tipo de ampliación de plazo solicitada posteriormente.

239. Así pues, distinto sería el caso si la Entidad no hubiera resultado el Contrato, ya que en dicho escenario, en caso la Entidad no haya emitido el pronunciamiento correspondiente en el plazo establecido en el artículo 201 del RLCE, correspondía declarar ampliado el plazo solicitado por el Consorcio por la omisión de pronunciamiento de la Entidad.
240. De esta manera, se entiende que en el presente caso la Entidad denegó la ampliación de plazo N° 3 presentada por el Consorcio, ya que la misma fue presentada fuera del plazo contractual. Ahora bien, cabe señalar que, conforme a lo indicado anteriormente, el Contrato no se resolvió con la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI. Por ello, se entiende que, si bien la Entidad rechazó la ampliación de plazo, dicho rechazo no tiene sustento jurídico, por lo cual, corresponde analizar si dicha ampliación de plazo es procedente o no.
241. Ahora bien, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el adjetivo "ajeno" refiere "impropio, extraño, no correspondiente", "de otra clase o condición", "perteneciente a otra persona". En ese sentido, "ajeno" refiere a no tener relación con algo por resultar impropio, extraño, no correspondiente, de otra clase o condición.
242. Bajo este contexto, cuando el artículo 200 del RLCE señala por "causas ajenas al contratista" refiere que los retrasos no deben tener relación alguna con las actuaciones que realice o competan al contratista. Por ello, para analizar si es procedente o no lo solicitado por el Contratista, corresponde apreciar si las demoras que alega son completamente ajenas o no a su actuar.
243. La causal de alega el Consorcio para solicitar la ampliación de plazo N° 3 consiste en que la obra se encontraba paralizada por orden de SERNANP, al haberse ejecutado la obra en un trazo distinto a lo aprobado por dicho organismo.
244. Al respecto, cabe señalar que si bien la obra fue ejecutada en un trazo no aprobado por SERNANP por deficiencias en el requerimiento de la Entidad, el Consorcio debió tener la mínima diligencia de apreciar que dicho trazo era deficiente y que no podía realizar "adecuaciones" al trazo, puesto que la obra estaba siendo ejecutada en un Parque Nacional.
245. Así, como se señaló anteriormente, el Consorcio no tuvo un actuar diligente, puesto que no revisó que los documentos del proceso de selección se encuentren acorde a la normativa ambiental, pese a que ello no revestía de una alta complejidad, ya que únicamente correspondía ver si los trazos del proyecto se encontraban aprobados por SERNANP; asimismo, tampoco tuvo un actuar diligente cuando "replanteo" los trazos de la obra, pues la normativa ambiental no permite realizar modificaciones al trazo aprobado por SERNANP.
246. Dicho actuar poco diligente contribuyó a que el Contrato no se ejecutara correctamente, ya que si el Consorcio hubiera revisado diligentemente los documentos del expediente técnico, hubiera podido advertir fácilmente los graves errores que este contenía. Por ello, si bien el Consorcio no es responsable del defectuoso requerimiento del Contrato,

con su actuar “poco diligente” contribuyó a que la obra se ejecutara con un trazo deficiente y que se realizarán “adecuaciones” contrarias a la normativa ambiental.

247. En ese contexto, se aprecia que las causas del retraso que generaron las ampliaciones de plazo no son ajenas al actuar del Consorcio, puesto que dicha parte con su actuar poco diligente ejecutó la obra en un trazo no autorizado y realizó “adecuaciones” al trazo, las cuales son contrarias a la normativa ambiental.
248. Así entendido, no correspondería aprobar la ampliación de plazo N° 3, puesto que la misma no se basa en una causa ajena al actuar del Consorcio, conforme lo prevé el artículo 200 del RLCE. Correlativamente, tampoco corresponde aprobar ningún tipo de pago por el concepto de mayores gastos generales.
249. Por todo lo señalado, se declaran **INFUNDADAS** las pretensiones subordinadas a la pretensión principal interpuesta por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada; por lo cual no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 3 ni el pago de mayores gastos generales por dicho concepto.

Respecto a las indemnizaciones:

250. La controversia establecida como sexto punto controvertido corresponde a la segunda pretensión subordinada de la demanda del Consorcio. Al respecto, el punto controvertido materia de análisis en este rubro es el siguiente:

De manera accesoria al PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago de S/. 4'275,192.70 (Cuatro Millones Doscientos Setenta Y Cinco Mil Ciento Noventa Y Dos Con 70/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Consorcio San Benito, a consecuencia de haber resuelto el Contrato N° 93-2015-MINAGRI-PSI, de manera indebida; así como el reconocimiento de los intereses legales correspondientes.

De manera subordinada al CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar al PSI el pago de S/ 6'095, 282.92 (Seis Millones Noventa y Cinco Mil Doscientos Ochenta y Dos con 92/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios; y, el reconocimiento de intereses legales.

251. Antes de analizar los montos indemnizatorios que solicita el Consorcio, cabe hacer un repaso de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Al respecto, Juan Espinoza Espinoza²⁷ nos señala los siguientes elementos: i) la Imputabilidad, ii) la ilicitud o antijuridicidad, iii) el factor de atribución, iv) el nexo causal y v) el daño, siendo definidos de la siguiente manera:

²⁷ ESPINOZA, Juan (2013). Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial RODHAS: abril: 2013.

- "a) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente de los daños que ocasiona.
- b) La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado"

252. Sobre la IMPUTABILIDAD, se entiende que un sujeto es imputable en tanto tiene la capacidad para constituirse como civilmente responsable por los daños que ocasiona. En dicha medida, Espinoza Espinoza establece que "la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona (...)"²⁸.

Por la claridad y falta de controversia que irradia este primer elemento, debemos señalar que tanto la Entidad como el Consorcio son plenamente imputables en tanto sujetos de derechos y obligaciones.

253. Respecto de la ILICITUD o ANTIJURIDICIDAD, cabe mencionar que "una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Por ello, en materia de conductas humanas que puedan causar daños, se puede distinguir la tipicidad de las mismas en materia extra contractual, de la tipicidad en materia contractual".

254. Siguiendo con el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, sobre el factor de atribución podemos señalar que este elemento "contesta a la pregunta ¿a título de qué es responsable?, vale decir, constituye "el fundamento del deber de indemnizar. Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones subjetivas que el ordenamiento jurídico considera – si se quiere ser redundante-objetivamente o –si se quiere optar por una definición residual, prescindiendo del criterio de la culpa)"²⁹".

255. Respecto del daño, debemos mencionar que el mismo puede ser entendido como la lesión de un interés jurídicamente tutelado (denominado "daño-evento") o las consecuencias negativas de la lesión (denominado "daño-consecuencia") como lo es el lucro cesante, daño emergente y daño moral, siendo importante señalar que la doctrina es unánime al clasificar el mismo en dos clases: i) Daño patrimonial, el cual engloba el daño emergente y el lucro cesante y ii) El daño extra patrimonial, el cual abarca el daño moral y el daño a la persona³⁰.

256. Ahora bien, luego de haber realizado un breve análisis de los elementos de la responsabilidad civil, corresponde abordar cada uno de los conceptos indemnizatorios solicitados por el Consorcio. Al respecto, corresponde aclarar que únicamente se

²⁸ ESPINOZA, Juan., op. Cit.,180.

²⁹ ESPINOZA, Juan., op. Cit.,154.

³⁰ ESPINOZA, Juan., op. Cit., 252-253.

tomaran en cuenta los supuestos indemnizatorios exigidos por el Consorcio cuando el Contrato es resuelto por culpa de la Entidad, ya que, conforme, conforme a lo señalado anteriormente, el Contrato no fue declarado nulo, sino que se resolvió por culpa de la parte demandada.

Respecto al lucro cesante

257. El Consorcio exige, conforme al artículo 209 del RLCE, el pago de S/ 359,252.29 por el concepto de lucro cesante – utilidades no percibidas, puesto que el Contrato habría sido resuelto por culpa de la Entidad.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 209 del RLCE establece lo siguiente:

"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del Contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64 del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Reglamento.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del Contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del Contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del Contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el Contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles

siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del Contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal."

258. De lo expuesto, como en el presente caso la resolución del Contrato se debió a causas atribuibles a la Entidad, correspondería que se le indemnice al Consorcio con el pago del 50% de las utilidades previstas, calculadas sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar.
259. Al respecto, corresponde indicar lo señalado anteriormente respecto al "contratista diligente". Así, se señaló que, conforme el artículo 1326 del Código Civil, si la indiligencia del contratista hubiera ayudado a ocasionar algún daño, el resarcimiento que este debería recibir se verá reducido.
260. En el presente caso, se aprecia que el Consorcio no tuvo un actuar diligente, puesto que no revisó que los documentos del proceso de selección se encuentren acorde a la normativa ambiental, pese a que ello no revestía de una alta complejidad, ya que únicamente correspondía ver si los trazos del proyecto se encontraban aprobados por SERNANP; asimismo, tampoco tuvo un actuar diligente cuando "replanteo" los trazos de la obra, pues la normativa ambiental no permite realizar modificaciones al trazo aprobado por SERNANP.
261. Dicho actuar poco diligente contribuyó a que el Contrato se resolviera, ya que si el Contratista hubiera revisado diligentemente los documentos del expediente técnico, hubiera podido advertir fácilmente los graves errores que este contenía. Por ello, si bien el Consorcio no es responsable del defectuoso requerimiento del Contrato, con su actuar "poco diligente" contribuyó a que la obra se ejecutara con un trazo deficiente, el cual recién pudo ser apreciado cuando SERNANP paralizó la obra.
262. En ese sentido, si bien conforme al artículo 209 del RLCE correspondería el pago de un concepto indemnizatorio, en aplicación del artículo 1326 del Código Civil³¹, dicho monto debe ser reducido, puesto que el contratista no actuó de forma diligente, siendo que el derecho no podría amparar que dicho Consorcio se beneficie de un monto indemnizatorio como si hubiera actuado diligentemente en todos los estados del procedimiento de selección, cuando en la realidad de los hechos, dicha empresa no fue mínimamente diligente ni en el procedimiento de selección ni en la ejecución del Contrato; es decir, el Consorcio no podría ser beneficiada por su negligencia.
263. Cabe tener en cuenta que el Consorcio no fue diligente, de acuerdo a lo siguiente:

³¹ Cabe indicar que dicho artículo es completamente aplicable en el presente caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la LCE y que en la normativa de contratación pública no se ha establecido una regulación específica que regule todos los supuestos de indemnización.

- El Consorcio, pese a tener todos los medios disponibles, no cuestionó en ninguna etapa del procedimiento de contratación los defectos de los trazos del proyecto, sino hasta que la obra se encontraba paralizada por SERNANP.
- El Consorcio ejecutó un trazo distinto al establecido en el expediente técnico en virtud de su obligación de "replanteo", pero ello sería contrario a la normativa ambiental, pues los trazos aprobados por SERNANP en un expediente técnico no pueden ser modificados. Si bien el Consorcio modificó un trazo defectuoso, de dicho actuar se aprecia la poca diligencia del Consorcio respecto a las normas ambientales aplicables.

264. Por ello, considerando que el Contratista no actuó de forma mínimamente diligente, lo cual contribuyó que el trazo se ejecutara de forma deficiente, no corresponde que se le pague un monto indemnizatorio por el concepto de lucro cesante – utilidades no percibidas, conforme la aplicación del artículo 1326 del Código Civil.

Respecto al daño moral

265. El Contratista exige el pago de S/ 1'067,800.29 como concepto de indemnización por daño moral, ya que, según alega el Consorcio, la resolución del Contrato y la ejecución de la carta fianza le ha generado un daño que debe ser resarcido.
266. Al respecto, cabe señalar que de las pruebas presentadas por el Contratista no se acredita de forma fehaciente el daño moral que se alega; es decir, no se presentó un medio de prueba que permita apreciar que la resolución del Contrato o la ejecución de la carta fianza haya causado un daño a la Entidad.
267. Así, si bien el Consorcio ha presentado Certificados de Gestión de Calidad del consorciado CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO S.A., la existencia de dichos certificados no prueba de forma fehaciente la existencia de un daño moral.

Por ello, al no haberse acreditado el supuesto daño moral alegado, no corresponde ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno por el presente concepto.

Respecto al servicio de termofusión

268. El Consorcio exige el pago de US\$ 109,504.99 como concepto de indemnización por el servicio de termofusión. Así, el Consorcio alega que para la obra se contrató el servicio de termofusión, el cual no pudo ser ejecutado en el Contrato por su resolución. Para sustentar el monto a indemnizar, el Consorcio presenta la Orden de Servicio N° 001-2016.

Al respecto, cabe indicar que de la documentación brindada por el Consorcio no se aprecia fehacientemente que se haya producido un daño por el no uso del sistema de termofusión, ya que, de la orden de servicio presentada como medio de prueba, no se acredita que el Consorcio haya pagado por un servicio que debió ser realizado en la obra y el cual, al no ser realizado, causó un daño económico al Consorcio. Así, se pudo haber anulado la orden de compra, no haberse cancelado la misma, haberse utilizado dicho servicio en otra obra, entre otros supuestos.

Por ello, no se acredita que haya existido un daño sobre este punto; por lo cual, no corresponde acoger dicho monto indemnizatorio.

Gastos administrativos de resolución

269. El Consorcio exige el pago de S/. 100,000 como concepto de gastos administrativos para la resolución del Contrato. Así, se señala que se han incurrido en gastos por el pago del personal para la resolución del Contrato. Al respecto, para sustentar su pretensión, el Consorcio presentó un cuadro de los gastos, que corresponderían a los gastos del gerente general y del asistente técnico por 10 meses.
270. Sobre el particular, cabe indicar que el Consorcio no sustenta el supuesto daño que se le habría infringido, pues no adjunta ningún medio de prueba que acredite fehacientemente el monto de S/. 100,000, únicamente se adjunta un cuadro de los gastos generales, pero no se presentan recibos, factura o documentos que acredite el pago durante diez meses al gerente general y al asistente técnico.

Conforme a lo indicado, no se acredita que haya existido un daño sobre este punto; por lo cual, no corresponde acoger dicho monto indemnizatorio.

Costo de tuberías adquiridas no pagadas

271. El Consorcio exige el pago de S/ 374,023.33 como concepto de compra de tuberías HDP que fueron adquiridas, según el Consorcio, para la ejecución de la obra. Para sustentar dicho monto, el Contratista adjunta las facturas N° 0001-005626, N° 0001-005505 y N° 0001-005482.
272. Sobre el particular, cabe señalar que, si bien las referidas facturas acreditarían la compra de las tuberías, ello no necesariamente significa que dicha compra signifique un daño para el Consorcio, puesto que no presentó medio de prueba que acredite que dichas tuberías son totalmente inutilizables al no poder ser empleadas en la obra; caso contrario, cabe la posibilidad que el Consorcio pueda haber devuelto, vendido o utilizado las tuberías en otra obra.
273. De acuerdo a lo señalado, no se acredita fehacientemente que haya existido un daño sobre este punto; por lo cual, no corresponde acoger dicho monto indemnizatorio.

Carta fianza ejecutada

274. El Consorcio exige el pago de S/ 10,260.96 como concepto de gastos en la ejecución de la carta fianza. Para sustentar dicha indemnización adjunta la Carta Fianza N° G707994, y comunicaciones de los Bancos Sabadell Atlántico y Banco de Crédito del Perú.
275. Sobre dichos medios de prueba, se aprecia que los mismos hacen referencia al monto de la carta fianza y al pago de comisiones de la esta, mas no al costo de su ejecución, como señala el Consorcio. Asimismo, corresponde indicar que, como parte de sus obligaciones, el Consorcio debía mantener vigentes las Cartas fianzas hasta la culminación del Contrato, que en el presente caso se realizó mediante el Laudo. Además, cabe indicar que la obligación de pagar por el mantenimiento de la carta fianza

también responde a la poca diligencia del Consorcio que tuvo durante el proceso de contratación, por lo cual, esta es responsable de los pagos de la carta fianza.

276. Por ello, no se acredita fehacientemente que haya existido un daño sobre este punto; por lo cual, no corresponde acoger dicho monto indemnizatorio.

Multa impuesta al Consorcio:

277. El Contratista exige el pago de S/ 421,265.48 como concepto de la multa impuesta por SERNANP, mediante la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, en la cual se le imputa la comisión de distintas infracciones.

278. Para resolver la presente controversia, en principio, corresponde citar el artículo 230 de la LPG, el indica lo siguiente:

“Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. (...)

10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.”

279. Conforme a lo señalado anteriormente, para la aplicación de una sanción se debe tener en cuenta los principios de “causalidad” y “culpabilidad”. Al respecto, la causalidad involucra lo siguiente:

“La doctrina nacional señala que este principio involucra el principio de personalidad de las sanciones, por el cual la asunción de la responsabilidad corresponde a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y, por tanto, no se puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Asimismo, implica que para la aplicación de la sanción resulta condición indispensable que la conducta del administrado satisfaga una relación de causa-efecto respecto del hecho considerado infracción; y que además, haya sido idónea para producir la lesión y no tratarse de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado”³²

Asimismo, la culpabilidad responde a lo siguiente:

“Como se puede apreciar, en aplicación del principio de culpabilidad, la responsabilidad administrativa tiene necesariamente carácter subjetivo, a excepción de los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. Ello implica que la entidad pública con potestad sancionadora se encuentra obligada acreditar la responsabilidad

³² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2017). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador, segunda edición, Lima, p. 25.

subjetiva (dolo o culpa) como elemento indispensable para la imputación de una infracción administrativa.

La doctrina señala que la exigencia de culpabilidad involucra la presencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo”³³.

“En ese sentido, «la culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible)”³⁴”

“(...) de dolo o culpa, según el cual no basta que el hecho sea materialmente causado por un sujeto para hacerlo responsable, sino que es necesario que haya sido querido (dolo) o se haya producido pese a haberse podido prever o evitar (culpa o negligencia)”³⁵”

280. De la aplicación del principio de causalidad, correspondería al Consorcio asumir la sanción impuesta en la resolución de SERNANP, puesto que dicha parte ejecutó las acciones pasibles de sanción, a menos que este no tenga “culpabilidad” en la infracción administrativa impuesta. Sobre la culpabilidad, tal como se señaló anteriormente, esta refiere a la existencia de dolo o culpa, entendiéndose la culpa como un actuar negligente.
281. Al respecto, en el presente caso, se aprecia que el Consorcio no tuvo un actuar diligente, puesto que no revisó que los documentos del proceso de selección se encuentren acorde a la normativa ambiental, pese a que ello no revestía de una alta complejidad, en tanto únicamente correspondía ver si los trazos del proyecto se encontraban aprobados por SERNANP; asimismo, tampoco tuvo un actuar diligente cuando “replanteo” los trazos de la obra, pues la normativa ambiental no permite realizar modificaciones al trazo aprobado por SERNANP.
282. Dicho actuar poco diligente contribuyó a que la obra fuera paralizada por SERNANP y que posteriormente se emitiera una multa por ello. Si el Consorcio hubiera revisado diligentemente los documentos del expediente técnico, hubiera podido advertir fácilmente los graves errores que este contenía. Por ello, al haberse comprobado que el Consorcio realizó las acciones pasibles de sanción y que este actuó negligentemente, correspondería que dicha parte asuma la sanción impuesta por SERNANP.
283. No obstante, es importante señalar que en la mencionada Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, se sanciona al Consorcio por lo siguiente:
 - **Modificar el uso del suelo sin autorización correspondiente:** Se indica que el Consorcio, a raíz de la ejecución de la obra, ha modificado el suelo del Parque Nacional Huascarán, causando la destrucción de la superficie de escorrentía

³³ *ídem, p. 27 - 28*

³⁴ BACA ONETO, Víctor (2012). *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano.* En: Diplomado de Derecho Administrativo Sancionador. Lima, 2012, p.11.

³⁵ *ídem*

natural, la fragmentación de la continuidad de ecosistema del bosque (ecosistemas muy frágiles, únicas y raros), y la alteración de la flora y el paisaje natural.

- **Destrucción o alteración de los ecosistemas:** Se indica que el Consorcio, a raíz de la ejecución de la obra, ha alterado la continuidad y sostenibilidad de los procesos naturales y de los ecosistemas, poniendo en riesgo la sostenibilidad de los ecosistemas; asimismo, se señala que dicho actuar ha causado la migración de especies por la pérdida de cobertura vegetal y ha afectado los procesos naturales por la fragmentación de los ecosistemas.
- **Realizar actividades orientadas a la habilitación de infraestructura sin contar con la opinión técnica vinculante:** Se indica que el Consorcio ejecutó la obra en un trazo que no contaba con la aprobación de SERNAMP.

De la revisión de la señalada Resolución, se aprecia que las mencionadas infracciones se originaron porque el Consorcio efectuó la obra en un trazo que no se encuentra acorde a lo aprobado por SERNANP; es decir, los daños ambientales sancionados se produjeron por la ejecución de la obra en un trazo distinto al aprobado por SERNANP.

Al respecto, de acuerdo a lo analizado anteriormente, los planos del trazo de la obra no fueron aprobados de acuerdo a lo indicado por SERNANP en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, por lo cual, por una deficiencia del expediente técnico, la obra habría sido ejecutada en un trazo no autorizado.

Asimismo, conforme lo señalado anteriormente, el Consorcio habría ejecutado el trazo de la obra conforme el expediente técnico, en tanto la modificación de los trazos del proyecto se realizó en base al requerimiento de la Entidad y fue aprobado por el supervisor de la obra.

Por ello, las alteraciones ambientales a las cuales hace referencia la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF se habrían originado por causa de la Entidad, en tanto esta no consideró en el expediente técnico los planos de la obra de acuerdo a lo indicado por SERNANP en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR.

284. Precisamente, bajo este contexto, el Consorcio solicita como indemnización el pago de S/ 421,265.48, que corresponde a la multa impuesta por SERNANP.
285. Ahora bien, de acuerdo a lo señalado al inicio del presente punto, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son: i) la Imputabilidad, ii) la ilicitud o antijuridicidad, iii) el factor de atribución, iv) el nexo causal y v) el daño.
 - a) **Respecto a la imputabilidad:** Por la claridad y falta de controversia que irradia este primer elemento, debemos señalar que tanto la Entidad como el Consorcio son plenamente imputables en tanto sujetos de derechos y obligaciones.
 - b) **Respecto a la ilicitud o antijuridicidad:** De acuerdo a lo señalado anteriormente, quedó comprobado que la Entidad no determinó de manera correcta su requerimiento, puesto que no adecuó los planos de la obra a lo

establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR, lo cual no solo contravendría el artículo 13 de la LCE y el artículo 11 del RLCE, sino también el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.

- c) **El factor de atribución:** La Entidad actuó con culpa grave (negligencia) al no adecuar los planos de la obra a lo establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR.
- d) **El daño:** En el presente caso, se aprecia un daño económico para el Consorcio, puesto que SERNANP le impuso una multa de S/ 421,265.48.
- e) **El nexo causal:** Se aprecia que existe un nexo causal entre la sanción impuesta al Consorcio (daño) y el actuar antijurídico de la Entidad, puesto que la sanción impuesta al consorcio se generó por ejecutar la obra en unos trazos no aprobados por SERNANP, lo cual es responsabilidad de la Entidad, en tanto esta no adecuó los planos de la obra conforme lo establecido en el Informe N° 001-2014-SERNANP-PNH/YMRR.

- 286. Entonces, de lo expuesto, se aprecia que se configuran los supuestos para que la Entidad indemnice al Consorcio.
- 287. No obstante, corresponde preguntarnos si la Entidad deberá indemnizar al Consorcio por todo el monto de la multa impuesta por SERNANP, que equivale a S/ 421,265.48, o solo por una parte. A nuestra consideración, no sería correcto indemnizar al Consorcio por la totalidad de la multa, puesto que dicha parte también es responsable de los daños ambientales causados en el Parque Nacional Huascarán y que conllevaron a la aplicación de la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, en tanto esta realizó las acciones pasibles de sanción y se aprecia que su actuar fue negligente (culpabilidad).
- 288. En ese sentido, considerando que tanto la Entidad como el Consorcio tuvieron responsabilidad en las acciones que desembocaron en la sanción económica impuesta en la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF, corresponde que el pago de la misma sea asumida en partes iguales por ambas partes. Por ello, corresponde que la Entidad indemnice al Consorcio con el pago de la mitad de la multa impuesta por SERNANP.
- 289. Por todo lo señalado, se declaran **FUNDADA EN PARTE** las presentes pretensiones interpuesta por el Consorcio en su demanda arbitral reformulada; por lo cual corresponde que la Entidad pague al Consorcio la suma de S/ 210,632.74 por el concepto de la multa interpuesta por SERNANP, previa verificación de que el Consorcio haya pagado a SERNANP la sanción económica impuesta en la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF.

IX.2.- COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL

- 290. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, disponen que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o

exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

291. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.
292. En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

Por lo que el Árbitro Único;

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio. Por ende, no corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz el Contrato.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADAS la primera y segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio. Por ende, corresponde declarar que el trazo del proyecto de obra, consignado en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 272-2014-MINAGRI-PSI, no es el trazo del proyecto de obra del Informe N° 001-2014 SERNANPPNH/MRR, aprobado por SERNANP.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada y la primera pretensión principal de la demanda del Consorcio. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de la resolución del Contrato efectuada mediante la Carta Notarial N° 033-2016- MINAGRI-PSI; asimismo, corresponde declarar resuelto el Contrato, sin culpa del Consorcio.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la reconvenCIÓN formulada por la Entidad. Por ende, no corresponde declarar válida ni eficaz la resolución del Contrato efectuada mediante la Carta Notarial N° 033-2016-MINAGRI-PSI.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la octava y novena pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada, y la tercera pretensión principal de la demanda del Consorcio. Por consiguiente, corresponde que el Consorcio exija la aprobación de las valorizaciones N° 3 y N° 4 en la vía correspondiente.

SÉPTIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE la cuarta y quinta pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada. Por ende, corresponde que el Consorcio presente los mayores gastos generales acreditados de las ampliaciones de plazo N° 1 y N° 2 ante la Entidad, conforme lo estableció en el artículo 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que, en caso existan controversias respecto a dichos gastos generales, la parte interesada podría recurrir a la vía arbitral.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADAS la sexta y séptima pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio. Por ende, no corresponde aprobar la ampliación de plazo N° 3, ni sus gastos generales.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda reformulada del Consorcio y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde ordenar que la Entidad pague al Consorcio la suma de S/. 210,632.74 por el concepto de la multa interpuesta por SERNANP, previa verificación de que el Consorcio haya pagado a SERNANP la sanción económica impuesta en la Resolución del Jefe del Parque Nacional Huascarán N° 016-2016-SERNANP-JEF.

DÉCIMO: ORDENAR que cada parte asuma sus propios costos incurridos en el presente proceso arbitral y en partes iguales los honorarios del Árbitro Único y Secretaría Arbitral.

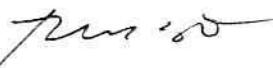
DÉCIMO PRIMERO: ESTABLECER los honorarios del Árbitro único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente establecidos.

DÉCIMO SEGUNDO: DISPONER que la Secretaría Arbitral cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes, dentro del plazo legal establecido, encargándosele asimismo la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas aplicables al presente caso.

DÉCIMO TERCERO: PROCEDA el Árbitro Único, a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE.

En caso exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, a solicitud simple del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del Árbitro Único, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de 10 días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello al Árbitro Único, en el mismo plazo.

Notifíquese a las partes,



ROBERTO REYNOSO PEÑAHERRERA
Árbitro Único