

Exp. Nro. 1960-360-18 | PUCP

CONSORCIO VIRGEN DEL CARMEN vs. PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, del Ministerio de Agricultura y Riego

DECISIÓN Nro. 10

Lima, 1 de julio de 2020

LAUDO DE DERECHO

Partes:

- CONSORCIO VIRGEN DE CARMEN, conformado por las empresas OIG CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., SERVICIOS VC PERÚ S.A.C. y CORPORACIÓN DE INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE INTERNACIONAL S.A.C. (en adelante, el CONSORCIO, el contratista o el demandante, indistintamente), y
- PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, AGRO RURAL, la entidad o el demandado, indistintamente).

Árbitro Único:

- Marco Antonio Ortega Piana, abogado, designado por la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO).

Secretaría arbitral:

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

VISTOS:

La Decisión Nro. 1, del 2 de abril de 2019, estableciendo, entre otros aspectos, que las reglas aplicables al presente proceso arbitral serán las del Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el REGLAMENTO ARBITRAL) y las contenidas en dicha Decisión.

La demanda presentada el 25 de abril de 2019 por el CONSORCIO contra AGRO RURAL, y el ofrecimiento de sus respectivos medios probatorios, los mismos que se acompañan como anexos del escrito de demanda, así como el escrito complementario presentado por el CONSORCIO el 2 de mayo de 2019.

La contestación de demanda presentada el 6 de junio de 2019 por AGRO RURAL, en la cual ofrece como medios probatorios a la demanda arbitral y sus anexos, así como la respectiva solicitud de arbitraje.

La determinación de las cuestiones controvertidas sometidas al conocimiento del Árbitro Único, conforme a lo enunciado en la Decisión Nro. 4, del 31 de julio de 2019.

El escrito presentado el 15 de octubre de 2019 por AGRO RURAL, por el cual ofrece nuevos medios probatorios documentales.

El acta de la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones del 16 de octubre de 2019, desarrollada con la participación de ambas partes. Se deja constancia que el audio de dicha audiencia fue grabado por el CENTRO, encontrándose bajo su custodia y responsabilidad.

El escrito presentado el 30 de octubre de 2019 por el CONSORCIO, expresando que realiza precisiones sobre los temas tratados con ocasión de la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, acompañando nuevos medios probatorios documentales.

El escrito presentado el 18 de noviembre de 2019 por el CONSORCIO, con relación al traslado del ofrecimiento de los nuevos medios probatorios de AGRO RURAL, absolviendo el respectivo trámite.

La Decisión Nro. 8, del 14 de enero de 2020, por la cual, entre otros aspectos, se admiten los nuevos medios probatorios ofrecidos por las partes, otorgándoseles el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus respectivos alegatos y/o conclusiones finales.

Los alegatos finales presentados por el CONSORCIO el 27 de enero de 2020, así como por AGRO RURAL el 28 de enero de 2020.

La Decisión Nro. 9, del 4 de febrero de 2020, por la que, entre otros aspectos, se declara finalizada la etapa probatoria y cerradas las actuaciones arbitrales, fijándose el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del REGLAMENTO ARBITRAL.

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

La reanudación de los plazos procesales arbitrales, a partir de la fecha, 1 de julio de 2020, conforme a lo dispuesto por el Centro en el "Protocolo de Atención de los Servicios

del CARC – PUCP en el marco del Estado de Emergencia por Covid – 19”, por lo que tratándose del presente caso arbitral se reanudó el cómputo del plazo para laudar.

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

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

ANTECEDENTES:

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

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

Sobre la relación contractual entre las partes

2. El 17 de octubre de 2017, como resultado de la buena pro otorgada en el proceso de selección que corresponde a la Adjudicación Simplificada Nro. 47-2017-MINAGRI-AGRO RURAL para la contratación del “Servicio de Descolmatación del Cauce del Río Chira desde Vista Florida hasta la Presa Poechos”, AGRO RURAL y el CONSORCIO celebraron, y suscribieron, el Contrato Nro. 083-2017-MINAGRI-AGRO RURAL (en adelante, el CONTRATO), por cuyo mérito, entre otros aspectos, las partes acordaron lo siguiente:
 - 2.1. El objeto del CONTRATO es el Servicio de Descolmatación del Cauce del Río Chira desde Vista Florida hasta la Presa Poechos, siendo el CONSORCIO el respectivo contratista.
 - 2.2. En la cláusula tercera del CONTRATO se establece que el monto contractual ascendía a S/. 22'038,459.55 (Veinte y dos millones treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve con 55/100 Soles), incluidos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, costos laborales conforme a la legislación vigente, lo establecido en el numeral 11.6 de los Términos de Referencia, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre la ejecución del servicio a prestarse.

En la señalada cláusula consta además el correspondiente desagregado del monto contractual.

- 2.3. De acuerdo a la cláusula quinta del CONTRATO, el plazo de ejecución contractual era de cuarenta y ocho (48) días calendario, computable desde el día siguiente de suscripción del CONTRATO, de acuerdo a la oferta y bases integradas.
- 2.4. Conforme a la cláusula décimo octava del CONTRATO, sólo en aquello que no estuviese previsto en el CONTRATO, en la Ley de Contrataciones del Estado (en lo sucesivo, la LEY), en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en lo sucesivo, el REGLAMENTO), en las directivas del OSCE y demás normativa especial que fuese aplicable, será de aplicación supletoria el Código Civil, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

Atendiendo a la fecha de celebración del CONTRATO, el REGLAMENTO corresponde al Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF, con las modificaciones introducidas por Decreto Supremo Nro. 056-2017-EF, publicado el 19 de marzo de 2017 y que entró en vigencia a los quince (15) días desde dicha publicación.

- 2.5. Por último, sobre la base de las disposiciones pertinentes de la LEY y del REGLAMENTO, en la cláusula décimo novena del CONTRATO se acordó que las controversias que pudiesen generarse entre las partes respecto del CONTRATO serían resueltas mediante arbitraje de derecho y de tipo institucional. Conforme a ello, el CONSORCIO ha recurrido al CENTRO para la solución de determinadas discrepancias generadas con AGRO RURAL con relación al CONTRATO.

Sobre la instalación del Árbitro Único

3. De acuerdo a lo previsto en la cláusula decima novena del CONTRATO, que se remite a lo que disponga el reglamento de la correspondiente institución arbitral en cuanto al número de árbitros, y habiéndose activado el mecanismo de solución arbitral de controversias por iniciativa del CONSORCIO, la Corte de Arbitraje del CENTRO designó al abogado Marco Antonio Ortega Piana como Árbitro Único, quien el 30 de enero de 2019 aceptó ejercer dicha función, lo cual fue comunicado ulteriormente por el CENTRO a las partes para los fines pertinentes.
4. Mediante Decisión Nro. 1, del 2 de abril de 2019, se abrió la etapa postulatoria del presente arbitraje institucional, de derecho, nacional.

SOBRE LAS POSTULACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Sobre la demanda interpuesta por el CONSORCIO contra AGRO RURAL:

5. De acuerdo al escrito de demanda del CONSORCIO, presentado el 25 de abril de 2019, suscrito por su representante legal común, señor Omar Iberico Grández, según representación acreditada en el expediente, se plantean las pretensiones siguientes:
 - 5.1. Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por AGRO RURAL mediante Carta Notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA de fecha 16 de julio de 2018, notificada el 19 de julio de 2018, mediante la cual -según sostiene- se resolvió ilegalmente al CONTRATO por un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales, afirmando que dicha medida contraviene lo establecido en la LEY y su REGLAMENTO.
 - 5.2. Se declare la validez y/o eficacia en todos sus extremos de la resolución de contrato formulada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, de fecha 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha a AGRO RURAL, resolución sustentada en incumplimiento de obligaciones esenciales, como es el pago de las valorizaciones.
 - 5.3. Se declare la aprobación y pago de la valorización y/o liquidación de cierre Nro. 09, presentada mediante carta Nro. 136-2018/CVC, por la suma de S/. 1,446,202.67 (Un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos dos con 67/100 Soles), más intereses a la fecha de pago, la cual se encuentra impaga a la fecha.
 - 5.4. Que se deje sin efecto la aplicación y/o imposición de las penalidades y se cancele al CONSORCIO el monto retenido y descontado ilegalmente por AGRO RURAL, ascendente a S/. 3,180,914.24 (Tres millones ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles), por ser contrario a las normas y carecer de sustento.
 - 5.5. Que se declare inaplicable y sin efecto lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, referente a la aplicación y/o imposición de "otras penalidades", por ser contrario a las normas, por no ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales.
 - 5.6. Que se determine si el CONTRATO es de obra o de servicio, y se aplique la normativa correspondiente.
 - 5.7. Que se determine que AGRO RURAL debe pagar los costos (honorarios de abogados) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de su pago.

Por último, el CONSORCIO deja constancia que otras reclamaciones y/o pretensiones podrán ser ampliadas en su oportunidad.

6. Dichas pretensiones, conforme al respectivo escrito de demanda, se sustentan en los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes que al efecto se enuncian, los mismos que serán referidos y evaluados en la parte pertinente de la presente Decisión, al analizarse cada extremo del indicado petitorio.

Sobre la contestación de demanda presentada por AGRO RURAL:

7. De acuerdo al escrito de contestación de demanda presentado el 6 de junio de 2019, AGRO RURAL, representado por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego, señor Reynaldo Patiño Fuertes, según representación acreditada en el expediente, solicita finalmente que se declare improcedente y/o infundada la respectiva demanda, desestimándose todas y cada una de las pretensiones interpuestas por el CONSORCIO.
8. Los respectivos fundamentos de hecho y de derecho que, al efecto se enuncian, serán referidos y evaluados por el Árbitro Único en la parte pertinente del presente Laudo.

Sobre la determinación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento arbitral:

9. Conforme a la Decisión Nro. 4, del 31 de julio de 2019, fueron determinadas las cuestiones sometidas al conocimiento y pronunciamiento del Árbitro Único, las que corresponden al petitorio contenido en el escrito de demanda del CONSORCIO, conforme a lo siguiente:
 - **Primera Cuestión Controvertida referida a la primera pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por AGRO RURAL mediante Carta Notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA de fecha 16 de julio de 2018, notificada el 19 de julio de 2018.
 - **Segunda Cuestión Controvertida referida a la segunda pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y/o eficacia en todos sus extremos de la resolución del CONTRATO formulada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, de fecha 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha a AGRO RURAL.
 - **Tercera Cuestión Controvertida referida a la tercera pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no la aprobación y el pago de la Valorización y/o Liquidación de Cierre Nro. 09, presentada mediante carta Nro. 136-2018/CVC, por la suma de

S/. 1,446,202.67 (Un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos dos con 67/100 Soles), más intereses a la fecha de pago.

- **Cuarta Cuestión Controvertida referida a la cuarta pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no que se deje sin efecto la aplicación y/o imposición de las penalidades y se cancele al CONSORCIO el monto retenido por AGRO RURAL, ascendente a S/. 3,180,914.24 (Tres millones ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles).
 - **Quinta Cuestión Controvertida referida a la quinta pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar inaplicable y sin efecto lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, referente a la aplicación y/o imposición de “otras penalidades”.
 - **Sexta Cuestión Controvertida referida a la sexta pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si el CONTRATO es uno de obra o de servicio, para que se aplique la normativa correspondiente.
 - **Sétima Cuestión Controvertida referida a la séptima pretensión principal de la demanda:** Que el Árbitro Único determine si AGRO RURAL deberá asumir o no los costos y costas derivados del presente proceso arbitral.
10. Con relación a dichas cuestiones controvertidas, el Árbitro Único se reservó el derecho de analizarlas en el orden que estime más conveniente para facilitar la resolución de la controversia, pudiendo inclusive omitir justificadamente pronunciarse sobre alguna de ellas si es que, del análisis correspondiente, llegase a la conclusión que carece de objeto un pronunciamiento sobre la misma.

ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE

11. Sobre la base de lo previsto en la Decisión Nro. 4, conforme a lo cual el Árbitro Único se reservó el derecho de analizar las materias controvertidas en el orden que resulte más conveniente para facilitar la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento y decisión, el Árbitro Único estima que, en primer lugar, corresponde identificar, calificar, cuál es la efectiva naturaleza del contrato celebrado entre las partes. Una vez identificado como contrato de obra o como contrato de (locación) de servicios, o lo que corresponda, se podrá entonces identificar cuál es el régimen legal que resulta aplicable, sea en términos de normas imperativas -que es lo más frecuente en el marco de la contratación administrativa-, o de reglas supletorias, de ser el caso.

Sobre la sexta pretensión principal de la demanda

12. Que se determine si el CONTRATO es de obra o de servicios, y se aplique la normativa correspondiente.
13. Lo señalado en el numeral 10 está relacionado a los procesos jurídicos de interpretación, calificación y ulterior integración contractual¹.
14. En términos sencillos, interpretar la declaración contractual implica determinar qué es lo que se representaron las partes. En palabras de calificada doctrina, la interpretación no es otra cosa que individualizar el correcto significado de los signos empleados por las partes, signos que, en principio, corresponden a lo declarado, a las palabras que componen el texto contractual. Se parte de lo declarado, de lo exteriorizado, para determinar finalmente qué es lo que se habría querido.
15. Calificar tiene otra connotación, porque se parte de la premisa que ya se identificó que es lo que se representaron ambas partes, por lo que se confronta, se compara, dicho contenido contractual concreto con el que corresponde a un tipo contractual abstracto, concluyéndose si coinciden o no, total o parcialmente.
16. Por último, habiéndose establecido, en vía de calificación, cuál es la real identidad o tipicidad del contrato celebrado, ello permite que la voluntad común se integre con la regulación normativa, sea que ésta opere de manera imperativa o supletoria, según corresponda. Esto último tiene particular relevancia en el ámbito privado, dado que las partes son las que definen el reglamento contractual, aplicándose supletoriamente la ley, a diferencia de la contratación administrativa, donde la regla es la aplicación imperativa antes que, la supletoria (principio de legalidad, asociado a su vez con la circunstancia que los agentes privados que contratan con el Estado deben adaptarse a las fórmulas y cláusulas predispuestas unilateralmente, a las que se someten voluntariamente), por lo que los márgenes de discrecionalidad son más reducidos o inexistentes².

Fundamentación por parte del CONSORCIO

17. Sobre la base de la definición de “Obra” contenida en el Anexo Único del REGLAMENTO, el CONSORCIO destaca que la obra corresponde a la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, lo cual requiere de dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

¹ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 431.

² MORÓN, Juan Carlos y AGUILERA, Zita. Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, págs. 26 a 33.

18. Conforme a lo anterior, el CONSORCIO expresa que si bien el CONTRATO es denominado como “Contratación del Servicio de Descolmatación del Cauce del Río Chira desde Vista Florida hasta la Presa Poechos”, lo cierto es que, conforme a los Términos de Referencia, su objeto era la ejecución de trabajos de excavaciones, movilización de tierras, equipos, dirección técnica, etc., para fines de la señalada descolmatación, de manera que siendo una actividad de obra, la normativa aplicable es la del contrato de obra, inclusive para fines de la resolución contractual.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

19. AGRO RURAL, en su contestación de la demanda, afirma que el objeto de la contratación realizada fue la ejecución de un servicio, conforme a las correspondientes bases estandarizadas, siendo que el proceso de selección se realizó a través de contratación directa, conforme a la LEY y el REGLAMENTO, toda vez que el respectivo servicio tenía la particularidad de ser de ejecución inmediata, necesaria e impostergable.

Análisis por parte del Árbitro Único

20. Siendo la contratación un vehículo o instrumento para fines del tráfico de bienes y servicios, los contratos pueden estar relacionados al intercambio de bienes (cosas y derechos) o de servicios (actividades). En el primer grupo se tiene, por ejemplo, a los contratos de compraventa, de arrendamiento, cesión de derechos, cesión el uso de marcas, etc., cuya nota común radica en que se contrata con relación a la obtención de un bien, a un “dar”, al margen que la adquisición sea permanente o temporal, onerosa o gratuita. Y en el segundo grupo se tiene a lo que se denomina el género de las prestaciones de servicios, contratos en los que interesa fundamentalmente la actividad, entre ellos, la locación de servicios, la obra, el mandato, el depósito, el secuestro, etc., cuya nota común radica, en general, en que se pretende obtener una determinada actuación, por más que la misma se relacione inclusive a un bien específico.
21. Dentro de la contratación relativa a las actividades, sean artesanales o empresariales, a los servicios en general, se tiene emblemáticamente dos modalidades: el contrato de locación de servicios y el contrato de obra. Se sostiene usualmente que, en la locación de servicios, el interés del acreedor radicaría en la actividad misma, en el “hacer”, por lo que la denominada *locatio conductio operarum* corresponde a una obligación de medios. En cambio, en la locación de obra, u obra, como es referida en nuestra legislación, *locatio conductio operus*, se suele postular que, si bien hay una actividad, el interés radicaría en lo que se obtiene (entrega) finalmente de dicha actividad, es un “hacer que culmina en un dar”, correspondiendo a una obligación de resultado.
22. El CONSORCIO requiere que se determine en sede arbitral si el CONTRATO celebrado es uno de servicios o uno de obra, postulando esto último; AGRO RURAL, por su parte, estima que se trata de un contrato de servicios. Esta última

afirmación resultaría reflejando, a criterio del Árbitro Único, una posición ambigua, dado que los servicios son el objeto de las prestaciones en general, siendo una modalidad concreta la locación de servicios. En materia de contratación pública, tanto la consultoría como la supervisión corresponden a actividades que se implementan sobre la base de un contrato de locación de servicios. Se entiende que, al contradecir la pretensión del CONSORCIO, que tipifica o asigna naturaleza de obra al CONTRATO, AGRO RURAL opondría la naturaleza o tipo negocial de la locación de servicios o, simplemente, de servicios.

Sobre esto último, en su escrito de alegatos presentado el 28 de enero de 2020. AGRO RURAL reitera que el objeto de la contratación fue la ejecución de un servicio, conforme a las bases estandarizadas, siendo que el procedimiento de selección se realizó a través de una contratación directa, siendo que el respectivo servicio tenía la particularidad de ser de ejecución inmediata, necesaria e impostergable.

El señalado argumento sigue a lo expresado literalmente en el CONTRATO; no obstante, habiendo un contencioso sobre la materia, hubiese sido conveniente que AGRO RURAL sustentase con mayor detalle por qué estima que el CONTRATO no es de obra, y sí de servicios, contradiciendo los argumentos expresados por EL CONSORCIO.

23. La relevancia de la tipificación del CONTRATO sería definir las reglas aplicables al mismo, en el marco de la LEY y del REGLAMENTO, integrándose las declaraciones que contiene.

El tipo contractual

24. De acuerdo a ROPPO³, *“El tipo contractual es un modelo de operación económica, actuada mediante contrato, notoria y difundida en la vida de relación”*, es la descripción del negocio específico celebrado. Conforme a ello, un acuerdo patrimonial que contenga la obligación de transferir la propiedad de un bien, contra un pago, será una compraventa o permuta; si el compromiso de pago es dinerario, será una compraventa. De no existir contraprestación alguna, de ser un compromiso gratuito, se estará frente a una donación. Si el compromiso asumido no es entregar en propiedad sino en uso temporal, el acuerdo será un arrendamiento o un comodato, según sea oneroso o gratuito, respectivamente. El tipo contractual es, en consecuencia, una descripción abstracta, una definición del negocio celebrado, sea social o legislativa.
25. Conforme a ello, sin afectarse su carácter vinculante, no hay mayor controversia que un contrato puede ser típico o no: estar descrito legislativamente o no, siendo que dicha descripción implica que se establecen las reglas aplicables al respectivo negocio, sea ello con carácter imperativo o no. En consecuencia, la

³ ROPPO, Vincenzo. Op. cit., pág. 393.

tipificación no se agota en una mera descripción, sino en una regulación específica.

La prestación de servicios como categoría contractual general

26. En defecto de reglas específicas en nuestro derecho administrativo, el artículo 1755 del Código Civil contiene, describe, el tipo legislativo de la prestación de servicios: *“Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente”*. Conforme a dicha definición, descripción o tipificación, la prestación de servicios puede ser tanto onerosa como gratuita, siendo que la ley sólo destaca que, por el mérito de dicho contrato, la prestación a ejecutarse puede consistir en: (i) “proporcionar servicios”, o (ii) “proporcionar los resultados de los servicios”.
27. En puridad, en el marco de la prestación de servicios, el prestador siempre se obliga a ejecutar una prestación de “hacer”; empero, no debe dejarse de considerar que, en las relaciones obligatorias con prestación de “hacer”, puede distinguirse dos situaciones distintas en razón del interés comprometido:
 - 27.1. Las que constituyen un “puro hacer”. Si bien la energía de la actividad y los recursos empleados están dirigidos a la obtención de un resultado, éste es mediato, por lo que no está en la obligación misma. Así, por ejemplo, en los servicios de patrocinio judicial que brinda un abogado, éste se obliga a actuar con un riguroso profesionalismo o suma diligencia, pero no a obtener una sentencia favorable. La actividad en sí es lo esencial, independientemente del resultado. No debe olvidarse que la prestación debe ser posible, en la esfera jurídica del deudor.
 - 27.2. Las que están encaminadas a la producción, a la obtención, de un determinado resultado:
 - a) Casos en que la prestación de “hacer” está dirigida a la transformación de la materia. Así, por ejemplo, la prestación de un carpintero en la construcción de un mueble. O la contratación de una empresa para la implementación de un puente. Lo que se pretende es una prestación de “hacer”, siendo el “dar” lo que permite concluir la actividad. La energía de la actividad y los recursos a emplear, todos, están dirigidos a la ejecución del “dar”. El resultado está en la obligación misma.
 - b) Casos en que la prestación de “hacer” no está dirigida a la transformación de la materia sino a la producción de una utilidad distinta de la cosa correspondiente. De haber una modificación, no será lo esencial, ya que es meramente instrumental para asegurar lo que se pretende. Así, por ejemplo, tenemos la prestación del servicio de reparación o mantenimiento, o el de limpieza. La energía de la actividad, y los recursos a los que se

recurra, nuevamente, están dirigidos a la obtención del resultado. En consecuencia, el resultado también está en la obligación misma.

28. Mientras que la primera situación es posible separar la actividad del resultado, en la segunda situación referida (en cualquiera de sus dos variantes) ocurre cosa distinta, actividad y resultado se confunden, se identifican. En el primer caso, el interés del acreedor se satisface por la mera actividad del deudor. En el segundo caso, dicho interés sólo se satisface por lo obtenido, no por la mera actividad.
29. Lo señalado precedentemente lleva a la clásica distinción entre obligaciones de medios (o de mera actividad) y de resultado (o de actividad calificada).

Las obligaciones de medios son aquellas en que la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor que permitirá satisfacer de manera mediata el interés del acreedor, esto es, el desarrollo de la conducta diligente del “hacer” está encaminado a conseguir el resultado previsto, lo posibilita, pero sin que dicho resultado esté *in obligatione*. En cambio, las obligaciones de resultado son aquellas en que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado que integra la prestación de “hacer” a su cargo, un resultado *in obligatione*. Por lo tanto, el cumplimiento de la obligación de medios radica en la actuación diligente; mientras que en la de resultado, radica en la producción del resultado comprometido (lo que muchas veces corresponde a un “dar”).

En palabras de FRANZONI⁴, la distinción entre medios y resultado no es relevante *“para definir el régimen de responsabilidad del deudor, de naturaleza objetiva en las obligaciones de resultado, y subjetiva en las obligaciones de medios, sino para establecer a qué cosa se encuentra obligado el deudor ...”*, esto es, qué se le puede exigir.

30. El Código Civil peruano, como la mayoría de códigos civiles, no regula específicamente la clasificación entre las obligaciones de medios o de mera actividad y las de resultado; empero, dicha clasificación sí se encuentra recogida a propósito del contrato de prestación de servicios y, de manera específica, es el elemento de distinción entre sus modalidades (subtipos): el contrato de locación de servicios y el contrato de obra. En términos sencillos, el género es la “prestación de servicios”, siendo sus especies, entre otras, la “locación de servicios” y la “obra”.
31. ¿Cómo se determina si un contrato con prestación de “hacer” corresponde a un régimen de medios o de resultado? La doctrina considera que hay que atender sucesivamente a los siguientes criterios⁵:

⁴ FRANZONI, Massimo. La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado, en: Themis, Revista de Derecho Nro. 38, Lima, 1998, pág. 84.

⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Las Obligaciones de actividad y de resultado. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 38 y ss. En la misma línea, LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. Contribución

El primero, es la voluntad de las partes. En el ejemplo anteriormente propuesto, servicios de patrocinio judicial, la regla es que el compromiso obligacional sea de medios, pero nada impide que las partes acuerden que sea de resultado, por lo que el deudor asume un riesgo adicional. Para identificar lo querido por las partes, se parte de calificar la denominación contractual empleada, pero debe incidirse fundamentalmente en los contenidos prestacionales, dado que, en aplicación del correspondiente brocardo jurídico, en derecho, la naturaleza de las cosas no se define por su nombre sino por su contenido.

El segundo criterio ha sido establecido por la doctrina y la jurisprudencia, el mismo que puede ser subjetivo u objetivo.

Así, en líneas generales, el carácter aleatorio del resultado (criterio objetivo) es el más invocado para identificar a la obligación de medios; en cambio, cuando el resultado es esperable o efectivamente obtenible, cuando debe ser alcanzado por el deudor con el empleo de los medios de los que dispone, o debería disponer, la obligación sería de resultado (criterio subjetivo).

Los contratos de locación de servicios y de obra – Diferencias

32. Se ha señalado que dos de las modalidades o subtipos de la prestación de servicios son la locación de servicios y el contrato de obra.
33. El artículo 1764 del Código Civil define, tipifica, a la locación de servicios: *“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*. La locación (de servicios), en consecuencia, se caracteriza porque genera una obligación de prestación de servicio de mera actividad, a cambio necesariamente de una contraprestación o pago, y aunque la ley no exige que sea dinerario (como en la compraventa), es lo más frecuente.
34. Por su parte, el artículo 1771 del Código Civil define al contrato de obra de la manera siguiente: *“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”*. La obra se caracteriza porque genera una obligación de prestación de servicio de actividad calificada, ejecución de una obra (con su ulterior entrega, dar), a cambio necesariamente de una retribución o pago. Aunque la ley no instituye que la retribución sea dineraria, es lo más frecuente.
35. ¿Qué distingue a ambas modalidades contractuales, que recaen sobre un compromiso oneroso de ejecutar una actividad, un “hacer”? De acuerdo a SOLÉ RESINA⁶, *“De entre todos los criterios distintivos propuestos por la doctrina y*

al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, en: Anuario de Derecho Civil, pág. 651.

⁶ SOLÉ RESINA, Judith. Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto. Pons, Madrid, 1997, pág. 14.

jurisprudencia, el que goza, en la actualidad, de mayor aceptación atiende al objeto de la obligación de hacer nacida del contrato y distingue si ésta compromete la prestación del trabajo en sí mismo considerado, no el resultado que produce (contrato de servicios), o si compromete el resultado sin consideración al trabajo que lo crea (contrato de ejecución de obra)". En palabras sencillas, en la locación de servicios, el prestador (locatario) se obliga a una actividad simple (un hacer, según hemos referido); y en la obra, el prestador (contratista) se obliga a un resultado, a una actividad calificada (un hacer que culmina, por lo usual, en un dar).

De acuerdo a la señalada autora española, la ejecución de una obra conllevaría la creación de una cosa corporal o incorporeal (cosa *ex novo*), fruto de la puesta en práctica de una determinada actividad encaminada a ella. El contrato de obra generaría una obligación con prestación de hacer a la que se suma o añade un dar, siendo que este dar es el resultado del hacer.

La indicada posición parece restringir la idea de la ejecución de la obra a la transformación de una cosa corporal o incorporeal. Frente a ello, probablemente resultaría más exacto lo señalado en el parágrafo 631 del Código Civil alemán (B.G.B.), en cuyo numeral 2 se enuncia que *"El objeto del contrato de obra puede ser la producción o la alteración de una cosa, o cualquier otro resultado producido por el trabajo o prestación de servicios"* (Lo subrayado es del suscrito). En consecuencia, se aprecia que en virtud del contrato de obra el contratista se obliga a "proporcionar el resultado de los servicios", lo cual no se limitaría a la producción o alteración de una cosa.

36. En nuestro medio, ARIAS SCHREIBER⁷ reseñando las diversas posiciones respecto a la distinción entre la locación de servicios y la obra señala: *"Pero recientemente ha surgido una tercera posición, distintas de las anteriores, cuya raíz se encuentra en el Código Civil italiano de 1942 y que, a nuestro entender, es la que ha sido recogida en el Código Civil peruano de 1984"*, agregando *"Su punto de partida está en la concepción del llamado appalto o contrata (artículos 1655 a 1677 del Código Civil italiano) en el cual la obra es tratada de un modo que calificaremos de preponderantemente "empresarial" y que tiene especial aunque no exclusiva incidencia en el área de la construcción. Como consecuencia de esta tesis, resultaría que todos los actos que antiguamente estaban considerados como locación de obra y que se caracterizaban por su carácter artesanal o individual pasarían a integrar la locación de servicios"*. Conforme a ello, en el caso de elaboración y entrega de un terno o de un mueble, por parte de un sastre o de un carpintero, respectivamente, habría un contrato de locación de servicios y no de obra. Y en el caso de la construcción de un edificio, sí se estaría ante un contrato de obra.

⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós. Comentarios al contrato de obra, en: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, tomo VI, compiladora Delia Revoredo de Mur. Okura Editores, Lima, 1985, pág. 460.

37. Si bien el Código Civil italiano distingue al contrato de *appalto* del contrato *di opera*, en función de la dimensión artesanal o empresarial, respectivamente, de quien ejecuta la prestación, lo cierto es que en ambos casos se está ante obligaciones de resultado, siendo que el producto de la actividad está en la identidad misma del contrato. En nuestro Código Civil, el contrato de obra presupone la ejecución de la actividad, tanto por una pequeña, mediana o gran empresa, siendo esto último irrelevante para la calificación jurídica del contrato celebrado.

Planteadas así las cosas, la efectiva naturaleza jurídica de un contrato no se define por su carácter artesanal o empresarial, sino por los alcances de la actividad comprometida, orientados a satisfacer el interés de quien encarga, esto es, de los “servicios” (tomando esta palabra en sentido lato, como género, no como especie).

38. De acuerdo a lo expuesto, retomando el criterio mayoritariamente aceptado en doctrina, de mediar una mera actividad, un mero servicio, el contrato será una locación de servicios (obligación de medios); empero, si dicha actividad o servicio culmina en un resultado a ser entregado, o que sea tangible, el contrato será de obra (obligación de resultado), en donde actividad y resultado se confunden.

Interpretación del CONTRATO

39. Ha sido ya manifestado que, interpretar la declaración contractual, implica determinar qué es lo que se representaron las partes atendiendo a lo declarado (artículo 1361 del Código Civil). Se parte de lo declarado, de lo exteriorizado, para determinar finalmente qué es lo que se habría querido, qué es lo que se representaron las partes. Queda entendido que, para efectos de la contratación administrativa, categoría a la cual está adscrito el CONTRATO, la declaración contractual no se agota en lo expresado en este último documento, sino que se extiende a un conjunto de documentos adicionales, entre ellos, los Términos de Referencia (en adelante, los TDR) contenidos en las correspondientes bases integradas.
40. Es así que el CONTRATO contiene, entre otras, las siguientes declaraciones, si bien predisuestas por AGRO RURAL en el marco del respectivo proceso de selección, pero finalmente aceptadas por el CONSORCIO, por lo que dichas declaraciones corresponden a la común voluntad.
- 40.1. La cláusula segunda del CONTRATO se limita a expresar que su objeto consiste en la contratación del servicio de descolmatación del cauce del río Chira, desde Vista Florida hasta la presa Poechos. Se advierte que, antes que una descripción de aquello en lo que radica o consiste el objeto, esto es, el contenido de las obligaciones asumidas, el artículo en cuestión hace un mero enunciado general del objeto, el mismo que se podría limitar a un solo término: descolmatación. El objeto del CONTRATO

radica en que el CONSORCIO ejecute, a favor de AGRO RURAL, la descolmatación del cauce del río Chira en cierto tramo o sector. Al ser la descolmatación una actividad, se trataría (en condicional), en general, tomando una expresión lata, de la contratación de un servicio.

- 40.2. La cláusula tercera del CONTRATO ya no refiere al objeto sino al monto contractual, pero más allá de destacar que el monto contratado asciende al total de S/. 22'038,459.55 (Veinte y dos millones treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve con 55/100 Soles), incluidos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, costos laborales conforme a la legislación vigente, lo establecido en el numeral 11.6 de los Términos de Referencia, así como cualquier otro concepto, lo interesante radica en la descripción de "las actividades que se han contemplado en el presente servicio", servicio que es la descolmatación.

Es así que, con la indicación adicional de los precios unitarios correspondientes y del precio total por cada descripción (todo lo cual es considerado como costo directo), a lo cual se le añade luego determinadas sumas por gastos generales, utilidad e I.G.V., tenemos el cuadro siguiente:

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 22, 038,459.55 (Veintidós millones treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve con 55/100 soles) que incluye todos los impuestos de Ley, de acuerdo a las siguientes actividades que se han contemplado en el presente servicio:

N°	DESCRIPCIÓN	UNID.	METRADO	PRECIO UNITARIO S/	PRECIO TOTAL S/
A	Elaboración de Ficha Técnica de Prevención (FTP)	Unid.	1		807,655.16
B	Ejecución de las actividades:				
B.1	Trabajos preliminares:				
	Caseta de guardiana y almacén	Gib	1.00	20,000.00	20,000.00
	Cartel de identificación de la actividad	Unid.	3.00	1,314.44	3,943.32
	Movilización y desmovilización de maquinaria	Gib.	1.00	10,970.80	10,970.80
	Habilitación del camino de acceso	Km.	2.50	4,737.45	11,843.63
	Replanteo del trazo	Km.	14.71	1,457.57	21,440.85
	Control Topográfico	Km.	14.71	1,304.27	19,185.81
B.2	Movimiento de Tierras:				
	Descolmatación material seco arenoso	m3	4'679,000.00	3.46	16,189,340.00
	Conformación de bordo c/material de corte	m	29,420.00	0.95	27,949.00
	Costo directo:				16'304,673.41
	Gastos generales:				1,304,373.87
	Utilidad:				383,159.83
	Sub total:				17'992,207.11
	IGV:				3'238,597.28
	Total (B.1 + B.2):				21'230,804.39
MONTO TOTAL (A + B):					22,038,459.55

Este monto comprende el costo del servicio, todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como lo establecido en el numeral 11.6 de los Términos de Referencia, y cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre la ejecución del servicio materia del presente contrato.

Del mismo se aprecia que, de un lado, el CONTRATO contiene dos grandes rubros: A. Elaboración de Ficha Técnica de Prevención (FTP) y B. Ejecución de las actividades, siendo que estas última se desagregan en: B.1 Trabajos preliminares y B.2 Movimiento de tierras. En cada una de las dos actividades desagregadas, consta los diversos ítems comprometidos. Resulta interesante destacar que en el subrubro B.2, el ítem sobre “Descolmatación material seco arenoso” asciende nada menos que a S/. 16’189,340 sobre un total general de S/. 17’992,207.11, al cual agregándosele el I.G.V. arroja S/. 21’230,804.39. Si a este monto se le suma S/. 807,655.16 (que es el importe por el desarrollo del rubro A), ello lleva a la suma del monto total del contrato.

Las señaladas cifras permiten dimensionar numéricamente el valor asignado a la actividad misma de descolmatación con relación a otros conceptos considerados en el señalado cuadro, ello sin dejar de destacar la diferente manera de estructurar los precios (régimen mixto según se referirá posteriormente).

Y de manera adicional, merece también advertirse a la descripción de las actividades consideradas dentro del rubro B (Ejecución de las actividades): Caseta de guardianía y almacén, carteles, movilización y desmovilización de maquinaria, habilitación de camino de acceso, replanteo del trazo, control topográfico, y descolmatación material seco y conformación de bordo con material de corte. Actividades todas ellas asociadas a trabajos de excavaciones, movilización, uso de maquinarias y equipos, etc., para ejecutar la descolmatación contratada.

- 40.3. La cláusula cuarta del CONTRATO, sobre pago del monto contractual, diferencia claramente los dos rubros de actividades. Tratándose de la “Elaboración de la Ficha Técnica de Prevención Definitiva (FTP)” la contraprestación sería honrada mediante un pago único. Y por el rubro de “Ejecución de las actividades”, se pagaría quincenalmente según avances correspondientes al cronograma de ejecución de las actividades presentados en el informe quincenal correspondiente.

Aunque no es denominado como tal, este último pago fraccionado, según avances efectivos en función a un cronograma de ejecución de las actividades, es una forma de pago semejante al de las valorizaciones quincenales contenida en la regulación de obra pública, siendo pagos a cuenta (concepto este último referido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO).

- 40.4. La cláusula décima del CONTRATO regula lo relativo a la conformidad e la prestación del servicio, haciendo referencia al artículo 143 del REGLAMENTO, estableciendo que ello será competencia de la Dirección

de Infraestructura Agraria y Riego de AGRO RURAL, previa conformidad emitida por la Supervisión.

40.5. La cláusula duodécima del CONTRATO, por su parte, regula lo concerniente a la responsabilidad por defectos o vicios ocultos, haciendo referencia a los artículos 40 de la LEY y 146 del REGLAMENTO, estableciéndose el plazo máximo de exigibilidad en un (1) año de otorgada la conformidad por la ENTIDAD.

40.6. Tratándose de la cláusula décimo tercera del CONTRATO, merece destacarse los diversos supuestos identificados para la aplicación de “otras penalidades”, entre ellos: la falta de cumplimiento del personal ofrecido en la propuesta, el no proveer la maquinaria ofrecida en la propuesta, que el personal del contratista no cuente con los equipos o implementos de seguridad exigibles, ausencia del director técnico en el lugar de prestación de la actividad, la falta de reporte de accidentes de trabajo, incumplimiento de medidas de seguridad y señalización, y por reemplazar al ingeniero director técnico propuesto en el período comprendido entre la firma del contrato y el 50% del plazo de ejecución transcurrido.

En dicha cláusula se establece claramente la manera de liquidar las respectivas penalidades, la manera de hacerlas efectiva y las consecuencias legales en caso se alcance el máximo permitido.

40.7. La cláusula décimo cuarta del CONTRATO regula lo relativo a la resolución (extinción), remitiéndose a los artículos 32 y 36 de la LEY y 135 del REGLAMENTO.

40.8. Y la cláusula décimo séptima del CONTRATO refiere al artículo 7 de la Ley Nro. 30556, “Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la reconstrucción con cambios”.

41. Con fecha 15 de octubre de 2019, AGRO RURAL presentó nuevos medios probatorios, entre ellos, los TDR, los mismos que en el numeral 6, sobre “Descripción y Características del Servicio”, destacan los contenidos de la “Elaboración de Ficha Técnica de Prevención (FTP)” y de la “Ejecución de Actividades”, destacando que la descolmatación a ejecutar por una longitud aproximada de 14.71 Km. consistirá “... *la excavación, extracción o eliminación del material existente o de acarreo que se ha depositado o sedimentado en el cauce de río, con maquinaria pesada para el arrimado del material sedimentado o excavado hacia las márgenes derecha e izquierda desde el eje del río, en una distancia mínima de 50 ml. respectivamente*”.

Asimismo, tratándose del servicio contratado, el numeral 7, sobre “Sistema de Contratación” establece que la contratación será bajo un sistema de precio mixto:

suma alzada para la elaboración de la FTP y precios unitarios para la ejecución de las actividades (descolmatación, propiamente dicha).

De otro lado, en el numeral 11 (“Obligaciones del Proveedor”) de los TDR, subnumeral 11.3 (“Del Proveedor”), se establece que el proveedor del servicio debe ser, entre otros aspectos, una persona jurídica “... *Con experiencia en trabajos de movimientos de tierras y/o enrocados y/o drenes, que haya ejecutado con maquinaria pesada en servicios similares, tales como: Construcción, ampliación, remodelación, rehabilitación y/o mejoramiento o la combinación de estas u otra denominación, de obras hidráulicas que contengan cualquiera de los siguientes componentes: Servicios o Actividades de limpieza y/o protección y/o descolmatación de cauces de ríos y/o de quebradas. Diques de encausamiento. Canales y/o túneles de conducción o derivación. Defensas ribereñas. Espigones y/o de presas*”.

42. De acuerdo a los pactos contractuales referidos, entre ellos, los acuerdos sobre vicios ocultos, otras penalidades, etc., todo ello permite inferir que las partes se representaron razonablemente que se estaba contratando para alcanzar un determinado resultado, identificándose la actuación con el resultado mismo, siendo que la obtención del mismo es lo que permitiría satisfacer el interés de AGRO RURAL. Si a ello se suma el marco legal de la contratación, o los contenidos de los TDR, se aprecia que las partes se representaban la contratación de servicios (tomado este término en sentido lato) para la ejecución fundamental de una obra.
43. Es así que, conforme destaca este Árbitro Único, se aprecia el régimen de precios unitarios para la “Ejecución de Actividades”, los contenidos de las descripciones que corresponden a esta última, la forma de pago (valorizaciones quincenales, aunque no sea denominado así), el rol y competencia de la supervisión (tanto en los TDR como en el CONTRATO mismo), las exigencias o requisitos que debe satisfacer el contratista (denominación propia de quien presta el servicio de obra), etc.

Calificación del CONTRATO

44. Es manifiesto que, más allá de los términos empleados, las partes del CONTRATO se representaron que este último tenía un gran, un enorme componente, de actividades de obra, actividades de resultado tangible, la descolmatación del cauce del río Chira en cierto sector o tramo delimitado, pactándose que la contraprestación estaría sujeta al régimen de precios unitarios.
45. Merece destacarse que, conforme al numeral 7.1, del artículo 7 de la Ley Nro. 30556, vigente a la fecha de convocatoria al respecto proceso de selección y a la fecha de celebración del CONTRATO, norma legal referida en los TDR, establecía lo siguiente:

*“Se autoriza a las entidades involucradas en esta Ley y únicamente para cumplir sus objetivos y finalidades, a realizar las contrataciones de bienes, servicios, **obras** y consultorías conforme a la Adjudicación Simplificada prevista por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sin que resulte aplicable el límite fijado para dicha modalidad en las Leyes de Presupuesto. El plazo máximo desde la etapa de formulación de consultas y observaciones hasta la resolución por parte de la entidad, en caso corresponda, no deberá exceder los treinta (30) días hábiles. **Asimismo dispóngase que para la ejecución de obras públicas es aplicable la modalidad de ejecución contractual Concurso Oferta bajo el Sistema de Precios Unitarios, el mismo que implica la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra por parte del contratista. Para este caso, la entidad correspondiente debe emitir previamente el informe técnico que sustente la contratación bajo dicha modalidad. Deben privilegiarse los procesos de contrataciones que incorporen más de un ítem de la misma naturaleza o contrataciones que permitan una oferta integral de servicios de infraestructura pública”.***

El texto destacado con negrita es del suscrito.

46. Conforme a los contenidos negociales del CONTRATO, a lo previsto en su oportunidad en los TDR, enmarcados en los términos de la Adjudicación Simplificada Nro. 47-2017-MINAGRI-AGRO RURAL, corresponde concluir que en razón de su modalidad de ejecución, el CONTRATO es esencialmente uno de obra, cuyo contenido es de obligaciones de resultado, ya que la actividad del CONSORCIO, la energía de la actividad y los recursos a ser empleados, todos ellos, están encaminados finalmente a la producción u obtención de un determinado resultado tangible: la descolmatación del río Chira en cierto sector identificado por el titular del interés a satisfacerse: AGRO RURAL.
47. Siendo que el CONTRATO tiene por objeto la descolmatación del cauce del río Chira en cierto sector, debe destacarse que dicha actividad radica en una limpieza de los fondos fluviales para retirar o extraer residuos sólidos acumulados. Dicha actividad corresponde a una prestación de “hacer”, aunque es cierto que no se aprecia que dicha actividad culmine en un “dar”, como producto de la actividad, al no haber la entrega de una cosa o bien.

Sin embargo, conforme ya fue destacado en su oportunidad al tratar sobre los alcances de las modalidades de las prestaciones de servicios, existen encargos negociales en los que la prestación de “hacer” no está dirigida a la transformación de la materia (la generación de algo nuevo, de una cosa *ex novo*) sino a la producción de una utilidad distinta de la cosa correspondiente.

Es así que se hizo referencia a los servicios de reparación, mantenimiento y limpieza. La energía de la actividad, y los recursos materiales y humanos exigidos y empleados, están todos ellos dirigidos a la necesaria obtención del

resultado. Siendo que la descolmatación no es otra cosa que el proceso de limpieza del cauce de un río, extrayendo, retirando los residuos sólidos acumulados en su fondo, es manifiesto que el resultado (cauce limpio) está, se identifica, con la obligación misma (limpieza).

48. Siendo así, el servicio encargado mediante el CONTRATO, aunque no haya sido denominado como tal, no es sino una ejecución de obra (al menos de la mayor parte de su contenido), lo cual es además consistente con la descripción de actividades que radican en la obra conforme a la definición contenida en el REGLAMENTO, a lo establecido en los TDR, y al marco legal bajo el cual se celebró la respectiva contratación, Ley Nro. 30556 (desarrollo de un proceso de selección bajo el régimen de adjudicación simplificada, para fines de una ejecución contractual bajo el régimen de Concurso Oferta bajo el sistema de precios unitarios), sin perjuicio de considerar que las empresas que conforman el CONSORCIO, personas jurídicas, a las que seleccionó y con las que contrató AGRO RURAL, no son empresas consultoras ni de supervisión, sino contratistas, dedicadas a la ejecución de obras.

Integración del CONTRATO

49. Habiéndose calificado que el CONTRATO es esencialmente uno de obra, resultan siendo aplicables, en lo que resulten pertinentes, las respectivas normas de la LEY y del REGLAMENTO, en particular tratándose del régimen sobre resolución por incumplimiento para fines del presente contencioso entre las partes, máxime cuando se considera la situación de ejecución prestacional correspondiente.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

50. Por las consideraciones expresadas, debe concluirse que la efectiva y esencial naturaleza jurídica del CONTRATO es la de una prestación de servicios bajo la modalidad de obra, debiéndose aplicar la normativa correspondiente, en lo que resulte pertinente. En dicho sentido, corresponde declarar FUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda.

Primera pretensión principal de la demanda

51. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución administrativa del CONTRATO, contenida en la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018, notificada el 19 de julio de 2018, por un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales, afirmando que dicha resolución es ilegal, encontrándose en contravención de la LEY y del REGLAMENTO.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

52. El CONSORCIO, conforme a su escrito de demanda, sustenta principalmente esta pretensión en los hechos y argumentos que se exponen resumidamente a continuación:

52.1. Mediante carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRO RURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 23 de marzo de 2018, *in fine*, AGRO RURAL expresó que, habiendo culminado el servicio, se le presente la correspondiente liquidación, lo cual era consistente con lo expresado por la Supervisión, la misma que mediante carta Nro. 05-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRAJA/JAAS, requirió la entrega del Cuaderno de Ocurrencias Nro. 1 para complementar el Informe Final y el expediente de Liquidación del Servicio. En consecuencia, ejecutado el CONTRATO, su estado era el de liquidación.

52.2. No obstante lo anterior -siguiendo la narrativa del CONSORCIO-, quebrantando la buena fe y de manera contraria a sus actos propios, mediante carta Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018, AGRO RURAL procedió a resolver ilegalmente al CONTRATO, aduciendo supuestos incumplimientos, pese a que formal y legalmente ya había señalado que el mismo había sido culminado por el CONSORCIO. En consecuencia, el acto administrativo de resolución está viciado de nulidad, por lo que se solicita que se declare su nulidad e ineficacia.

52.3. El CONSORCIO destaca que la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, contiene un requerimiento genérico, siendo que no precisa con claridad cuáles serían las prestaciones a ser cumplidas, transgrediéndose lo establecido en el artículo 136 del REGLAMENTO, destacando que la comunicación se efectúa como consecuencia que el CONSORCIO solicitaba de manera reiterada el cumplimiento de las obligaciones esenciales de AGRO RURAL.

Conforme a ello, dicha carta de requerimiento es nula, por lo que siguiéndose lo establecido en el numeral 13.1 el artículo 13 de la Ley Nro. 27444 (“La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él ...”), y siendo dicha requerimiento un requisito para el acto de resolución, la pretendida resolución administrativa es nula.

52.4. Se destaca adicionalmente por el CONSORCIO que la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018, hace mención a incumplimientos contractuales que no estuvieron contenidos en la carta notarial de apercibimiento antes referida, sin

perjuicio que era ambigua por no precisarlos, lo cual también deriva en su nulidad e ineficacia.

53. Conforme a lo anterior, se aprecia que la pretensión del CONSORCIO reposaría al menos en tres argumentos: (i) La prestación del servicio contratado ya había concluido, conforme a lo estimado por la propia AGRO RURAL, por lo que correspondía proceder a la respectiva liquidación, siendo que, al haber concluido la prestación comprometida, ya no era posible resolver por incumplimiento. (ii) Siguiendo a lo anterior, la resolución administrativa deviene en nula, no surte efectos, ya que la propia AGRO RURAL había reconocido que el CONTRATO había quedado culminado. (iii) Existencia de defectos de contenido, tanto en la carta de resolución (que se sustentaría en incumplimientos no invocados oportunamente), como en la carta previa de requerimiento (al no precisar los pretendidos incumplimientos).

Contradicción por parte de AGRO RURAL

54. AGRO RURAL destaca que, el CONSORCIO dio inicio al servicio contratado un día después de celebrado el CONTRATO, esto es, a partir del 8 de octubre de 2017, siendo que de acuerdo a su oferta técnica y económica se comprometió a ejecutar el servicio en cuarenta y ocho (48) días calendario, a pesar que el plazo referencial previsto en las bases administrativas era de setenta y tres (73) días calendario, siendo que también ofertó ejecutar la actividad con once (11) tractores de orugas con ripper adicionales. Tanto en las bases administrativas como en el CONTRATO se establecieron penalidades específicas en caso el contratista incumpliese sus diversas obligaciones contractuales.
55. AGRO RURAL refiere que el contratista (así se refiere al CONSORCIO) incurrió en una serie de retrasos desde el inicio del servicio, específicamente en la elaboración de la Ficha Técnica de Prevención (parcial y definitiva) y en proveer la maquinaria ofertada. Es así que, mediante Informe Técnico Nro. 013-2017-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS del 30 de noviembre de 2017, se pone en conocimiento de AGRO RURAL la ausencia del responsable de seguridad y salud y el incumplimiento de presentación de los documentos del sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo. Mediante Informe Técnico Nro. 028-2017-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS del 7 de diciembre de 2017, se pone en conocimiento de la entidad, AGRO RURAL el estado situacional del servicio contratado; se comunica -a los cuatro (4) días de terminado el plazo contractual-, el estado de ejecución de la actividad concluyendo -entre otros aspectos- el retraso en la fecha de inicio, toda vez que el jefe de proyecto no tomaba en consideración las recomendaciones para subsanar las observaciones a la ficha técnica de prevención, la falta de apoyo del material clave ofertado, así como las continuas ausencias del jefe de proyecto. Y mediante Informe Técnico Nro. 037-2017-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS del 18 de diciembre de 2017, se pone en conocimiento de AGRO RURAL su incumplimiento de obligaciones, el estado situacional y la aplicación de penalidades, recomendando la retención de S/. 4'326,926.39 por dicho concepto,

destacándose que el contratista no muestra ni acredita la firme convicción de concluir satisfactoriamente los servicios contratados, recomendándose la resolución por incumplimiento de obligaciones, así por haberse superado el monto máximo por penalidades.

56. En atención a lo anterior, mediante carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, se requirió al contratista, el CONSORCIO, el cumplimiento de sus obligaciones, haciéndose la referencia al: (i) Atraso en la ejecución del servicio de descolmatación, (ii) Incumplimiento con proveer el personal ofertado, (iii) Incumplimiento con proveer la maquinaria ofertada, y (iv) Incumplimiento en la entrega de informes solicitados.
57. Al respecto -según prosigue explicando AGRO RURAL-, el CONSORCIO mediante carta notarial Nro. 001-2018/CVC del 26 de enero de 2018, pretendió justificar su retraso en una supuesta demora de la Administración Local de Agua del Chira – Autoridad Nacional del Agua, conforme a lo cual no se le permitió iniciar actividades antes del 27 de diciembre de 2017. Empero, según destaca AGRO RURAL, lo cierto es que el CONSORCIO no se ajustó al procedimiento regular de una ampliación de plazo, sustentándolo y justificándolo, lo cual no fue materia de aprobación administrativa.
58. AGRO RURAL destaca que el CONSORCIO se demoró sesenta y seis (66) días calendario en la elaboración de la Ficha Técnica de Prevención (parcial y definitiva) hasta su aprobación, cuando debía haberla elaborado en veintiún (21) días calendario conforme a su propia oferta, retraso de su absoluta responsabilidad. Lo mismo ocurrió para la ejecución de la actividad (descolmatación), iniciada el 11 de noviembre de 2017 y paralizada el 21 de febrero de 2018, fecha en la que se había alcanzado apenas el 54.68% de la ejecución física del servicio.
59. Mediante carta Nro. 197-2018-MINAGRI-AGRO RURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR del 3 de marzo de 2018, se requirió al contratista el inmediato cumplimiento de las obligaciones a su cargo, para cumplir con las metas de ejecución del servicio, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades correspondientes, conforme al CONTRATO y a la normatividad que rige a las contrataciones estatales. Frente a ello, y subsistiendo el incumplimiento de obligaciones, mediante carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 18 de julio de 2018, se resolvió administrativamente el CONTRATO al CONSORCIO, siendo los principales incumplimientos imputados los siguientes: (i) Incumplimiento de ejecutar el servicio de descolmatación, (ii) Incumplimiento con proveer el personal ofertado, (iii) Incumplimiento con proveer la maquinaria ofertada, y (iv) Incumplimiento en la entrega de informes referidos al personal de seguridad, plan de salud y seguridad ocupacional dentro del plazo. En adición a ello, AGRO RURAL destaca que el contratista llegó a acumular el monto máximo de penalidades,

tanto por mora como por otros conceptos, superando el límite máximo establecido en la normativa de contratación pública.

AGRO RURAL postula que debe desestimarse esta pretensión demandada, declarándose infundada.

60. Conforme a lo anterior, se aprecia que AGRO RURAL estima que la resolución comunicada mediante carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA, del 18 de julio de 2018, cumple con las exigencias de legitimidad y procedimiento correspondientes, conforme a la normativa sobre contrataciones del Estado, imputando determinados incumplimientos que el CONSORCIO no habría subsanado. Además, AGRO RURAL destaca que el CONSORCIO acumuló el monto máximo por penalidades, tanto por mora como por otros conceptos, con los efectos correspondientes.

Análisis por parte del Árbitro Único

61. Dado que el presente proceso arbitral es de derecho, y siendo que en materia de contratación pública existe una regulación que debe ser observada rigurosa y necesariamente por las partes contratantes, el Árbitro Único estima pertinente destacar el régimen legal sobre resolución por incumplimiento del contrato de obra. Para ello es pertinente remitirnos tanto a las disposiciones pertinentes de la LEY como del REGLAMENTO.

El artículo 135 del REGLAMENTO dispone de manera específica lo siguiente:

“135.1 La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 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 la situación.*

135.2 El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no se imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato”.

62. Se aprecia que, conforme a lo expresado por AGRO RURAL, dos de las tres causales señaladas en el REGLAMENTO, serían pertinentes al caso, las mismas que fueron invocadas por dicha entidad para extinguir administrativamente al CONTRATO. En primer lugar, incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales a cargo del contratista, pese a haber sido requerido para ello. Y, en segundo lugar, el hecho que se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora y de las penalidades por otros conceptos, en la ejecución de la prestación a su cargo.
63. De acuerdo al CONSORCIO la resolución administrativa no era posible porque mediante carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 23 de marzo de 2018, *in fine*, la propia AGRO RURAL había expresado que, habiendo culminado el servicio, se le presente la correspondiente liquidación (del contrato); en consecuencia, la señalada resolución contraviene la buena fe, actuando AGRO RURAL de manera contraria a sus actos propios. El CONSORCIO también invoca la existencia de defectos de contenido, tanto en la carta de resolución (que se sustentaría en incumplimientos no invocados oportunamente), como en la carta previa de requerimiento (al no precisar los pretendidos incumplimientos).

Adviértase que el CONSORCIO no cuestiona propiamente las causales de incumplimiento invocadas por AGRO RURAL para resolver administrativamente, sino que incide en aspectos formales, lo cual se tendrá en consideración en lo que corresponda.

Tratándose de la causal relativa a las penalidades, el CONSORCIO cuestiona las circunstancias de su devengo, destacando que las mismas no son objetivas, razonables, congruentes y proporcionales.

64. ¿Qué es lo que AGRO RURAL expresó en la parte final de la carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, recibida por el CONSORCIO el 24 de marzo de 2018, dado que el CONSORCIO invoca dicha declaración para impugnar la resolución administrativa?

En la parte final de dicha declaración, se aprecia que AGRO RURAL expresa lo siguiente: *“Cabe mencionar a su representada que habiendo culminado el Servicio el 21 de febrero de 2018, entregue a la Entidad el Expediente de Liquidación de la Actividad para lo cual se le adjunta los formatos respectivos en medio magnético”*.

65. De acuerdo al CONSORCIO esa declaración evidencia que el CONTRATO había sido culminado, por lo que no resulta posible resolver posteriormente un contrato ya finalizado; siendo que, al hacerlo, se vulnera el principio rector de la buena fe, siendo que dicha actuación va contra los actos propios. AGRO RURAL no presenta propiamente un descargo frente a este argumento del CONSORCIO, entendiéndose que se remite a las causas que sustentarían la resolución administrativa del CONTRATO.

Sin embargo, debe considerarse que la relación contractual existe desde la celebración misma del contrato hasta que se apruebe la correspondiente liquidación, siendo que el plazo de ejecución de las actividades contratadas, de la obra en sí, está adscrito a dicha vigencia contractual. En otras palabras, un tema es el vínculo o relación contractual, y otro tema es lo relativo al período pactado de ejecución material de la obra. Un contrato puede surtir efectos de inmediato, y obliga desde dicho momento; empero, la obra debe ejecutarse dentro de cierto plazo, cuyo inicio de cómputo está sujeto a ciertos requisitos, dependiendo de las circunstancias. Además, debe considerarse que una liquidación no se identifica necesariamente con una oportuna y satisfactoria ejecución de la obra, dado que podría liquidarse la misma en un contexto de ser exigible responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Cuando se aprueba finalmente la liquidación, y se cierran las cuentas, debe entenderse que queda naturalmente extinguida la relación contractual que sostuvieron las partes, haya sido ejecutada totalmente o no.

66. Además, cabe cuestionarse si el uso de la expresión “habiendo culminado el Servicio” hace una simple referencia a que ya no se realizan labores, de obra, o si es que la misma significa que dichas actividades han concluido satisfactoriamente. A juicio del Árbitro Único, atendiendo a los antecedentes de dicha declaración, la culminación mencionada sólo significa que AGRO RURAL da como un hecho cierto que las actividades de descolmatación han cesado, han finalizado, han concluido, esto es, que el CONSORCIO ya no prosigue realizando actividades. En efecto, conforme se analizará más adelante, para AGRO RURAL las actividades contratadas fueron ejecutadas por el CONSORCIO hasta el 21 de febrero de 2018, haciendo luego abandono de obras, sin haber concluido la descolmatación, de manera que las actividades cesaron, concluyeron, culminaron en dicha fecha, lo cual no significa que el contratista las haya ejecutado regularmente, completado, lo que debió cumplir.

Siendo así las cosas, subsistiendo el vínculo contractual, es manifiesto que el mismo era susceptible de ser resuelto, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales y/o contractuales correspondientes, tanto formales como materiales o sustantivas.

67. Por lo tanto, el argumento del CONSORCIO sobre una pretendida imposibilidad de resolver porque se estaba en etapa de liquidación, carece de procedencia y no genera convicción. El vínculo contractual estaba subsistente.
68. El CONSORCIO, enfocándose en el incumplimiento de obligaciones que le atribuye AGRO RURAL, cuestiona además la señalada resolución destacando que la misma no satisface las exigencias correspondientes, siendo defectuoso el contenido del requerimiento previo y de la propia comunicación resolutoria.

Es así que, para el CONSORCIO, la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, no precisa las

prestaciones a ser cumplidas, transgrediéndose lo establecido en el artículo 136 del REGLAMENTO. Y sin perjuicio de ello, el CONSORCIO considera que la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018, hace mención a incumplimientos que no estuvieron contenidos en la carta previa de requerimiento.

Se destaca nuevamente que el CONSORCIO no cuestionaría propiamente la configuración de las causales invocadas en la comunicación del requerimiento previo y/o en la comunicación de resolución, sino que su defensa la estructura en razón que dichas comunicaciones carecen de los requisitos legales correspondientes, por lo que enfatiza el aspecto formal de las comunicaciones para impugnar la resolución administrativa del CONTRATO, sin perjuicio de destacar que por el mérito de la declaración contenida en la carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, era imposible resolver al CONTRATO.

Corresponde, por consiguiente, analizar si las comunicaciones relativas a la resolución del CONTRATO cumplan o no las exigencias legales pertinentes.

69. ¿La carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, contiene un requerimiento genérico, no precisa las prestaciones a ser cumplidas, transgrediéndose lo establecido en el artículo 136 del REGLAMENTO?

Obra en el expediente copia de la señalada comunicación, en la cual se señala que en función a los cinco documentos señalados en la referencia, la Dirección de Infraestructura Agraria, el Coordinador Técnico Regional de Reconstrucción, el Administrador del CONTRATO y el Supervisor solicitan que se proceda a la resolución del CONTRATO por haber alcanzado la penalidad máxima del 10% del monto contractual y por venir incurriéndose en diversos incumplimientos contractuales, siendo que la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio opina que es procedente el requerimiento de cumplimiento de obligaciones.

Tratándose de los señalados incumplimientos, la indicada carta notarial identifica: (i) Atraso en la ejecución del servicio de descolmatación, (ii) Incumplimiento con proveer el personal ofertado, (iii) Incumplimiento con proveer la maquinaria afectada, y (iv) Incumplimiento en la entrega de los informes solicitados. Y respecto a tales incumplimientos, AGRO RURAL requiere al CONSORCIO a efectos que, en el plazo máximo de tres (3) días calendario cumpla con las respectivas obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolución, conforme a la cláusula décimo cuarta del CONTRATO y a los artículos 135 y 136 del REGLAMENTO.

Conforme se aprecia, la señalada comunicación hace referencia a dos patologías: El haberse alcanzado la penalidad máxima, y un conjunto de incumplimientos de obligaciones contractuales, requiriendo su cumplimiento en el plazo máximo de tres (3) días, bajo apercibimiento de resolución.

70. De manera precedente ya ha sido reproducido el texto del artículo 135 del REGLAMENTO; el artículo 136 del REGLAMENTO, por su parte, dispone lo siguiente:

*“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, **la parte perjudicada deberá requerir mediante carta notarial que las ejecute 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. **En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.***

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento del contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial (...).”

Lo destacado con negrita es del suscrito.

71. Habiéndose concluido anteriormente, respecto a la sexta pretensión principal de la demanda, que al CONTRATO le corresponde, por su contenido, la naturaleza jurídica del contrato de obra y que, en tal virtud, se le debe aplicar la normativa correspondiente, resulta manifiesto que tratándose del procedimiento resolutorio regulado en el artículo 136 del REGLAMENTO debe ponerse especial énfasis a las reglas aplicables a un contrato de obra, máxime cuando los incumplimientos incurridos estaban asociados a la ejecución misma de la obra.
72. Es así que, tratándose de una resolución de contrato de obra por incumplimiento de obligaciones, la parte perjudicada debe: (i) compeler o requerir notarialmente que se subsane ello, cumpliéndose con lo debido, (ii) otorgar para dicho efecto un plazo de quince (15) días, y no uno que no sea mayor de cinco (5) días, (iii) indicar el apercibimiento de resolución. Vencido el plazo otorgado, deberá generarse una segunda comunicación notarial, conforme a la cual, haciéndose efectivo el apercibimiento comunicado en su oportunidad, se da por resuelto de pleno derecho el respectivo contrato.
73. De acuerdo al CONSORCIO, la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA contiene un requerimiento genérico, no precisa las prestaciones a ser cumplidas, transgrediéndose lo establecido en el artículo 136 del REGLAMENTO. Sin embargo, sostener que se trata de un requerimiento

que no satisface las exigencias legales, porque es genérico o impreciso, no se ajusta a lo que está expresado objetivamente en el texto de la comunicación. Del texto se identifica claramente las obligaciones respecto de las cuales AGRO RURAL exige al CONSORCIO el cumplimiento, la subsanación.

El problema no radica en una supuesta imprecisión de lo requerido, sino en el plazo otorgado para ello, y siendo el artículo 136 del REGLAMENTO una norma de naturaleza imperativa, no resulta jurídicamente posible obviar el grave defecto que presenta la señalada comunicación, porque estándose frente a un contrato de servicios que encarga ejecutar una obra, por su naturaleza o contenido obligacional de resultados, debió exigirse el cumplimiento otorgándose un plazo de quince (15) días, y no uno menor.

En consecuencia, se advierte de un problema grave y formal en el requerimiento previo a la resolución, por lo que esta última terminaría afectada, careciendo de valor, no desplegando efectos.

74. Sin embargo, no puede dejarse de considerar que, conforme ha sido destacado precedentemente, la cuestionada comunicación conminatoria de AGRO RURAL hace referencia a dos patologías: El haberse alcanzado la penalidad máxima, y un conjunto de incumplimientos de obligaciones contractuales, requiriendo su cumplimiento en el plazo máximo de tres (3) días, bajo apercibimiento de resolución. Si bien esto último, por infracción normativa, y conforme a lo señalado anteriormente, no despliega efectos, no ocurre lo mismo en la primera patología, lo cual es un hecho objetivo. Es más, de acuerdo al artículo 136 del REGLAMENTO, cuando la pretensión resolutoria se sustente en la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades, no es necesario requerimiento alguno previo, menos el otorgamiento de un plazo (dado que el devengo de la penalidad ya se verificó, no es un tema de subsanación), siendo suficiente que la entidad pública comunique su decisión de resolver, la cual opera de pleno derecho, por el solo mérito de dicha comunicación.

En consecuencia, si bien el requerimiento de cumplimiento, bajo apercibimiento de resolución, contenido en la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, por causa de incumplimiento de obligaciones resulta defectuoso y no permite que despliegue efectos para fines de la pretendida resolución, no ocurre lo mismo tratándose de la otra causal a considerar (señalada en dicha comunicación): la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora y otras penalidades, conforme se analizará más adelante.

75. De otro lado, ¿puede efectivamente sostenerse que la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018, hace mención a incumplimientos contractuales que no estuvieron contenidos en la carta de apercibimiento antes referida?

A través de esta segunda comunicación notarial, sobre la base del requerimiento contenido en la primera, AGRO RURAL da por resuelto de pleno derecho al CONTRATO.

La indicada carta expresa que (i) Por no haber cumplido con la ejecución del servicio de descolmatación, (ii) Por no haber cumplido con proveer la maquinaria y personal ofertado, y (iii) Por no haber cumplido con la entrega de informes referidos al personal de seguridad, plan de salud y seguridad ocupacionales, se resolvía el CONTRATO conforme al artículo 136 del REGLAMENTO, así como por haber llegado a acumular el monto de penalidad máxima, conforme con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 135 del REGLAMENTO.

Del texto de dicha comunicación notarial no se aprecia que se invoquen incumplimientos que no hubiesen sido materia del requerimiento previo (por más que éste sea defectuoso en cuanto al plazo otorgado para subsanación, según se ha concluido precedentemente). Lo que está expresado en el texto es algo objetivo. El CONSORCIO considera que la imputación de no haber cumplido con la entrega de informes referidos al personal de seguridad, plan de salud y seguridad ocupacionales, no fue señalada como tal en la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, la que sólo menciona a los “informes solicitados”. Al respecto, no puede dejar de considerarse que tanto la carta de requerimiento como la carta de resolución hacen mención a cinco situaciones, cuatro de ellas de incumplimiento contractual, y si bien podría cuestionarse una aparente falta de identidad expresa entre un determinado requerimiento y el incumplimiento referido para resolver, sí se mantiene una absoluta identidad entre tres de las obligaciones: (i) Atraso en la descolmatación, no habiéndose cumplido con su ejecución, (ii) No haberse proveído de la maquinaria ofertada, y (iii) No haberse proveído del personal ofertado.

Sin embargo, siendo que el respectivo requerimiento, primera carta notarial, por defecto en la extensión del plazo otorgado para fines de subsanación, carece de valor y efectos según ha sido destacado precedentemente, ello arrastra a la segunda comunicación notarial bajo análisis, en lo que concierne a los incumplimientos obligacionales incurridos.

76. Lo cierto es que, aunque en la primera comunicación notarial se mencionaba que se había alcanzado el límite del devengo de penalidades, sin expresar que por esa sola circunstancia se resolvía al CONTRATO, la segunda comunicación notarial sí contiene la declaración de voluntad de AGRO RURAL de resolver de pleno derecho al CONTRATO, acogiéndose al régimen legal sancionado en el artículo 136 del REGLAMENTO (“... *La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. ...*”), de manera que, sin necesidad de requerimiento previo, o de la

concesión de un plazo, operó la resolución del CONTRATO por haber llegado a acumular el monto máximo de penalidades.

Conforme a ello, la mención de dicha situación en la primera comunicación notarial resulta siendo jurídicamente inocua.

Distinta sería definitivamente la situación si es que la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA, del 16 de julio de 2018, no contuviese la invocación de la resolución de pleno derecho por haberse llegado a acumular el monto máximo de penalidades (causal contemplada en el numeral 2 del párrafo 135.1 del artículo 135 del REGLAMENTO). Y es que, por los defectos de la primera comunicación notarial, tratándose del plazo otorgado de subsanación de los cuatro incumplimientos contractuales invocados, resultaba imposible generar la resolución de pleno derecho, ello sin perjuicio de considerar que, entre la primera comunicación (carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018) y la segunda (carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018) debería haber una inmediatez razonable, y no casi seis meses, intervalo que sugiere razonablemente que AGRO RURAL perdió interés de implementar el apercibimiento de la primera comunicación, o medió una negligencia de no hacerlo oportunamente, por lo que en ese escenario debería haberse seguido nuevamente el procedimiento de intimación para resolver ulteriormente al CONTRATO (se insiste, con relativa inmediatez) por causales de incumplimiento obligacional.

77. De otro lado, el haberse incurrido en las señaladas causales está sustentado en diversos documentos que obran en el expediente.

Así, tratándose de la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018, se tiene los documentos mencionados en su referencia: Memorandos Nros. 054, 138 y 164-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, Informe Nro. 151-2018-AGRO RURAL/CTRR, Informe Nro. 002-2018-AGRO RURAL/AC/ING.C.JGS, Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS e Informe Nro. 091-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/OA-UAP. De ellos, el Informe Nro. 002-2018-AGRO RURAL/AC/ING.C.JGS, del 10 de enero de 2018, es particularmente explicativo por provenir de la propia Administradora del CONTRATO, destacándose lo relativo a los incumplimientos imputables al contratista, y el haberse incurrido en causal de resolución automática del CONTRATO por la circunstancia que los incumplimientos han generado montos superiores al 10% del monto contractual por concepto de penalidad por atraso injustificado y otras penalidades. Igual ocurre tratándose del Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS, también del 10 de enero de 2018, de la supervisión.

Y tratándose de la carta Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018, se tiene a los documentos siguientes: Memorando

Nro. 929-2018-MNAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA, Memorando Nro. 2349-2018-MNAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, Informe Nro. 1384-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, Informe Nro. 1463-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, Informe Nro. 1353-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-OA/UAP e Informe Legal Nro. 352-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/OAL. De ellos, en el informe legal de AGRO RURAL se destaca que el contratista ha incurrido en dos causales de resolución: incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, lo cual está ampliamente sustentado en los informes técnicos, y por haber acumulado el monto máximo de penalidad, todo ello conforme a los artículos 135 y 136 del REGLAMENTO.

78. El CONSORCIO no ha desautorizado la imputación de incumplimientos ni lo relativo a la acumulación de penalidades. Al cuestionar la resolución administrativa del CONTRATO, el CONSORCIO se ha limitado al cuestionamiento formal de la identidad de las obligaciones requeridas, no realizando mayor desarrollo sobre otros aspectos.
79. El Árbitro Único considera que las dos patologías invocadas por AGRO RURAL para la resolución del CONTRATO deben ser examinadas separadamente, dado que operan de manera distinta, conforme ya ha sido precedentemente destacado:
- 79.1. Tratándose de los incumplimientos imputables al contratista se advierte que existe un inocultable desfase temporal entre la oportunidad del requerimiento (carta notarial de enero de 2018, en la que se concedía un máximo de tres (3) días para que se cumplieren las obligaciones reclamadas, bajo apercibimiento de resolución), y la oportunidad en que ésta se implementó y pretendidamente operó, mediante la carta notarial remitida en julio de 2018.

Lo anterior es sin perjuicio que, por la efectiva naturaleza del contrato celebrado, de obra, ya se ha expresado que el plazo que debía haberse otorgado para la subsanación era de quince (15) días y no uno que no sea mayor de cinco (5) días.

Aunque ni la LEY ni el REGLAMENTO establecen un momento, o fijan un plazo para resolver al vínculo contractual una vez vencido el plazo otorgado en el requerimiento, se entiende que el mismo debe ser razonablemente inmediato, máxime cuando los incumplimientos persistentes estarían agravando gravemente el interés de la respectiva entidad pública. Conforme a ello, si vencido el plazo otorgado (en el presente caso, el plazo que debió otorgarse y no uno menor) para fines del cumplimiento exigido, se mantiene el incumplimiento, resulta razonable que en un plazo inmediato o razonablemente breve (atendiendo a los protocolos internos), la entidad comunique su decisión de deshacer el vínculo sobre el cual ha perdido interés, esto es, se

comunique la decisión de resolver de pleno derecho, lo cual producirá una serie de efectos jurídicos. Sin embargo, el transcurso de varios días, semanas e inclusive meses (en el presente caso, casi seis meses), permite cuestionar la invocación de la resolución, calificándola como extemporánea, lo cual permite cuestionar si el incumplimiento invocado era ciertamente grave y, por lo tanto, que legitimaba una resolución contractual.

Sobre el particular, atendiendo a las circunstancias y a la falta de una razonable inmediatez, sin perjuicio del defecto insalvable ya destacado sobre la insuficiencia del plazo otorgado, el Árbitro Único estima que el apercibimiento resolutorio contenido en la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018 decayó, quedó sin efecto por falta de reacción inmediata del acreedor afectado, siendo que esa falta de reacción oportuna permitiría razonablemente, en el marco del principio rector de la buena fe, que la parte intimada, el CONSORCIO se representase que las causales invocadas habrían sido “condonadas” de hecho, de manera que la entidad habría perdido interés en resolver. Conforme a ello, sin perjuicio de lo ya tratado sobre la insuficiencia del plazo otorgado en su oportunidad para subsanar los incumplimientos, la carta resolutoria notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018, carece de legitimidad, no debe desplegar efectos legales (tratándose de los pretendidos incumplimientos prestacionales).

De manera correlativa a lo señalado, de haberse pretendido resolver el CONTRATO por los incumplimientos incurridos, y sobre la base que entre enero y julio de 2018 dicha patología hubiese subsistido, lo que hubiese correspondido es que AGRO RURAL volviese a intimar el cumplimiento de lo inejecutado, bajo expreso apercibimiento de resolución, con arreglo a ley. AGRO RURAL no lo hizo.

Siendo que AGRO RURAL no otorgó el plazo que debía otorgar al CONSORCIO para que subsane sus incumplimientos -conforme al REGLAMENTO-, ni actualizó su interés en resolver por subsistir la situación de incumplimiento (dejando de lado el tema del plazo insuficiente otorgado), a juicio del Árbitro Único, la resolución comunicada mediante carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018 carece de valor y efectos tratándose del extremo relativo a la causal resolutoria por incumplimiento de obligaciones contractuales.

- 79.2. Tratándose de la resolución por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo de otras penalidades contractuales, conforme a lo que ya ha sido expresado, el REGLAMENTO permite, dado el carácter objetivo de la causal, que por el solo hecho que se haya producido dicha situación patológica las entidades públicas

puedan dar por resuelto de inmediato al respectivo contrato, dado que no hay obligación alguna respecto de la cual pueda requerirse su ejecución, no hay subsanación que practicar, siendo suficiente que comuniquen notarialmente sobre su decisión.

Es así que, por la sola comunicación de la entidad al respectivo contratista se extingue el vínculo, queda resuelto de pleno derecho el CONTRATO. Resulta suficiente, en consecuencia, que se invoque la acumulación del monto máximo de las penalidades y la decisión de dar por resuelto al respectivo contrato.

Conforme a ello, dado que no se requería de intimación para resolver el CONTRATO por esta causal, la carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018 resulta siendo finalmente inocua, siendo que lo determinante y concluyente, por su naturaleza autónoma a cualquier requerimiento previo, es lo expresado en la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018, mediante la cual, en estricta aplicación del REGLAMENTO, AGRO RURAL comunica al CONSORCIO que da por resuelto de pleno derecho al CONTRATO, produciéndose su extinción para todo efecto legal.

Se trata de una resolución que opera objetivamente, por el mero hecho de acumulación de penalidades.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

80. Por las consideraciones expresadas, habiéndose apreciado que la resolución administrativa del CONTRATO se fundamentó en dos grandes causales; de un lado, incumplimiento (injustificado) de obligaciones y, de otro lado, por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora y del monto máximo de otras penalidades contractuales, y siendo que tratándose de la primera causal AGRO RURAL incurrió en defectos formales insalvables, no otorgando el plazo de subsanación establecido normativamente para los contratos de obra, por ser ésta la naturaleza que posee el CONTRATO, y porque además no comunicó su decisión de resolver con relativa inmediatez al vencimiento del plazo de subsanación otorgado, ello deriva en que la resolución por dicho fundamento carezca de valor y no despliegue efectos legales. No ocurre lo mismo con la segunda causal, relativa a las penalidades, la misma que opera objetivamente, por el solo hecho de su invocación, de manera que la resolución sustentada en dicha causal operó de pleno derecho, conforme al artículo 136 del REGLAMENTO, por el mérito de la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 19 de julio de 2018.

Por lo tanto, este extremo de la demanda, impugnando la resolución administrativa de CONTRATO, carece de fundamento.

Segunda pretensión principal de la demanda:

81. Que se declare la validez y/o eficacia en todos sus extremos de la resolución de contrato formulada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, del 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha, resolución sustentada en incumplimiento de obligaciones esenciales a cargo de AGRO RURAL, como es el pago de valorizaciones.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

82. El CONSORCIO, conforme a su escrito de demanda, tratándose de su segunda pretensión, expresa que, conforme a la LEY, los contratos sujetos al ámbito de las contrataciones del Estado son de prestaciones recíprocas, por lo que si bien el contratista debe ejecutar las prestaciones pactadas con la entidad, ésta también debe cumplir con las obligaciones que asume, entre ellas, el pago de la respectiva contraprestación; y si bien en dichos contratos prima el interés público, ello no quita que el interés del contratista sea obtener una retribución económica a cambio de lo que ejecute, lo cual justifica lo previsto en el artículo 36 de la LEY y, de manera precisa, en el artículo 135 del REGLAMENTO, esto es, que el contratista pueda resolver el contrato por falta de pago o por incumplimiento injustificado de otras obligaciones esenciales a cargo de la entidad correspondiente.
83. Es así que, ante el incumplimiento reiterado de AGRO RURAL del pago de la obligación a su cargo, contraprestación por el servicio, el CONSORCIO expresa que se vio en la imperiosa necesidad de resolver el CONTRATO mediante carta notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, del 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha a AGRO RURAL, previo requerimiento de pago realizado mediante carta notarial Nro. 135-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, del 3 de agosto de 2018, notificada el 6 de agosto de 2018 a AGRO RURAL, y por la cual le otorgó el plazo de tres (3) días para el cumplimiento de obligaciones esenciales bajo apercibimiento de resolución contractual.
84. El CONSORCIO expresa que el incumplimiento de las obligaciones esenciales de AGRO RURAL violó el principio del equilibrio económico financiero, afectándolo, generando un desequilibrio del CONTRATO, destacando que ello ha sido tomado y aprovechado por la entidad para resolver facilistamente el CONTRATO, cuando hubiese correspondido restablecer el equilibrio contractual realizando el pago debido. Se destaca finalmente que, pese al incumplimiento incurrido, el CONSORCIO nunca se abstuvo de ejecutar sus obligaciones, muy por el contrario, bregó por cumplir con las mismas.
85. El CONSORCIO destaca que AGRO RURAL no ha tenido en cuenta sus propios incumplimientos y/o diversas razones o circunstancias del pago atrasado o falta de pago de valorizaciones, considerando que:

- 85.1. Con la aprobación de la Ficha Técnica de Prevención Parcial mediante carta Nro. 734-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 10 de noviembre de 2017, sólo pudo ejecutarse oficialmente 564,006.64 m³ en el tramo 3, a partir del 11 de noviembre de 2017.
- 85.2. Con la aprobación de la Ficha Técnica de Prevención Definitiva, aprobada mediante carta Nro. 819-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 22 de diciembre de 2017, y la autorización del Administrador Local del Agua del Chira del 27 de diciembre de 2017 mediante Acta de Verificación de Campo, recién pudieron ejecutar los trabajos a partir del 28 de diciembre de 2017.
- 85.3. Toda la maquinaria estuvo en campo del 16 de noviembre al 27 de diciembre de 2017, paralizada por la falta de aprobación de la Ficha Técnica de Prevención, habiéndose tenido que subvencionar no sólo los costos de posesión sino del personal, hasta que se pudieran iniciar los trabajos, conforme a los Términos de Referencia.
- 85.4. Las valorizaciones no se pagaron en los plazos dispuestos. La Valorización Nro. 01 del 11 al 15 de noviembre de 2017, Valorización Nro. 02 del 16 al 30 de noviembre de 2017, Valorización Nro. 03 del 1 al 15 diciembre de 2017, Pago por concepto de elaboración de la Ficha Técnica, estaban impagas a la fecha del apercibimiento de AGRO RURAL, y las Valorizaciones Nros. 06, 08 y 09 (de Cierre) que fueron las causales de la resolución efectuada por el CONSORCIO, siendo que dicha falta de pago generó un desequilibrio económico, resultando irracional y contradictorio que AGRO RURAL pretenda la resolución contractual.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

86. En atención a que se había resuelto administrativamente el CONTRATO por reiterado incumplimiento de obligaciones (y acumulación de penalidades, según la documentación generada y la fundamentación expresada por la entidad en su contestación de la demanda), AGRO RURAL destaca que, contradictoriamente, el 13 de agosto de 2018 el CONSORCIO resolvió el CONTRATO cuando ya no existía vínculo contractual alguno, para lo cual debe tenerse en consideración lo señalado por el OSCE en la Opinión Nro. 086-2018/DTN, en el sentido que cuando una de las partes resuelve debidamente un contrato, no cabe la posibilidad que su contraparte efectúe una nueva resolución, ya que la relación jurídica estaría extinta.
87. La resolución del CONTRATO efectuada por el CONSORCIO deviene, conforme a AGRO RURAL, en totalmente ineficaz, precisándose además que no ha quedado consentida, encontrándose en trámite la solicitud de AGRO RURAL que se declare la ineficacia del acto resolutivo efectuado por el CONSORCIO (expediente arbitral Nro. 1961-361-18).

88. Sin perjuicio de lo expresado tratándose de la contradicción de la primera pretensión de la demanda, AGRO RURAL destaca que conforme a lo expresado por el OSCE en la Opinión Nro. 093-2014/DTN, cuando la resolución se deba a la acumulación de penalidad por mora o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida, será suficiente que la entidad comunique al contratista su voluntad de resolver el respectivo contrato mediante carta notarial para que dicha resolución sea eficaz. Siendo así, habiendo quedado resuelto el respectivo contrato por dicha causal, ya no es posible que el contratista lo resuelva.
89. De manera adicional, AGRO RURAL destaca que sí cumplió con los pagos de las Valorizaciones Nros. 06 y 08, de lo cual se dejó constancia mediante carta Nro. 297-2018-MINAGRI-DVDAIR-AGRO RURAL-DE/OA, por lo que queda desvirtuado el supuesto incumplimiento imputado por el CONSORCIO a AGRO RURAL.

Análisis por parte del Árbitro Único

90. La resolución implica extinguir una relación contractual válida y que se encuentre vigente, dado que la resolución pone fin al vínculo contractual, le retira efectos, al generar lo que se denomina una ineficacia funcional⁸.

*“La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga **para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de corresponsabilidad entre las prestaciones generadas de un contrato de prestaciones corresponsivas (o contrato sinalagmático)**. El contrato es válido y eficaz, pero en un momento sobreviniente presenta una disfunción -es decir un defecto funcional sobreviniente, una incapacidad o inidoneidad sobreviniente para funcionar- que autoriza la extinción del contrato (...).”*

Lo destacado con negrita es del suscrito.

91. Conforme a ello, habiéndose concluido precedentemente en la validez y eficacia de la resolución administrativa del CONTRATO dispuesta por AGRO RURAL, contenida en la carta notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 16 de julio de 2018, notificada el 19 de julio de 2018, por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora y otras penalidades contractuales, lo cual puso término al CONTRATO, carece de objeto pronunciarse sobre esta pretensión, dado que ésta presupone conceptualmente que la relación contractual estuviese vigente y que el CONSORCIO sea la parte fiel, que no ha incurrido en incumplimientos, para resolverla.

⁸ MORALES HERVÍAS, Rómulo. Patologías y remedios del contrato. Jurista Editores, Lima, 2011, pág. 265.

92. Sin perjuicio de lo señalado, teniendo en cuenta los argumentos invocados por las partes tratándose de esta segunda pretensión principal de la demanda, resulta conveniente tener en consideración lo siguiente:

92.1. El CONSORCIO solicita que se reconozca la resolución contractual que realizó mediante carta notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, del 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha a AGRO RURAL, previo requerimiento de pago realizado días antes mediante carta notarial Nro. 135-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN.

Ya ha sido destacado precedentemente que, en materia de contratación administrativa, en función a la naturaleza del contrato celebrado, hay un conjunto de normas legales cuya aplicación es ineludible, habiéndose regulado en la LEY y el REGLAMENTO el régimen para resolver los contratos administrativos. Conforme a ello, en atención a la regla contenida en el artículo 135 del REGLAMENTO, anteriormente reproducida y comentada, no es viable intimar al cumplimiento y, de manera casi inmediatamente posterior, resolver.

La intimación evidencia que el deudor o parte infiel se encuentra en falta, de ser el caso, en mora, por lo que de persistir dicha situación -no obstante haberse formulado un requerimiento de cumplimiento- ello legitima al acreedor o parte fiel a extinguir el vínculo, por lo que debe mediar un plazo entre el requerimiento y la comunicación de resolución, siendo que ese plazo en materia de obra pública es de quince (15) días. Conforme a ello, la circunstancia que se intime al cumplimiento y se otorgue un plazo de tres (3) días para el cumplimiento y luego se resuelva, evidencia no sólo una infracción normativa sino que no habría habido un real interés de otorgar la oportunidad para que la parte infiel subsane su incumplimiento, conforme a ley. Esa irregularidad afecta evidentemente a la pretendida resolución, dado que media una preterición del protocolo o procedimiento resolutorio a observar.

Y aunque el texto reproducido a continuación⁹ está referido al ámbito de la contratación privada, comentando la regla pertinente del Código Civil, el mismo es también plenamente aplicable *mutatis mutandis* al ámbito de la contratación pública:

*“(...) para poder solicitar la resolución del contrato por incumplimiento es necesario que previamente la parte que incurre en retraso en el cumplimiento de su prestación sea constituida en mora. Para ello, **debe existir un lapso prudente entre la interpelación al deudor y la demanda de resolución para***

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, tomo II, tercera reimpression de la segunda edición actualizada. Editorial Palestra, Lima, 2011, pág. 404.

permitir al deudor cumplir en ese lapso, pues sería abusivo no dejar al deudor el tiempo materialmente necesario para el cumplimiento”.

Lo destacado con negrita es del suscrito.

- 92.2 Adviértase que, no obstante que el CONSORCIO postula que el CONTRATO posee la naturaleza de un contrato de obra, su posición respecto a la resolución generada carece de consistencia, porque dejando de un lado su condición de parte infiel lo cual le resta legitimidad para dar por extinguido al contrato, por haber incurrido en un conjunto de incumplimientos, no observó los plazos establecidos en la normativa administrativa para la resolución de un contrato de obra, tema que ya ha sido desarrollado anteriormente.
- 92.3. De otro lado, no debe dejar de considerarse que la resolución por incumplimiento implica que esta última patología se mantenga a la fecha en que el acreedor o parte fiel decide extinguir el vínculo y, conforme a lo pactado, o de acuerdo a lo que establezca la normativa -en este caso, la LEY y el REGLAMENTO-, comunica su decisión.

En el presente caso, en razón de lo expresado por las partes tratándose de la presente materia controvertida, y siendo que la pretendida resolución se sustentaría en la falta de pago de las Valorizaciones Nros. 06, 08 y 09, AGRO RURAL destaca que sí pagó las Valorizaciones Nros. 06 y 08, de lo cual se dejó constancia mediante carta Nro. 297-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA. Adviértase que el CONSORCIO no ha negado dichos pagos, señalando más bien que se habrían deducido irregularmente determinadas penalidades.

El problema, no obstante, radica en que conforme al tenor de la carta Nro. 297-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA, el pago de las señaladas valorizaciones (Valorización Nro. 06 por S/. 3'197,162.87, y Valorización Nro. 08, por S/. 1'229,319.68) se habría efectuado con fecha 17 de agosto de 2018 (lo cual inclusive es aceptado por el CONSORCIO en su propio escrito de demanda), esto es, la situación de falta de pago subsistía a la fecha en que el CONSORCIO asume que resolvió al CONTRATO. No obstante, de acuerdo a lo analizado precedentemente, siendo que el CONTRATO ya había quedado administrativamente resuelto, era imposible jurídicamente resolver un contrato ya resuelto, por más que se mantuviese un adeudo, y porque además, en el supuesto negado que el CONTRATO hubiese estado aún vigente, el CONSORCIO no aplicó rigurosamente el procedimiento de resolución sancionado en los artículos 135 y 136 del REGLAMENTO. Así, debe asumirse que la pretendida resolución del CONSORCIO, generada por el contratista, es inviable jurídicamente.

Se deja constancia que lo relativo a la Valorización Nro. 09, asociada a la liquidación, sobre su procedencia y exigibilidad, es materia controvertida y será objeto de pronunciamiento arbitral específico.

93. Tratándose de los argumentos expuestos por el CONSORCIO, relativos a los incumplimientos incurridos por AGRO RURAL de pagar oportunamente las valorizaciones a su cargo, lo cierto es que no fueron invocados por el CONSORCIO para sustentar oportunamente una pretendida pretensión resolutoria, debiéndose considerar además que, de no haber habido un pago oportuno de las valorizaciones, la normativa sobre contrataciones con el Estado regula los efectos legales correspondientes. Además, debe destacarse de manera adicional que, conforme fue tratado en la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones del 16 de octubre de 2019, de haber mediado retrasos en la entidad que hubiese afectado la ejecución de los servicios contratados, esto es, la ejecución de la obra, el CONSORCIO podía beneficiarse de las correspondientes ampliaciones de plazo, siendo que no ha sido sometido al conocimiento del Árbitro Único pronunciarse sobre si operaron o no dichas ampliaciones por silencio administrativo positivo, al menos tratándose de dos de las tres solicitudes presentadas en su oportunidad, según ha sido referido por las partes.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

94. Por las consideraciones expresadas, existen razones de forma y de fondo que permiten cuestionar la pretendida resolución contractual invocada por el CONSORCIO. En efecto, habiéndose apreciado que en julio de 2018 operó la resolución administrativa del CONTRATO -dispuesta por AGRO RURAL-, resulta imposible jurídicamente que, de manera sobreviniente, el CONSORCIO pretenda resolver lo que ya quedó extinguido, máxime cuando inobservó requisitos legales para que, en el supuesto negado que hubiese podido resolver, pudiese implementarse su pretensión.

Por lo tanto, este extremo de la demanda, segunda pretensión principal, carece de fundamento, correspondiendo desestimarse.

Tercera pretensión principal de la demanda:

95. Que se declare la aprobación y pago de la Valorización y/o Liquidación de Cierre Nro. 09, presentada mediante carta Nro. 136-2018/CVC, por la suma de S/. 1,446,202.67 (Un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos dos con 67/100 Soles), más intereses a la fecha de pago, la cual se encuentra impaga a la fecha.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

96. El CONSORCIO, conforme a su escrito de demanda, expresa que AGRO RURAL incumplió con una obligación esencial a su cargo que es el pago

oportuno de la correspondiente contraprestación, pese a los requerimientos que le fueron formulados, entre ellos los contenidos en las cartas Nros. 027, 055, 061 y 071/2018, de fechas 16 de enero, 5 de febrero, 16 de febrero y 28 de febrero de 2018, respectivamente, respecto de los cuales AGRO RURAL se limitaba a señalar que "... los pagos se vienen evaluando y generando el trámite ...", pese a estar fuera de los plazos estipulados tanto en los Términos de Referencia como en el CONTRATO.

97. El CONSORCIO reitera que habiendo recibido la carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRO RURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 23 de marzo de 2018, AGRO RURAL expresó que, habiendo culminado la prestación, AGRO RURAL presentase la correspondiente Valorización de Cierre. Así, mediante carta Nro. 136-2018/CVC del 4 de mayo de 2018, recibida al día siguiente, se presentó dicha valorización por la suma de S/. 1,446,202.67 (Un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos dos con 67/100 Soles), la cual no ha sido pagada pese al tiempo transcurrido.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

98. AGRO RURAL destaca que, durante el desarrollo de la ejecución del servicio por el contratista, se contó con supervisión de manera directa y permanente, desde que se inició el servicio (18 de octubre de 2017) hasta la fecha en que el contratista dejó de laborar (21 de febrero de 2018), llegando a acumular sólo un avance físico del 54.68%, siendo además que a esa fecha ya se había superado la fecha de término de la actividad. Luego de ello, el contratista intentó tramitar una última valorización (Valorización Nro. 09), señalando haber ejecutado al 4 de abril de 2018 un volumen de 320,995.33 m³ de descolmatación de material seco arenoso adicionales a los ejecutados hasta la Valorización Nro. 08. Dicha valorización no fue aprobada por la Supervisión, ratificando que los trabajos sólo fueron ejecutados hasta el 21 de febrero de 2018 y con un avance físico acumulado final del 54.68% (Informe Nro. 073-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-HIRA/JAAS).
99. Conforme a lo anterior, y según destaca AGRO RURAL, el contratista dejó inconcluso el servicio de descolmatación contratado, rebasando los límites de penalidad tanto por mora como por otros conceptos de penalidades, por lo que no puede declararse la aprobación y pago de la Valorización Nro. 09 por trabajos no ejecutados por el CONSORCIO.

Análisis por parte del Árbitro Único

100. Lo que se encuentra bajo análisis, conforme a esta materia controvertida, es determinar si corresponde o no ordenar el pago de la Valorización y/o Liquidación de Cierre Nro. 09.

Dicha valorización fue presentada por el CONSORCIO a AGRO RURAL el 5 de mayo de 2018, mediante carta Nro. 136-2018/CVC del 4 de mayo de 2018,

siendo que a través de la carta Nro. 135-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN del 3 de agosto de 2018, entregada tres días después, fue requerido su pago (conjuntamente con el de las Valorizaciones Nros. 6 y 8), bajo apercibimiento de resolución.

101. Para definir lo anterior se requiere evaluar el sustento invocado por AGRO RURAL para rechazar la exigibilidad de dicha valorización, teniendo en cuenta que ni la Supervisión ni la propia entidad la han aprobado. Y para ello resulta fundamenta remitirse, en primer lugar, a lo que se señala en un conjunto de documentos que obran en el expediente sobre los incumplimientos incurridos, entre ellos:

101.1. Memorando Nro. 054-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, el 10 de enero de 2018, del Sub Director de la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio a la Directora de Administración, refiriendo a los incumplimientos contractuales del CONSORICO: (I) Atraso en la descolmatación, (ii) incumplimiento con proveer al personal ofertado, (iii) incumplimiento con proveer la maquinaria ofertada, y (iv) incumplimiento en la entrega de los informes solicitados, haciendo además referencia a los importes de las penalidades por el concepto de otras penalidades, así como por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, lo cual alcanza el máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente, por lo que corresponde evaluar la resolución del CONTRATO.

101.2. Memorando Nro. 138-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, del 16 de enero de 2018, que hace referencia a lo expresado en el Memorando Nro. 054-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR.

101.3. Memorando Nro.164-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, del 17 de enero de 2018, que refiere a lo opinado por la supervisión y el administrador del CONTRATO, reiterando la recomendación de resolución del CONTRATO, conforme al Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS y al Informe Nro. 002-2018-AGRO RURAL/AC/ING.C.JGS.

101.4. Informe Nro. 151-2018-AGRO RURAL/CTRR, del 15 de enero de 2020, en el cual se destaca que, conforme a lo informado por la Supervisión (Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS, al 10 de enero de 2018) se ha configurado un atraso de 36 días respecto de la fecha de término del servicio, habiéndose generado una penalidad de S/. 2'123,080.44, sin contar con lo devengado en el acápite de Otras Penalidades por no acreditar el personal clave y la maquinaria ofertada que alcanza la suma de S/. 2'203,845.96, lo cual representa el monto máximo del 10% del monto

del contrato vigente, todo lo cual corresponden a causales de resolución imputables a la responsabilidad el contratista.

- 101.5. Informe Nro. 002-2018-AGRO RURAL/AC/ING.C.JGS, del 10 de enero de 2018, que destaca la procedencia de resolución del CONTRATO, sin necesidad de requerimiento precio, por la causal de haberse acumulado el monto máximo de penalidades, tanto por no haber concluido el servicio dentro del plazo pactado, como por haber incumplido otras obligaciones contractuales como la falta de acreditación del personal clave, etc.
- 101.6. Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS, del 10 de enero de 2018, que hace referencia a las penalidades devengadas conforme al cuadro de liquidación que se acompaña, recomendando que se proceda a la resolución del CONTRATO por incumplimiento de obligaciones y por haberse superado el monto máximo por penalidad.
- 101.7. Informe Nro. 091-2018-MINAGRI-DVIDIAR-AGRO RURAL-DE/OA-UAP, del 23 de enero de 2018, de la Oficina de Abastecimiento, en el cual se refiere a la situación de constantes incumplimientos del CONSORCIO, por lo cual se solicita que se requiera la subsanación, otorgándose el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento que, en caso contrario, se resolverá el CONTRATO.
- 101.8. Memorando Nro. 929-2018-MNAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA, del 11 de julio de 2018, por el cual el Director de la Oficina de Administración solicita a la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica opinión legal sobre la resolución del CONTRATO, atendiendo al Informe Nro. 1353-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-OA/UAP del 9 de julio de 2018.
- 101.9. Memorando Nro. 2349-2018-MNAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/DIAR, el 20 de junio de 2018, por el cual el Director de Infraestructura y Riego de AGRO RURAL remite al Director de la Oficina de Administración los Informes Nro. 1384-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR y 1463-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR. En el primero de ellos se destacan los retrasos incurridos en la prestación del servicio, haciendo referencia que pese a los incumplimientos y al abandono del servicio, no existe pronunciamiento sobre la resolución del contrato. Y en el segundo de los indicados informes se destaca lo ejecutado hasta el 21 de febrero de 2018, fecha en que se paralizó el servicio sin haberse concluido con las partidas aprobadas, haciéndose referencia a múltiples documentos generados por la Coordinación Técnica Regional de Reconstrucción sobre los incumplimientos incurridos, requiriéndose que se proceda a la resolución contractual, precisando que el contratista no

realiza actividad alguna desde el 27 de febrero de 2018, siendo que la Supervisión reportó un avance acumulado el 54.68% por el Servicio de la Actividad, y del 100% por la Elaboración de la Ficha Técnica.

- 101.10. Informe Nro. 1384-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 21 de mayo de 2018, que destaca que no obstante el abandono del servicio, y pese a la insistencia de la Coordinación Técnica en sus reportes de incumplimientos, no había habido hasta ese momento un pronunciamiento sobre la resolución del CONTRATO, reiterándose que se proceda a dicha resolución.
- 101.11. Informe Nro. 1463-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 31 de mayo de 2018, que corresponde a un informe situacional del CONTRATO, concluyéndose en la urgencia de definir la situación legal del servicio contratado, sobre todo porque por el porcentaje de avance y el tiempo transcurrido desde que el contratista desmovilizó su maquinaria, deviene en necesaria la resolución contractual, habiéndose ya generado un informe de cierre de servicio.
- 101.12. Informe Nro. 1353-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-OA/UAP, del 9 de julio de 2018, que concluye en que correspondería resolver el CONTRATO al haberse cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 136 del REGLAMENTO (requerimiento de subsanación de enero del 2018), por incumplimiento de las obligaciones esenciales del CONTRATO, existiendo noventa (90) días de abandono del terreno donde se prestaba el servicio y por haberse alcanzado la penalidad máxima.
- 101.13. Informe Legal Nro. 352-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/OAL, del 13 de julio de 2018, por el cual la Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica destaca que el CONSORCIO no ha cumplido con culminar la actividad de descolmatación, pues su avance físico acumulado final sólo alcanza el 54.68% respecto de la meta programada, siendo que además no ha cumplido con subsanar diversas observaciones de carácter técnico y contractual referidas al personal de seguridad, plan de salud y seguridad ocupacional, etc., siendo que a pesar de los requerimientos formulados (carta notarial Nro. 013-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OA del 24 de enero de 2018) el contratista no ha revertido los incumplimientos. Asimismo, se destaca lo concerniente a la acumulación del monto máximo por penalidad por mora. Ante ello, se concluye en la procedencia de la resolución del CONTRATO, y demás medidas a seguir.
102. Adviértase que de acuerdo a los informes de la Supervisión y de la propia AGRO RURAL, el CONSORCIO incurrió en una serie de incumplimientos contractuales,

los cuales derivaron finalmente en la aplicación de las penalidades previstas en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, tanto por el retraso injustificado en la ejecución de la descolmatación objeto del señalado acuerdo, al haberse vencido el plazo contractual sin concluirla, como por otros conceptos. De acuerdo a ello, no corresponde pagar la Valorización Nro. 09 porque el servicio no fue concluido, fue abandonado. Respecto a esta ejecución insuficiente, resulta pertinente la documentación presentada por AGRO RURAL, mediante escrito del 15 de octubre de 2019, atendiendo a lo tratado en la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, entre ella, los asientos 116, 127 y 132 del Cuaderno de Ocurrencias, siendo que en este último el CONSORCIO expresa que ya ha subsanado las observaciones de la Supervisión, por lo que habiendo culminado al 100% los trabajos de descolmatación, solicita que la Supervisión la verificación y recepción correspondiente. La cuestión es que, conforme está referido en los diversos informes y memorandos anteriormente señalados, las obras de descolmatación no concluyeron, situación de la cual inclusive se dejó evidencia en el asiento 133 del referido cuaderno, extendido por la SUPERVISION.

103. Frente a ello, la defensa del CONSORCIO radica simplemente en invocar lo expresado por AGRO RURAL en la carta Nro. 256-2018-MINAGRI-AGRORURAL/RECONSTRUCCIÓN/CTRR, del 23 de marzo de 2018, *in fine*, en la que se expresó que, habiendo culminado el servicio, se le presente la correspondiente liquidación (del contrato), por lo que no sólo se habría reconocido que se culminó, terminó con lo comprometido, sino que ello deriva en la imposibilidad de resolver el contrato que ya fue ejecutado. Conforme ya ha sido expresado precedentemente, dicha lectura descontextualiza absolutamente la declaración de AGRO RURAL, siendo que el CONSORCIO frente a las reiteradas imputaciones de falta de cumplimiento, de abandono del lugar de ejecución de las obras de descolmatación, no ha probado que en efecto ejecutó lo pactado.
104. Tanto en sus escritos de “precisiones sobre medios probatorios” (presentado el 18 de noviembre de 2019) como de alegatos (presentado el 27 de enero de 2020), el CONSORCIO señala y desarrolla el argumento que, conforme a lo pactado originalmente, el servicio a ejecutarse, en lo relativo al movimiento de tierras, radicaba en la “descolmatación en material seco”, habiéndose acordado un determinado metrado a precios unitarios; sin embargo, con ocasión de la ejecución, se encontró “material saturado” -dado que el río siempre era utilizado para trasladar agua a la hidroeléctrica-, lo cual ocasionó rendimientos menores a lo estimado en la propuesta económica, incidiendo en el plazo contractual. No obstante ello, el CONSORCIO afirma que cumplió con la meta de 14.24 kilómetros de longitud de descolmatación, siendo efectiva la descolmatación ya que las aguas del río Chira fueron encausadas y reforzado sus bordes (entiéndase riberas), tal como señala el Supervisor en el asiento Nro. 133.
105. De acuerdo a lo expresado en su oportunidad por el CONSORCIO, según carta Nro. 136-2018/CVC, del 4 de mayo de 2018, por la que remite al AGRO RURAL

la Valorización Nro. 09, manifiesta que la misma “... *considera metrados en la partida 01.02.01 Descolmatación de material seo arenoso, que deben ser compensados para efecto del Avance del Avance Físico Final de la Actividad “Servicio de Descolmatación del Cauce del Río Chira, desde Vista Florida hasta la Presa Poechos”. (...)*”. Con ello se aprecia que el CONSORCIO habría tenido la representación, que no se ajusta a lo pactado ni a la normatividad aplicable al CONTRATO, de compensar metrados en la ejecución de la descolmatación, cuando lo que hubiese correspondido, de ser cierto el sustento, era solicitar un ajuste del contrato vía presupuesto adicional y/o ampliación de plazo.

106. En cualquier caso, siendo que ni el propio asiento Nro. 133 del denominado Cuaderno de Ocurrencias, contiene el reconocimiento de la Supervisión respecto a lo que se afirma fue ejecutado, siendo más bien que se estima únicamente un avance del 54.68% de lo acordado, resulta carente de fundamento sostener, como lo hace el CONSORCIO, que la descolmatación (obligación de resultado como fue analizado en su oportunidad) fue concluida y debe ser pagada la respectiva valorización de cierre.
107. El Árbitro Único coincide con lo expresado por AGRO RURAL, en su escrito de alegatos, cuando destaca que, pese a que el CONSORCIO dejó de laborar el 21 de febrero de 2018, habiendo acumulado sólo un avance físico de la descolmatación del 54.68% (reconocido con la Valorización Nro. 08), el CONSORCIO presenta una nueva valorización señalando que al 4 de abril de 2018 había ejecutado un volumen de 320,995.33 m³ de descolmatación de material seco arenoso, lo cual no corresponde a una actividad que se haya probado, siendo que el CONSORCIO ya se había retirado unilateralmente del lugar de obra. Esa supuesta actividad conclusiva de obra no ha sido reconocida por la Supervisión ni por la propia AGRO RURAL, menos probada por el propio actor. Dicho señalamiento sólo puede entenderse como una implementación de la “compensación” a la que se contrae la carta Nro. 136-2018/CVC, del 4 de mayo de 2018, sin sustento alguno.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

108. Por lo señalado, carece de legitimidad la pretensión que en sede arbitral se disponga la aprobación y pago de la Valorización y/o Liquidación de Cierre Nro. 09, presentada mediante carta Nro. 136-2018/CVC, al no haberse probado que se concluyó oportunamente con el 100% de la descolmatación convenida.

Por las consideraciones expresadas, este extremo de la demanda, tercera pretensión principal, carece de fundamento, correspondiendo desestimarse.

Cuarta pretensión principal de la demanda:

109. Que se deje sin efecto la aplicación y/o imposición de las penalidades y, en tal virtud, que se cancele al CONSORCIO el monto retenido y descontado ilegalmente por AGRO RURAL, ascendente a S/. 3,180,914.24 (Tres millones

ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles), por ser contrario a las normas y carecer de sustento.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

110. Manifiesta el CONSORCIO que, de la Valorización Nro. 06, Factura Nro. 001-000033 del 4 de julio de 2018, ascendente a S/. 3'197,162.87 (Tres millones ciento noventa y siete mil ciento sesenta y dos con 87/100 Soles), de manera posterior a la resolución efectuada por el CONSORCIO, el 17 de agosto de 2018 AGRO RURAL sólo pagó la suma de S/. 1'098,049.95 (Un millón noventa y ocho mil cuarenta y nueve con 95/100 Soles), descontando ilegalmente la suma de S/. 2'099,112.92 (Dos millones noventa y nueve mil ciento doce con 92/100 Soles), siendo recién en setiembre de 2018 que se adjunta el "Reporte de Transferencias, Proveedores, Contratos y Otros", pero desconociendo el supuesto de aplicación, sustento, cálculos, procedimiento y otros de las "penalidades".
111. De otro lado, la Valorización Nro. 08, Factura Nro. 001-000035 del 4 de julio de 2018, ascendente a S/. 1'229,319.68 (Un millón doscientos veinte y nueve mil trescientos diecinueve con 68/100 Soles), de manera posterior a la resolución efectuada por el CONSORCIO, el 17 de agosto de 2018 AGRO RURAL sólo pagó la suma de S/. 147,518.36 (Ciento cuarenta y siete mil quinientos dieciocho con 36/100 Soles), descontando ilegalmente la suma de S/. 1'081,801.32 (Un millón ochenta y un mil ochocientos y un con 32/100 Soles), siendo recién en setiembre de 2018 que se adjunta el "Reporte de Transferencias, Proveedores, Contratos y Otros", pero desconociendo el supuesto de aplicación, sustento, cálculos, procedimiento y otros de las "penalidades".
112. Siendo que no se puede aplicar sanciones sin haber tramitado el procedimiento respectivo, respetando el debido procedimiento y poniendo el conocimiento del contratista los supuestos de aplicación, sustentos, cálculos, procedimientos y otros aspectos de las "penalidades", de manera que se pueda hacer uso del derecho de defensa, el CONSORCIO concluye su argumentación estimando que la imposición de las supuestas penalidades (por el total demandado) deviene en nula.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

113. AGRO RURAL invoca lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, mediante la cual se estableció la aplicación de penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, conforme a la respectiva fórmula. Conforme a ello, se destaca que el CONSORCIO incurrió en retraso injustificado desde el inicio del servicio (18 de octubre de 2017) hasta su abandono (21 de febrero de 2018), presentando retraso en la elaboración de la Ficha Técnica de Prevención Parcial y Definitiva, dado que según su oferta técnica dicha elaboración debía ejecutarse en veintiún (21) días calendario empero, dicha actividad se realizó en sesenta y seis (66) días calendario. De la

misma manera, se destaca que la ejecución de la actividad (descolmatación) debía realizarse en treinta y ocho (38) días calendario según la propia oferta técnica del contratista; empero, hasta el 21 de febrero de 2018, sólo se había ejecutado un avance del 54.68%, en un plazo de ciento diecisiete (117) días calendario, contados desde la fecha en que se debió iniciar los trabajos.

Análisis por parte del Árbitro Único

114. Ha sido anteriormente señalado que la penalidad por mora es de carácter objetivo, en el sentido que se devenga, conforme al monto o criterio pactado, por el simple hecho que la prestación objeto del respectivo contrato no haya sido ejecutada dentro del plazo convenido, siendo que de acuerdo a ley se presume imputable dicha falta de ejecución oportuna. Sobre el particular, merece destacarse que el CONSORCIO sostiene que, habiéndosele descontado esta penalidad, y otras penalidades, del pago de las Valorizaciones Nros. 06 y 08, desconoce sus supuestos de aplicación, sustento, cálculos, procedimiento y otros aspectos pertinentes, no pudiendo haber ejercido su derecho de defensa.
115. Resulta pertinente tener en consideración lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, cuya parte pertinente se reproduce a continuación: *“Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la fórmula siguiente: (...) Se considera justificad el retraso, cuando EL CONTRATISTA acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. (...). Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. (...) Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento”.*
116. De acuerdo a lo expresado por AGRO RURAL, y conforme a los documentos que han sido proporcionados como pruebas, corresponde tener en consideración lo siguiente:
- 116.1. De acuerdo a la cláusula quinta del CONTRATO, el plazo de ejecución era de cuarenta y ocho (48) días calendario, computable desde el día siguiente de suscripción del CONTRATO, de acuerdo a la oferta y bases integradas. Siendo que la suscripción contractual fue el 17 de octubre de 2017, el plazo se computaba desde el 18 de octubre de 2017 hasta el 4 de diciembre de 2017. A su vez, la Ficha Técnica de Prevención Parcial y Definitiva debía ejecutarse el veintiún (21) días, y el servicio de descolmatación en treinta y ocho (38) días, con una superposición de once (11) días.

- 116.2. El CONSORCIO se retiró el 21 de febrero de 2018 (hecho constatable en el Cuaderno de Incidencias), siendo a que a dicha fecha habían transcurrido setenta y nueve (79) días desde el vencimiento del plazo contractual, no encontrándose amparado por ninguna ampliación de plazo conforme a ley. El CONSORCIO no ha probado que se le hubiese otorgado o se le hubiese generado una ampliación de plazo.
- 116.3. El plazo de ejecución real, conforme a lo anterior, asciende a ciento veintisiete (127) días, plazo en que más allá de lo expresado por el CONSORCIO, no terminó con la obra encargada, al no culminar la descolmatación pactada.
- 116.4. Atendiendo a la data anterior se aplica la fórmula para el cálculo de la penalidad diaria por retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del CONTRATO, lo cual lleva a que se haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora, ascendente al diez por ciento (10%) del valor de la correspondiente prestación objeto del CONTRATO o ítem que debió ejecutarse (descolmatación). Si bien el monto contractual era por un total de S/. 22'038,459.55, lo concerniente a la descolmatación que corresponde estrictamente a la obra, estaba convenido en S/. 21'230,804.39, de manera que el importe máximo de la penalidad acumulada, importe que legitimaba para resolver, ascendía a S/. 2'123,080.44.
117. Atendiendo a lo señalado, la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO ascendía a S/. 2'123,080.44 (Dos millones ciento veintitrés mil ochenta y 44/100 Soles), encontrándose legitimada AGRO RURAL para descontarla de las valorizaciones y, al margen de ello, para resolver el CONTRATO, conforme a la cláusula décimo tercera del CONTRATO y a la normativa sobre contratación pública.
118. Sin perjuicio de la penalidad por retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO (descolmatación), que asciende al total señalado precedentemente, se aprecia que AGRO RURAL impuso también otras penalidades por conceptos distintos, conforme a lo previsto en el cuadro de aplicación de otras penalidades establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, para cuya imposición se requería del informe (opinión favorable) de la Supervisión.
119. La cláusula décimo tercera del CONTRATO contiene nueve (9) supuestos distintos para la aplicación de estas otras penalidades, conforme está acreditado documentalmente en los actuados.
120. Tanto la Supervisión (Informe Técnico Nro. 001-2018-SUPERVISOR-TRAMO II-CHIRA/JAAS, del 10 de enero de 2018, como la propia AGRO RURAL estiman que es procedente la aplicación de otras penalidades por los supuestos siguientes: (i) Por no proveer personal clave, tanto en la elaboración de la ficha

como en la ejecución de la actividad de descolmatación, (ii) Por no presentar información, tanto tratándose de la ficha técnica parcial como de la definitiva y (iii) Por no proveer maquinaria (tractores).

120.1. Tratándose del ítem contractual relativo a la elaboración de la Ficha Técnica de Prevención parcial y definitiva, debe considerarse que, recién el 10 de noviembre de 2017 se aprobó la ficha parcial (lo que permitía que el contratista iniciara la actividad de descolmatación), y el 22 de diciembre de 2017 se aprobó la ficha definitiva (teniendo en cuenta que estaba previsto que el servicio culminase el 4 de diciembre de 2017).

120.2. Si bien el monto contractual era por un total de S/. 22'038,459.55, lo concerniente a la elaboración de la Ficha Técnica de Prevención, como ítem específico, estaba convenido en S/. 807,655.16, de manera que el importe máximo de la penalidad acumulada por los conceptos identificados en su momento por la Supervisión (por no presentar personal clave y por no presentar información), suma que legitimaba para resolver, ascendía a S/. 80,765.52. La forma de cálculo de la penalidad correspondiente consta en el cuadro reproducido anteriormente.

120.3. Tratándose del ítem contractual relativo a la ejecución de la descolmatación, si bien el monto contractual era por un total de S/. 22'038,459.55, lo concerniente a la descolmatación estaba convenido en S/. 21'230,804.39, de manera que el importe máximo de la penalidad acumulada por los conceptos identificados en su momento por la Supervisión (por no presentar personal clave, por no presentar información y por no proveer de la maquinaria ofertada), importe que legitimaba para resolver, ascendía a S/. 2'123,080.44. La forma de cálculo consta en el cuadro reproducido anteriormente.

120.4. AGRO RURAL, tanto en su escrito de demanda, tratándose de los sustentos de sus dos primeras pretensiones, como en otros escritos presentados, entre ellos, el escrito de precisiones presentado el 30 de octubre de 2019, enuncia una serie de razones que, a su juicio, justificarían los retrasos incurridos, empero, lo cierto es que no ha demostrado ello; debiéndose además destacar que, conforme a los actuados, no se aprecia que se haya aprobado y/o generado ampliación de plazo alguna.

120.5. Conforme a lo anterior, el importe de las penalidades por otros conceptos suma S/. 2'203,845.96 (Dos millones doscientos tres mil ochocientos cuarenta y cinco con 96/100 Soles).

121. Siendo que las penalidades se aplican automáticamente por el solo hecho del vencimiento de los plazos acordados, o por la sola ocurrencia de las situaciones que así lo autorizan constatadas por la Supervisión, según sea el caso, no resultaba necesario una comunicación previa de la respectiva entidad, siendo

que la aplicación practicada en su oportunidad, al pagarse las Valorizaciones Nros. 06 y 08, no impedía que el CONSORCIO pudiese cuestionar e impugnar la aplicabilidad de las penalidades, como en efecto ha ocurrido para fines del presente proceso arbitral.

Es más, la propia cláusula décimo tercera del CONTRATO establece que las penalidades se deducen de los pagos a cuenta (esto es, de las valorizaciones) o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, el monto resultante se puede cobrar de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Conforme a ello, AGRO RURAL no tenía que observar protocolo previo alguno para aplicar la penalidad por mora, situación que el CONSORCIO debió representarse por la celebración del CONTRATO y del marco legal que lo rige; de no ser así, bastaría la sola oposición del correspondiente contratista para impedir la aplicación de la penalidad, lo cual es absurdo jurídicamente e ineficiente económicamente.

122. Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que no debe dejarse de considerar que el CONSORCIO no ha demostrado finalmente que los incumplimientos a los que se contraen las penalidades no han ocurrido o que no le son imputables, quebrando con ello la presunción relativa de imputación culposa regulada en el artículo 1329 del Código Civil, en aplicación supletoria, así como la exigencia contenida en la propia cláusula décimo tercera del CONTRATO.
123. Conforme se advierte, las diversas penalidades reclamadas por AGRO RURAL implican finalmente que se haya superado el monto máximo correspondiente (hasta el 10% del valor de la actividad o ítem correspondiente), sumando un total de S/. 4'326,926.40 (Cuatro millones trescientos veintiséis mil novecientos veintiséis con 40/100 Soles), y siendo que, con relación a ellas, de las Valorizaciones Nos. 06 y 08 se ha descontado la suma de S/. 3,180,914.24 (Tres millones ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles), concluyéndose que se encontraría pendiente el pago de cierto saldo a favor de la entidad. En tal virtud, carece de sustento pretender que, en sede arbitral, se deje sin efecto la aplicación y/o imposición de las penalidades, menos que se disponga que se cancele al CONSORCIO el monto retenido y descontado por AGRO RURAL de las Valorizaciones Nros. 06 y 08, ascendente a S/. 3,180,914.24 (Tres millones ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles).

Conclusión del análisis del Árbitro Único

124. Por las consideraciones expresadas, el Árbitro Único concluye que este extremo de la demanda, cuarta pretensión principal, carece de fundamento, correspondiendo desestimarse.

Quinta pretensión principal de la demanda:

125. Que se declare inaplicable y sin efecto lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, referente a la aplicación y/o imposición de "otras

penalidades”, por ser contrario a las normas, por no ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales, sin perjuicio que deben imponerse respetando los principios enunciados.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

126. El CONSORCIO pone de manifiesto que, conforme al artículo 134 del REGLAMENTO, las entidades pueden fijar penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales.
127. Bajo dicha premisa, el CONSORCIO destaca que las penalidades distintas a las de mora, señaladas en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, no respetan los criterios y principios señalados al haberse previsto su aplicación diaria, lo cual, por ejemplo, en el caso de la maquinaria ofertada llevaría a que inclusive se supere el costo de la propia maquinaria. Atendiendo a ello, a lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil, a las disposiciones y principios de la Ley Nro. 27444 y de la propia normativa sobre contrataciones del Estado, se debe revocar la respectiva imposición de penalidades.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

128. AGRO RURAL destaca que el régimen de otras penalidades estuvo previsto en las bases integradas del proceso de selección que dio origen finalmente a la celebración del CONTRATO, lo cual fue de conocimiento del CONSORCIO sin que lo haya observado en su oportunidad. Además, se pone de relieve que dichas penalidades están establecidas en las bases estándar publicadas por el OSCE, atendiendo a lo establecido en el artículo 134 del REGLAMENTO, por lo que no son penalidades contrarias a la normativa sobre contrataciones del Estado.

Análisis por parte del Árbitro Único

129. Debe destacarse, en primer lugar, que quien invoca o alega algo está sujeto a la elemental carga procesal de probarlo, por lo que sí se cuestionan ciertas disposiciones contractuales invocándose que las mismas carecen de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad, al menos debería justificarse por qué se estima tal cosa, brindando una explicación adicional sobre por qué lo consintió en su momento, dado que lo expresado en los contratos refleja una voluntad común. En el presente caso, no hay propiamente una explicación puntual por parte del CONSORCIO, sino una referencia general a estimar que las penalidades pactadas distintas por mora serían excesivas, abusivas.
130. Como bien es sabido, y lo destaca autorizada doctrina, las penalidades cumplen básicamente dos funciones, son pactos de disuasión (como multas civiles o contractuales, ante la ocurrencia del hecho generador de su imposición) y sirven también, de ser el caso como mecanismos de indemnización, aunque no sean

necesariamente de reparación (dado que esto último demanda de un juicio de responsabilidad, y que el importe reparatorio corresponda finalmente al daño efectivamente invocado y probado). Siendo así las cosas, no tiene por qué extrañar que las penalidades sean onerosas porque su función elemental es la disuasión, de manera que compelan indirectamente al cumplimiento. Una penalidad reducida es conceptualmente ineficiente, porque no incentiva al cumplimiento (o no desincentiva al incumplimiento); en cambio, una penalidad disuasiva, más onerosa, sí es eficiente, al incentivar el cumplimiento o, expresado de otra manera, por desincentivar el incumplimiento.

Conforme a lo anterior, la sola invocación que las penalidades distintas a la penalidad por mora, en el presente caso no son objetivas, razonables, congruentes ni proporcionales, sin brindar mayor explicación concreta, no genera convicción alguna que derive en que se concluya, en sede arbitral, su inaplicación. No corresponde que, en sede jurisdiccional, se suplan las deficiencias argumentativas o probatorias de las partes, porque de ser así, quien está llamado a resolver la controversia ya no estaría desempeñando su función de manera autónoma e independiente.

131. A mayor abundamiento, el Árbitro Único estima que el cuadro de otras penalidades incorporado en la cláusula décimo tercera del CONTRATO corresponde a una voluntad común, habiendo sido aceptado sin reservas por el CONSORCIO, en particular tratándose de los conceptos y forma de cálculo, cuadro que corresponde además a lo que estaba establecido en las bases de la Adjudicación Simplificada Nro. 47-2017-MINAGRI-AGRO RURAL – primera convocatoria, numeral 16 de sus Términos de Referencia, siendo que las mismas quedaron integradas sin que se haya formulado oportunamente consultas u observaciones sobre la materia, por lo que no se aprecia un fundamento objetivo para pretender impugnarlas cuestionando actualmente lo que se aceptó en su oportunidad.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

132. Por las consideraciones expresadas precedentemente, a juicio del Árbitro Único este extremo de la demanda, quinta pretensión principal, carece de fundamento, correspondiendo desestimarse.

Sétima pretensión principal de la demanda:

133. Que se determine que AGRO RURAL debe pagar los costos (honorarios de abogados) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de su pago.

Fundamentación por parte del CONSORCIO

134. El respectivo fundamento radica en que, siendo que el CONSORCIO ha planteado el presente proceso arbitral por controversias derivadas del CONTRATO, y no siendo objetivo, fundamentado y acreditado el sustento de la actuación de AGRO RURAL, corresponde que esta última pague los gastos arbitrales.

Contradicción por parte de AGRO RURAL

135. Aunque no lo refiere expresamente, en el escrito de demanda se manifiesta que el CONSORCIO siempre ha tenido la intención y buena voluntad de solucionar directamente las controversias derivadas de la ejecución del CONTRATO, de la manera más rápida y sin que genere mayor gasto, a diferencia de AGRO RURAL que en todo momento se ha negado a solucionar dichas controversias, siendo que su intransigencia ha causado un perjuicio económico mayor.

Análisis por parte del Árbitro Único

136. La pretensión demandada radica en que se ordene que AGRO RURAL asuma íntegramente los costos y costas derivados del presente proceso arbitral. AGRO RURAL, por su parte, considera que no le corresponde asumir los indicados costos y costas dado que la demanda carece de fundamentos; en consecuencia, implícitamente postula que los costos y costas sean íntegramente asumidos por el CONSORCIO.
137. El Árbitro Único ha verificado que, la cláusula décimo novena del CONTRATO, relativa a la solución de controversias, carece de una disposición específica sobre el régimen de asunción de costos y costas, de manera que ello queda librado finalmente a lo que se resuelva en sede arbitral.
138. En defecto de disposiciones específicas en la LEY y en el REGLAMENTO, debe tenerse en consideración lo establecido en los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje:

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

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

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. **A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral***

podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

(Lo destacado en negrita en ambos casos es nuestro).

139. Atendiendo a que, finalmente, la cuestión controvertida generada entre las partes radica en un conjunto de pretensiones del CONSORCIO, las mismas que han sido final y mayoritariamente desestimadas, salvo lo relativo a la naturaleza jurídica del CONTRATO cuya determinación era finalmente un presupuesto para el análisis realizado, pero que no ha tenido mayor impacto en la resolución de las diversas materias controvertidas, el Árbitro Único concluye que corresponde que el CONSORCIO -como parte vencida- asuma el pago de los gastos del proceso (honorarios del tribunal arbitral unipersonal y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso arbitral, siendo que cada parte asumirá por su cuenta lo relativo a sus respectivos gastos relativos a su defensa, esto es, por honorarios de abogados y demás asesores.

Conclusión del análisis del Árbitro Único

140. Por las consideraciones expresadas, este extremo de la demanda, séptima pretensión principal debe desestimarse, disponiéndose que sea el CONSORCIO el que asuma el pago del íntegro de las costas derivadas del presente proceso arbitral, reembolsando lo que correspondiese a AGRO RURAL, siendo que cada una de las partes asumirá sus respectivos costos u honorarios de abogados y demás asesores.

CONSIDERACIONES FINALES:

141. De manera previa a la expedición de su resolución final y definitiva sobre las materias sometidas a su conocimiento, el Árbitro Único estima pertinente dejar expresa constancia de lo siguiente:
- 141.1 Que, el presente arbitraje se constituyó de acuerdo a lo pactado por las partes en el CONTRATO, siendo de carácter nacional, de derecho e institucional, bajo administración del CENTRO, no habiéndose presentado cuestionamiento alguno a la competencia del Árbitro Único.
- 141.2 Que, la demanda y su contestación, se presentaron dentro de los plazos establecidos.
- 141.3 Que, ambas partes han tenido plena y amplia oportunidad para ejercer su derecho de defensa, ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive, de informar oralmente sobre hechos y el derecho, habiendo sido oportuna y válidamente notificados de todos y cada uno los actos realizados y de las resoluciones expedidas por el Árbitro Único, habiéndose respetado en

general al debido proceso como garantía jurisdiccional que orienta y ordena a este y a todo arbitraje.

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

SE RESUELVE:

142. Por los fundamentos enunciados en la parte considerativa del presente Laudo, respecto a cada una de las materias sometidas a su conocimiento, el Árbitro Único resuelve de manera final, definitiva e inapelable conforme a lo siguiente:

142.1. DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, por lo que no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por AGRO RURAL mediante Carta Notarial Nro. 104-2018-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA de fecha 16 de julio de 2018, notificada el 19 de julio de 2018, la que operó por haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora y el monto máximo para otras penalidades, conforme al CONTRATO.

142.2. DECLARAR INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, por lo que no corresponde declarar la validez y/o eficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial Nro. 136-2018/C.VIRGEN DEL CARMEN, de fecha 13 de agosto de 2018, notificada en la misma fecha.

142.3. DECLARAR INFUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, por lo que no corresponde ordenar la aprobación y pago de la Valorización y/o Liquidación de Cierre Nro. 09, presentada por el CONSORCIO a AGRO RURAL mediante carta Nro. 136-2018/CVC, por la suma de S/. 1,446,202.67 (Un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos dos con 67/100 Soles), más intereses a la fecha de pago.

- 142.4. DECLARAR INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar que se deje sin efecto la aplicación y/o imposición de las penalidades impugnadas y se cancele al CONSORCIO el monto retenido por AGRO RURAL, ascendente a S/. 3,180,914.24 (Tres millones ciento ochenta mil novecientos catorce con 24/100 Soles).
- 142.5. DECLARAR INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde declarar inaplicable y sin efecto lo establecido en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, referente a la aplicación y/o imposición de “otras penalidades”.
- 142.6. DECLARAR FUNDADA LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, determinándose que el CONTRATO es uno de obra, y no una locación de servicios, por lo que en razón de dicha naturaleza jurídica se le aplica la normativa correspondiente.
- 142.7. DECLARAR INFUNDADA LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, por lo que no corresponde ordenar que AGRO RURAL asuma los costos y costas derivados del presente proceso arbitral, disponiéndose el CONSORCIO asuma el pago del íntegro de las costas derivadas del presente proceso arbitral, reembolsando lo pertinente a AGRO RURAL, siendo que cada parte asumirá sus respectivos costos u honorarios de abogados y demás asesores.
143. Encargar a secretaria arbitral que proceda a notificar a las partes del presente Laudo conforme a las disposiciones reglamentarias del CENTRO, entre ellas, el “Protocolo de Atención de los Servicios del CARC – PUCP en el marco del Estado de Emergencia por Covid – 19”, y de la propia normativa sobre contratación pública, sin perjuicio de registrarse el mismo en el SEACE.



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA
Árbitro Único