

Caso Arbitral N° 0467-2019-AGRO
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO
PROCURADURIA PUBLICA
Orden Procesal N° 4
FOLIO N° 61

Caso Arbitral N° 0467-2019-CCL

Orden Procesal N° 4

Lima, 13 de enero de 2020

En atención al estado del proceso arbitral y teniendo en consideración lo siguiente:

- 1. Mediante Orden Procesal N° 3, de fecha 17 de diciembre de 2019, el Árbitro Único resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR PARTE RENUENTE a Transcorp Gómez S.A.C., de conformidad con lo establecido en el artículo 31(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro 2017.

SEGUNDO: TENER PRESENTE el escrito presentado por Transcorp Gómez S.A.C. con fecha 11 de diciembre de 2019 y tener por apersonado al abogado Elvis Rodrigo Olivera Encalada, con Registro C.A.L. N° 56316, con correo electrónico olivera@agrosure.org y número de contacto celular 922575856, CON CONOCIMIENTO DE SU CONTRAPARTE.

TERCERO: OTORGAR un plazo de quince (15) días hábiles al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – AGRORURAL a fin de que manifieste su voluntad de ejercer alguna pretensión dentro del proceso arbitral."

- 2. Con fecha 07 de enero de 2020, el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, la parte demandada, presentó un escrito con sumilla "Cumpló mandato" a través del cual señala, en atención a lo resuelto por el Árbitro Único mediante Orden Procesal N° 3, su intención de no formular pretensiones en el presente proceso arbitral.

- 3. Al respecto, el artículo 31(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro 2017 (en adelante, el "Reglamento"), señala lo siguiente:

"Si, dentro del plazo aplicable, el demandante no presenta su demanda de arbitraje sin motivo justificado, el Tribunal Arbitral puede dar por terminadas las actuaciones arbitrales, salvo que la otra parte exprese su voluntad de continuar con el proceso, planteando pretensiones contra el demandante."

4. En ese sentido, estando a que Transcorp Gómez S.A.C., la parte demandante, no cumplió con presentar su escrito de demanda arbitral y en atención al escrito presentado por el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, la parte demandada, con fecha 07 de enero de 2020, el Árbitro Único estima conveniente, en virtud a lo señalado en el artículo 31(1) del Reglamento, dar por concluidas y archivar las actuaciones arbitrales correspondientes al presente proceso.
5. Finalmente, el Árbitro Único dispone que el presente caso sea elevado a sesión del Consejo Superior de Arbitraje, a fin de que se determine la cuantía de los gastos arbitrales, posterior a ello, el Árbitro Único determinará la distribución de los mismos, de conformidad con el artículo 42(6) del Reglamento.

Por lo expuesto, el Árbitro Único **RESUELVE:**

PRIMERO: TENER PRESENTE el escrito presentado por el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, la parte demandada, con fecha 07 de enero de 2020; **CON CONOCIMIENTO DE SU CONTRAPARTE.**

SEGUNDO: DAR POR CONCLUIDAS y ARCHIVAR las actuaciones arbitrales correspondientes al presente proceso arbitral.

TERCERO: DISPONER que el presente caso sea elevado a sesión del Consejo Superior de Arbitraje, a fin de que se determine la cuantía de los gastos arbitrales, posterior a ello, el Árbitro Único determinará la distribución de los mismos, de conformidad con el artículo 42(6) del Reglamento de Arbitraje del Centro 2017.

Juan Humberto Peña Acevedo
Árbitro Único

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO
 CONSULTORA J.PERSA S.A.C.
 Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro Rural
 REPUBLICA PERUANA

Edición N° 60

Arbitraje seguido entre

CONSULTORA J.PERSA S.A.C.

(Demandante)

y

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL

(Demandada)

LAUDO

Árbitro Único

Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Secretaría Arbitral

Tatiana Meza Loarte

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

CARÁTULA DE LAUDO ARBITRAL

Número de Expediente de Instalación: I119-2018.

Demandante: Consultora JPersa S.A.C.

Demandado: Programa de Desarrollo Agrario Rural – Agro Rural.

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AAGRO RURAL para el Servicio de Consultoría para la Formulación del Estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil de Proyecto ítem N° 1: "Mejoramiento del Servicio de Agua para el Sistema de Riego de la Comunidad Campesina de Ataspaca del Distrito de Palca, Provincia de Tacna".

Monto del Contrato: S/ 214,213.50 (Doscientos catorce mil doscientos trece con 50/100 Soles).

Cuantía de la Controversia: S/ 49,949.45 (Cuarenta y nueve mil novecientos cuarenta y nueve con 45/100 Soles).

Tipo y Número de proceso de selección: Concurso Público N° 16-2015- MINAGRI – AGRO RURAL.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 4,167.00 soles.

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 2,164.00 soles.

Árbitro Único: Luis Eduardo Adrianzén De Lama.

Secretaría Arbitral: Tatiana Meza Loarte

Fecha de emisión del laudo: 30 de enero de 2020.

Número de folios: 25.

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

Resolución de contrato.

Ampliación del plazo contractual.

Defectos o vicios ocultos.

Formulación, aprobación o valorización de metrados.

Recepción y conformidad.

Liquidación y pago.

Mayores gastos generales.

Indemnización por daños y perjuicios.

Enriquecimiento sin causa.

Adicionales y reducciones.

Adelantos.

Penalidades.

Ejecución de garantías.

Devolución de garantías.

Otros (especificar)

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO PROCURADURÍA PÚBLICA AGRO RURAL
FOLIO N° 59

En Lima, a los 30 días del mes de enero del año 2020, el Árbitro Único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y analizado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación y reconvencción, dicta el laudo siguiente:

DE LA INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO AD HOC

1. Con fecha 04 de setiembre del 2018, se realizó la audiencia referida en los términos que se consigna en el acta respectiva.

DE LA DEMANDA

2. La Consultora JPersa S.A.C. en adelante el Consultor o el Demandante o JPERSA, con fecha 25 de setiembre del 2018 presentó su demanda arbitral estableciendo como petitorio:

Primera Pretensión Principal: Se declare nula e ineficaz la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL-GG-2017-C-Ayacucho efectuada mediante Carta Simple N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA notificada el 21 de agosto de 2017.

Segunda Pretensión Principal: Se declare válida y eficaz la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL-GG-2017-C-Ayacucho efectuada por el Demandante mediante Carta Notarial N° 00101-CIPERSA-GG-2017-C Ayacucho de fecha 31 de agosto del 2017.

Tercera Pretensión Principal: Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural en adelante la Entidad o la Demandada el reconocimiento de conformidad y pago del entregable N° 04 sustentada en el Informe de fecha 04 de mayo del 2016 e informe de aprobación emitida por el Supervisor y el entregable N° 05 sustentado en la culminación de la evaluación por un monto de S/ 128,528.10 (Ciento veintiocho mil quinientos veintiocho con 10/100 Soles) más los intereses de ley a la fecha de efectivizar el correspondiente pago.

Cuarta Pretensión Principal: Se ordene a la Entidad la devolución del diez por ciento (10%) de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato por la suma de S/ 21,421.35 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 35/100 Soles).

Quinta Pretensión Principal: Se ordene a la Demandada el pago de la suma de S/ 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la ilegal resolución de contrato.

Sexta Pretensión Principal: Se ordene a la Entidad el pago de costas, los costos y todo gasto que irroque el proceso arbitral, donde se incluye los honorarios profesionales del abogado que patrocina este proceso arbitral.

3. Indica que con fecha 31 de diciembre de 2015, celebró con la Entidad el Contrato N° 200-

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

2015-MINAGRI-AGRO RURAL en adelante el Contrato derivado del Concurso Público N° 16-2015-MINAGRI-AGRO RURAL por el monto de S/ 214,213.50 (Doscientos catorce mil doscientos trece con 50/100 Soles) incluido IGV. Cuyo plazo es de noventa (90) días contados desde el día siguiente de cumplido con las condiciones previstas.

4. Señala que la Cláusula Quinta dispuso la forma de pago de conformidad al Artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

- Conformidad al Primer pago (20% del monto del contrato) a los 15 días calendarios, luego de la recepción de la solicitud de pago del consultor previo a la conformidad de la Unidad Formuladora de la Entidad del Informe N° 02 (aspectos Generales de Identificación).
- Conformidad al Segundo pago (20% del monto del contrato) a los 15 días calendarios, luego de la recepción de la solicitud de pago del Consultor previo a la conformidad de la Unidad Formuladora de la Entidad del Informe N° 03 (Formulación y Evaluación).
- Conformidad al Tercer pago (20% del monto del contrato) a los 15 días calendarios, luego de la recepción de la solicitud de pago del Consultor previo a la conformidad de la Unidad Formuladora de la Entidad del Informe N° 04 (Estudio de Perfil).
- Conformidad del Cuarto pago (40% del monto del contrato) a los 15 días calendarios, luego de la recepción de la solicitud de pago del Consultor, previo a la evaluación aprobado o rechazando el perfil por parte de la OPI y la conformidad del Informe N° 05 por la Unidad Formuladora de la Entidad.

5. Asimismo, manifiesta que de conformidad a lo establecido en el Contrato, cumplió estrictamente con los plazos de acuerdo a lo siguiente:

Informe de Avance.	Fecha de entrega según contrato.	Fecha de Entrega por JPERSA	Pagos	Estado de Informes de Avance.
Informe N° 01	06 de febrero 2016	09 de febrero dentro del plazo.	No implica pago	APROBADO
Informe N° 02	20 de marzo 2016	20 de marzo de marzo 2016 dentro del plazo	Pagado	APROBADO
Informe N° 03	14 de abril 2016	14 de abril 2016 dentro del plazo	Pagado	APROBADO
Informe N° 04	04 mayo 2016	04 de mayo 2016 dentro del plazo.	Sin pago	APROBADO POR LA SUPERVISIÓN
Informe N° 05		Culminada la evaluación de los informes 2,3 y 4	Sin Pago.	

6. Reitera que cumplió estrictamente los plazos estipulados en la Cláusula Quinta del contrato no obstante, refiere que la Entidad sin sustento señala que no ha levantado las observaciones.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario

MINISTERIO DE AGRICULTURA, RIEGO Y PESQUERÍA CONSULTORÍA PÚBLICA
FOLIO N° 58
FOLIO N°

7. Refiere que el Supervisor Consorcio Xima en adelante el Supervisor aprobó sin ninguna observación los Informes N° 01, 02 y 03 no obstante, la Entidad observó dichos informes pero los subsanó y se procedió con el pago.
8. Indica que el Supervisor aprobó el Informe N° 04 (Estudio Culminado del Proyecto) y que planteada la subsanación a las observaciones, la Entidad cuestionó dicha subsanación lo que a postre derivó en la resolución del Contrato.

Con relación a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

9. Señala que la resolución de contrato deviene en nula e ineficaz por cuanto se ha infringido el procedimiento de resolución de contrato estipulado en el artículo 169 del Reglamento ya que no remitió bajo conducto notarial la resolución del Contrato sino que únicamente remitió la carta simple de fecha 17 agosto de 2017, la misma que fuera recepcionada por el Consultor el 21 de agosto de 2017.
10. Manifiesta que en cuanto a los Informes N° 1, 2 y 3 se le aplicaron moras por ser informes de avance y con el fin de justificar la resolución; no obstante, acota que los atrasos en la presentación de informes sobre los avances en la ejecución de una prestación no genera la aplicación de penalidad por mora.
11. Asimismo, agrega que la aplicación de dichas penalidades no se notificó en los plazos previstos por ley, a fin de poder cuestionarlas administrativamente por lo que estima que se limitó su derecho de defensa.

Con relación a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:

12. Señala que ante el abuso de derecho y el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad resolvió el Contrato mediante Carta Notarial N° 00101-CIPERSA-CG-2017-C Ayacucho de fecha 31 de agosto del 2017 de conformidad con lo estipulado en la Ley de Contratación Pública y su Reglamento.

Con relación a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:

13. El consultor manifiesta que todas las observaciones fueron absueltas, sin embargo, no se incluyó en el entregable la resolución del ALA, por falta de emisión de ésta.
14. Señala que la Entidad debió de recibir el estudio con la constancia del trámite realizado en el ALA, asimismo, recalca que no es responsable de que las fuentes de agua que han sido solicitadas para la acreditación de disponibilidad ya contaban con licencia otorgada mediante Resolución Administrativa N° 238-2009-ANA-ALA.TACNA de fecha 10 de diciembre del 2009 de fecha 26 de enero de 2017.
15. En ese sentido, indica que la Entidad insiste en observar el informe N° 04 por el tema hidráulico, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una licencia sobre las fuentes de agua que se estaba solicitando.
16. Asimismo, recalca que el estudio hidrológico correspondía a los entregables N° 2 y 3

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

precisando que dichos entregables se encuentran aprobados; sin embargo, acota que la Entidad pretendía la reformulación de todo el estudio debido a la disminución de las áreas de riego, contraviniendo a lo establecido en el TDR.

17. Por otro lado, reitera que el Supervisor otorgó la conformidad al informe N° 04 pero que la Entidad mediante carta simple de fecha 21 de agosto de 2017, comunicó su decisión de resolver el contrato.

Con relación a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:

18. Señala que como consecuencia de la aprobación de los Informes N° 01, 02 y 03 por parte de la OPI del Ministerio de Agricultura y Riego y la cancelación del 30% del Contrato, el Consultor solicita que se ordene la devolución del 10% de la Garantía de Fiel Cumplimiento por la suma de S/ 21,421.35 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 35/100 Soles).

Con relación a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:

19. Indica que la Entidad estaba obligada a respetar los términos del Contrato y la ley y su reglamento, no obstante, refiere que le ha generado perjuicios económicos, por lo que solicita indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño emergente por el monto de S/ 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Soles).

Con relación a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda:

20. Manifiesta que la Entidad debe asumir el pago de los costos y costas del presente proceso y los honorarios profesionales del abogado que patrocina el proceso.
21. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

22. Mediante el escrito N° 2 presentado el 22 de octubre de 2018 La Entidad contesta la demanda solicitando que se declare infundada o improcedente, a cuyo efecto reitera los elementos de hecho respecto a los Informes N° 01, 02, 03 y 04.
23. Considera que ante el incumplimiento del Contratista procedió a la resolución del Contrato.
24. Con respecto a la Quinta Pretensión Principal, manifiesta que todo daño a efectos de ser indemnizados debe ser cierto, es decir debe demostrarse su ocurrencia, aspecto que no ha sido cumplido en el presente caso.
25. Asimismo, respecto a la Sexta Pretensión Principal, manifiesta que los costos del arbitraje serán a cargo de la parte vencida, y que no corresponde que se asuman dichos costos.
26. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

DE LA RECONVENCIÓN

27. Mediante el escrito N° 3 presentado el 05 de noviembre de 2018, la Entidad precisa y fundamenta su reconvencción señalando lo siguiente:

Primera Pretensión Principal: Se declare la validez y eficacia de la resolución de contrato a través de la Carta N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA.

Segunda Pretensión Principal: Se declare la ineficacia de la Resolución de Contrato a través de la Carta Notarial N° 101-CIPERSA-GG-2017 C Ayacucho.

Pretensión Accesorias: Solicita que el Consultor asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

28. Manifiesta que el Consultor ha incurrido en diversos incumplimientos, especialmente en el levantamiento de observaciones realizadas al cuarto entregable, es decir el Informe N° 04.

29. Señala que resolvió el Contrato mediante Carta Notarial N° 045.2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA por incumplimiento de obligaciones de la Consultora, debido a que se ha incurrido en causales de nulidad de acto jurídico regulado en el artículo 219 del Código civil, cuerpo de leyes de aplicación supletoria, así como también se respalda en la Opinión N° 093-2014/DTN del OSCE.

30. Indica que la resolución de Contrato efectuada por el Consultor a través de la Carta Notarial N° 101 -CIPERSA-GG-2017 C Ayacucho es ineficaz debido a que ya no existía vínculo contractual entre las partes, por encontrarse resuelto por su representada. Agrega como sustento la Opinión N° 086-2018/DTN del OSCE que indica: "(...) no cabría la posibilidad de que su contraparte efectúe una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica ya se encontraría extinta";

31. Finalmente recalca que los costos y costas sean asumidas por la empresa Consultora.

DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

32. Mediante Resolución N° 07 de dejó constancia que el consultor no contestó la reconvencción.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

33. Mediante Resolución N° 09 de fecha 17 de enero de 2019, se fijaron los puntos controvertidos, en los siguientes términos:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL efectuada mediante la Carta Simple N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA de fecha 17 de agosto de 2017, notificada el 21 de agosto de 2017.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL efectuada por

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

el Consultor mediante la Carta Notarial N° 00101-CJPERSA-CG-2017 de fecha 31 de agosto de 2017.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, ordenar a AGRO RURAL el reconocimiento de Conformidad y pago de los entregables N° 04 sustentada en el Informe de fecha 04 de mayo de 2016 e informe de aprobación emitida por el supervisor y el 05 sustentado en la culminación de la evaluación por un monto de S/. 128,528.10 más los intereses de ley a la fecha de efectivizar el correspondiente pago.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del 10% de la garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato por la suma de S/ 21,421.35 soles.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a AGRO RURAL el pago de la suma de S/ 60,000.00 Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la resolución del Contrato.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato efectuada por la Entidad.

Séptimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia de la resolución del contrato efectuada por la consultora JPERSA S.A.C. a través de la Carta Notarial N° 00101-CJPERSA-CG-2017.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad asumir el pago de costas y costos.

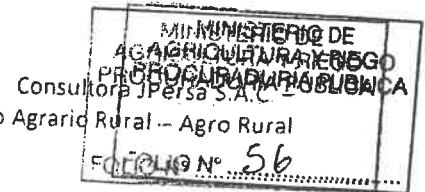
34. Asimismo, se admitieron medios probatorios documentales ofrecidos por las partes y se declaró que el Árbitro Único se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, así como la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso de estimarlas innecesarias y del derecho de citar a una o más audiencias.

DE LAS OTRAS ACTUACIONES ARBITRALES

35. Mediante Resolución N° 03 de fecha 23 de octubre de 2018, el Árbitro Único facultó a la Consultora JPersa S.A.C. para que asuma los pagos relativos a los gastos arbitrales que corresponden a la Entidad.
36. Mediante Resolución N° 08 de fecha 31 de diciembre de 2018, el Árbitro Único tuvo por cumplido el pago de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral realizado por la Consultora JPersa S.A.C. a cargo de la Entidad.
37. Con la Resolución N° 09, de fecha 17 de enero de 2019, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, para que presenten sus alegatos, citándose a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
38. El 25 y 29 de marzo de 2019, el Demandante y la Demandada presentaron sus alegatos

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural



escritos respectivamente.

39. El 26 de febrero de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia del Árbitro Único y la participación de las partes.
40. Mediante la Resolución N° 20 del 19 de mayo de 2019 se requirió diversa documentación a las partes.
41. Con la Resolución N° 23 de fecha 28 de junio de 2019 se requirió mayor documentación a las partes.
42. Mediante la Resolución N° 24 de fecha 15 de noviembre de 2019 se corrió traslado a las partes de la documentación presentada.
43. Con la Resolución N° 25 de fecha 16 de diciembre de 2019 se cierra la etapa probatoria y se dispone plazo para laudar.
44. En la fecha, dentro del plazo establecido, se procede a emitir Laudo Arbitral.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

45. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se le ha recusado o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, la Consultora JPersa S.A.C. presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, el Programa de Desarrollo Productivo Agrario – Agro Rural fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestar la misma así como formuló reconvenición; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales y, (vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.
46. Asimismo, este Árbitro Único deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal Unipersonal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.
47. De igual manera, el Árbitro, conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos por las partes, se declara competente y con la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.

NORMA APLICABLE

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

48. De acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el contrato materia del presente caso arbitral, la norma aplicable al presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por Ley N° 29873 (en adelante, LEY), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, REGLAMENTO).
49. Ambas normas son las aplicables para todos los contratos suscritos como consecuencia de procedimientos de selección convocados entre el 20 de septiembre de 2012 y el 08 de enero de 2016 inclusive.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

50. Al respecto, el Árbitro Único advierte que las partes han resuelto el Contrato imputándose el incumplimiento. En esa línea, el Árbitro Único ha visto por conveniente analizar en primer término y en forma conjunta, el Primer y Sexto Punto Controvertido.

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL efectuada mediante la Carta Simple N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OGA de fecha 17 de agosto de 2017, notificada el 21 de agosto de 2017.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato efectuada por la Entidad.

51. Como puede apreciarse de su simple lectura, la Primera Pretensión Principal de la reconvencción no constituye una pretensión autónoma, sino que es un directo reflejo de la Primera Pretensión Principal del Demandante, siendo que en tanto el Contratista pretende que se declare la nulidad de la resolución del Contrato dispuesta por la Entidad, su contraparte sostiene exactamente lo contrario.
52. El cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes, es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública, no obstante, no es la única forma en que puede darse por culminada la relación contractual. Una de las causas anormales de terminación de la relación contractual es la resolución del contrato.
53. Tal es así que mediante la resolución del contrato se busca “dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones”².
54. Asimismo, García de Enterría indica que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que

¹ De acuerdo a la búsqueda del SEACE, el proceso de selección fue convocado el 21 de octubre de 2015.

² DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima - 2001. Pág. 455.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adriazén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO CONSULTA DE PROCURADURÍA PÚBLICA Rural de Agro Rural
FOLIO N° 55

quede frustrado por la conducta de la otra parte³”.

55. En el ámbito que nos compete el artículo 44, concordante con el inciso c) del artículo 40, de LCE establece que el contrato puede ser resuelto por causas imputables a la Entidad, al contratista, o caso fortuito o fuerza mayor, en este último caso, sin responsabilidad de ninguna de las partes. En el presente caso, la norma faculta a la Entidad a resolver el Contrato sin previo requerimiento así se encuentra en el artículo 169 del RLCE:

“Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

56. En esa línea, el procedimiento dispone que cuando se produzca el máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades (especiales), no será necesario efectuar un requerimiento previo sino únicamente, comunicar mediante conducto notarial la decisión de resolver el Contrato.

57. Al respecto, mediante la Carta N°045-2017.MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OA de fecha 17 de agosto de 2017, la Entidad comunicó al Contratista lo siguiente.

“(...) su representada, ha alcanzado la penalidad máxima del monto contractual por Otras Penalidades respecto al Informe N° 02, así como de la Penalidad por Mora, respecto al Informe N° 04, conforme a lo siguiente:

Otras Penalidades.-

➤ *Respecto al Informe N° 02, se ha aplicado una penalidad de S/ 21,421.35 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 35/100 soles), correspondiente al 10% del monto contractual, por concepto de Otras Penalidades. Asimismo, respecto al Informe N° 03, no se ha aplicado penalidad por este concepto, debido, a que en el Informe anterior (N° 02), ya se ha aplicado el monto máximo de penalidad, de acuerdo a lo señalado en el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF.*

Penalidad por mora.-

➤ *Respecto al Informe N° 04, advierte que su representada habría acumulado el monto máximo de la Penalidad por mora, debido a que el citado Informe constituye el Objeto del Contrato (Formulación del Estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil del Proyecto), por lo cual le corresponde que se aplique el diez por ciento (10%) del monto del contrato del asunto, por el concepto de Penalidad por Mora, establecido en el artículo 165 del Reglamento (...)*

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

En tal sentido, este despacho comunica a su representada la Resolución total del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL, en razón de que su representada habría llegado acumular el monto máximo de la Penalidad por Mora y de Otras Penalidades (...)

Por último, respecto a la Penalidad por Mora antes señala; solicitamos a su representada que cumpla con pagar el importe de S/ 21, 421.36 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 36/100 soles), por concepto de aplicación de Penalidad de Mora, respecto al Informe N° 04, equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual, en un plazo de tres (03) días, contados a partir del día siguiente de notificado el presente documento”

58. De acuerdo a la literalidad de la comunicación, la Entidad dispuso la resolución del Contrato por haber alcanzado el máximo imponible tanto de la penalidad por mora como por la penalidad especial.

59. En dichas circunstancias, conforme a la normativa previamente glosada, se exige que se comunique dicha resolución mediante conducto notarial. De ello, observamos que la Carta N°045-2017.MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OA de fecha 17 de agosto de 2017 tiene fecha de recepción del Contratista el 21 de agosto de 2019 conforme se muestra a continuación:

 **Defensoría Pública**
"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 17 AGO. 2017

RECIBIDO
04 SET. 2017
PROFESIONAL RESPONSABLE

CARTA NOTARIAL N° 045 -2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OA

Señora
MIRIAN ALLPACCA GOMEZ
Representante Legal de CONSULTORA JPERSA S.A.C.
Asc. Sarita Colonia Mz K1 Lote 15-A, distrito de Jesús Nazareno
(Referencia a una cuadra de la policía de tránsito)
Huamanga - Ayacucho.

jpersa sac.
RECIBIDO
21.08.2017
03:08 PM
Trámite Documentario - Ayacucho

Asunto : Resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL

Referencia : a) Memorando N° 1649-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/OPP
b) Informe Técnico N° 82-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/OPP-UPPC
c) Informe N° 1489-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA-UAP

Me dirijo a usted en atención al contrato del asunto, suscrito con su representada por el servicio de Contratación del Servicio de Consultoría para la Formulación del Estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil del Proyecto, ítem N° 01. "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE AGUA PARA EL SISTEMA DE RIEGO DE LA COMUNIDAD CAMPESINA DE TAPASCA DEL DISTRITO DE PALCA, PROVINCIA DE TACNA"

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro-Rural

Consultoría



60. No obstante, la constatación notarial exigencia de carácter imperativo por disposición de la Ley, señala lo siguiente:

NOTARIAL
P. 1001

CERTIFICO: Que he sido el 04 09 2017 a las 5:42 PM el original de esta carta a su destinatario MICELAL ANDRÉS A. SANCHEZ ha sido recepcionado UN QUISO REPARADO SIN SERVICIO bajo la puerta de metal cerrada con un cerrojo del de suministro de agua luz 18456700

Lo que concluye la presente diligencia a lo cual doy fe y expido la presente, firmado de mi mano y sellado con el sello de mi notaria

05 SET. 2017

San Juan Bautista - Ayacucho

Luis Prado Calderón
ABOGADO NOTARIO DE AYACUCHO

61. Es decir, por un lado, el Contratista consignó fecha de recepción del 21 de agosto de 2017 y por otro lado, el Notario dejó constancia que dejó bajo puerta la referida carta el 04 de setiembre de 2017.

62. Sobre ello, el Árbitro Único estima que si bien, el Contratista declara que recibió la resolución del Contrato el 21 de agosto de 2017 no menos cierto, es que dicha resolución del Contrato no surte efectos toda vez, que no fue diligenciada bajo conducto notarial tal como dispone la normativa de compra pública.

63. No obstante, el Árbitro Único no puede soslayar que existe una constatación notarial con fecha cierta del 4 de setiembre de 2017 por lo que considera que aparentemente ocurrió es que la Entidad efectuó la resolución del Contrato, la misma que quedó registrada el 21 de agosto de 2017, no obstante, ésta no cumple con la formalidad. Por lo que efectuó una "segunda" resolución del Contrato bajo conducto notarial, la misma que quedó registrada el 4 de setiembre de 2017.

64. En ese sentido, el Árbitro Único advierte que la Entidad efectuó la resolución del Contrato cumpliendo con la formalidad notarial, el 4 de setiembre de 2017. En razón a

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

dicha resolución, corresponde analizar si las causales expuestas por la Entidad justificaron la resolución del Contrato. Para ello, se procederá al siguiente análisis:

- (i) Máximo de la penalidad por mora en el informe N° 4.
- (ii) Máximo de la penalidad especial respecto al informe N° 2.

65. Bajo dichas causales, se procederá al análisis:

- (i) Máximo de la penalidad especial por el informe N° 4.

66. Al respecto, el 22 de agosto de 2017 mediante Carta N° 023 - 2017-ConsorcioXima-RL/gamc, el Supervisor Consorcio Xima en adelante el Supervisor remite a la Entidad el cuarto informe y comunica que ha sido aprobado luego del levantamiento de las observaciones, conforme a lo siguiente:

"(...) remitir el cuarto informe del estudio de pre inversión a nivel de perfil del proyecto "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SERVICIO DE AGUA PARA EL SISTEMA DE RIEGO DE LA COMUNIDAD CAMPESINA DE ATASPACA, DEL DISTRITO DE PALCA, PROVINCIA DE TACNA - REGION TACNA" el mismo que luego de verificar el levantamiento de observaciones realizadas por el formulador se da por APROBADO y se le hace llegar a fin de dar cumplimiento a lo exigido en los términos de referencia (...)"

67. Conforme a los términos de referencia, correspondía a la Unidad Formuladora de la Entidad emitir las observaciones - de ser el caso, en un plazo no mayor de cinco (5) días, conforme a lo siguiente:

"La Unidad Formuladora podrá emitir observaciones en un plazo no mayor de cinco (05) días, luego de presentado el informe del Supervisor o Inspector designado, el cual será informado al Consultor con copia al Supervisor o Inspector designado para el levantamiento respectivo, otorgándole un plazo al Consultor de hasta cinco (05) días para el levantamiento de observaciones (...)" (Subrayado nuestro).

68. De la revisión a la documentación obrante en autos, se verifica que la Entidad no se pronunció en el plazo dispuesto en los términos de referencia. Sin perjuicio de ello, observamos que la Entidad mediante la Carta N° 204-2017-MINAGRI-AGRO RURAL/OPP de fecha 8 de setiembre de 2017, requirió al Consultor lo siguiente:

"(...) la Unidad de Programas, Proyectos y Cooperación (UPPC), en su calidad de Área Usuaria (AU) a través de la Oficina de Planificación y Presupuesto (OPP) en calidad de Unidad Formuladora (UF), ha procedido a la evaluación del informe en mención, el cual se encuentra en calidad de OBSERVADO, tal como se indica en el documento de la referencia b).

En tal sentido, se solicita a su representada subsanar la totalidad de las observaciones planteadas en el Informe Técnico antes mencionado, dentro de un plazo no mayor de tres (03) días calendario de recibida la presente"

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro Rural

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO CONSULTA PÚBLICA PROCURADURÍA PÚBLICA
FOLIO N° 53

69. No debe perderse de vista que la Entidad dispuso la resolución del Contrato el 4 de setiembre de 2017 no obstante, tres días después, la propia Entidad requiere al Contratista que subsane las observaciones
70. De ello, el Árbitro Único advierte que la causal para resolver el Contrato fue el máximo de la penalidad por mora respecto al Informe N° 4 no obstante, no puede producirse una penalidad por mora si es que la propia Entidad ha otorgado un plazo para la subsanación de observaciones.
71. En efecto, si con fecha posterior a la comunicación de la resolución del Contrato, la Demandada otorgó un plazo para la subsanación no puede ésta ciertamente, sostener que el Demandante ha incurrido en un atraso por mora menos aún, que haya alcanzado el máximo de la penalidad por mora si es que precisamente se encontraba corriendo el plazo otorgado para la subsanación.
72. En dichas circunstancias, el Árbitro Único concluye que la imputación del máximo de la penalidad por mora como causal para la resolución del Contrato no resulta amparable toda vez, que por propia acción de la Entidad le había otorgado un plazo para la subsanación de observaciones.

(ii) Máximo de la penalidad especial respecto al informe N° 2.

73. En este punto, la Entidad sostiene que aplicó la penalidad especial respecto al Informe N° 2 en esa línea, en el Informe N° 1489-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE/OA-UAP⁴ de fecha 16 de agosto de 2017 donde se indicó lo siguiente:

"(...) sin embargo, el Formulator ha incurrido en las siguientes faltas: (...) un atraso de veintitrés (23) días en la presentación del informe N° 02 motivo por el cual, se le aplicó una penalidad de S/ 21,421.35 (...) correspondiente al 10% del monto contractual por la aplicación de otras penalidades".

74. La normativa aplicable establece la posibilidad de aplicar penalidades distintas a la mora, a efectos de garantizar el cumplimiento de una obligación a cargo del Contratista a favor de la Entidad. En esa línea, el artículo 166 del Reglamento prevé que:

"En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."
(Subrayado es nuestro).

75. De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan, penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calculan de forma independiente a la dicha penalidad y hasta por un monto

⁴ ANEXO 1-I de la demanda

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

76. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de la penalidad, Roberto Dromi ha señalado “que la Administración tiene la facultad de imponer sanciones por las faltas contractuales que pueda cometer el contratista, las cuales pueden ser pecuniarias, coercitivas y rescisorias. Dentro de las sanciones pecuniarias pueden ser fijas y predeterminadas y aparecer bajo la fórmula de “clausula penal” o “multas”. Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo, sino que se aplican ante una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente y que procede aun que la transgresión contractual no implique otro perjuicio para la Administración”⁵.
77. En ese sentido, “Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató (...) se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él”⁶.
78. Asimismo, de la lectura del dispositivo se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”; distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”⁷; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: “i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad”⁸.
79. Por su parte, la Dirección Técnica Normativa del OSCE mediante la Opinión N° 064-2012/DTN de fecha 10 de mayo de 2012, dispone que las disposiciones sobre otras penalidades distintas a la mora deberán sujetarse a tres parámetros:

“(...) esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria”

80. Dicho ello, y como se ha anotado previamente, las penalidades especiales de acuerdo, al artículo 166 del Reglamento glosado, deben ser objetivas razonables y congruentes con

⁵ DROMI CASAS, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. Pág. 509

⁶ PALOMINO Cabezas, Walter. Formas de Conclusión del Contrato. Capítulo 4 Módulo 4, pág. 10-11 Disponible en: http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/cap4_m4a.pdf

⁷ Regulada en el artículo 133 del Reglamento.

⁸ Opinión N° 151-2017/DTN. Si bien, dicha opinión ha sido emitida por la aplicación de la Ley N° 30225 y su Reglamento, no soslaya, el carácter sustancial de las penalidades especiales.

el objeto de la convocatoria. El alcance de dichos parámetros ha sido analizado en la Opinión N° 023-2017/DTN de fecha 20 de marzo de 2017, donde el órgano rector ha señalado qué implica cada uno de ellos:

"(..) Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;*
- (ii) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.*
- (iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria."*

81. Como puede advertirse, la naturaleza de las denominadas "otras penalidades" en el ámbito estatal exige a través de la objetividad, la predeterminación del incumplimiento contractual que será pasible de sanción esto es, una precisa definición de la conducta que la Entidad considera que debe imponerse una penalidad si es que dicha conducta es incumplida.
82. Es decir, la objetividad obliga a las Entidades a distinguir puntualmente los incumplimientos que serán materia de sanción económica, así como se debe delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente se hubiera definido y el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.
83. Conforme al parámetro de objetividad, el mismo que dispone que se establezca los porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos revela a consideración del Árbitro Único, la obligación de la Entidad de discriminar o distinguir en forma exacta el procedimiento así como el porcentaje, forma de cálculo y procedimiento de la aplicación de la penalidad.
84. En esa línea por tanto, no resulta apropiado y concordante con la objetividad referida, que la penalidad especial no establezca el procedimiento mediante el cual, el Consultor deba presentar sus descargos a efectos que la Entidad lo evalúe
85. En efecto, de la documentación presentada en el expediente arbitral no se encuentra referencia alguna mediante la cual, la Entidad haya seguido procedimiento alguno para que el Consultor presente sus descargos respecto a la penalidad especial impuesto al Informe N° 2 de modo tal, que garantice su derecho de defensa.

Árbitro Único

Luis Eduardo Adrianzén De Lama

86. En ese sentido, se advierte que la Entidad impuso una penalidad especial al informe N° 2 y a consecuencia de ello, resolvió el contrato no obstante, no se dispuso procedimiento alguno a efectos que se verifique el incumplimiento ni tampoco para dar oportunidad al Consultor a efectos que presente sus descargos. En buena cuenta, la actuación de la Entidad ha sido contrario al parámetro de objetividad prevista en el artículo 166 del Reglamento.
87. Atendiendo a ello, el Árbitro Único concluye que la Entidad ha seguido una línea de análisis para la determinación de la penalidad especial alejada del parámetro de objetividad prevista en el artículo 166 del Reglamento debido a que no dispuso procedimiento alguno para la determinación de aquellas.
88. Asumir una tesis contraria implicaría trasgredir el equilibrio de las prestaciones de las partes, ya que se evidencia la inexistencia de un procedimiento para la determinación de la penalidad a pesar de que la disposición normativa y las precisiones del OSCE advierten, claramente, que la Entidad debe distinguir y/o establecer el procedimiento de imposición de penalidad especial.
89. Atendiendo a lo expuesto, el Árbitro Único llega a la conclusión que el máximo de la penalidad especial para el Informe N° 2 no resulta amparable toda vez, que no se ha cumplido el procedimiento previsto para la imposición de la penalidad por lo que la retención de la suma de S/ 21,421.35 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 35/100 Soles) por concepto de penalidad especial igualmente, no resulta amparable y debe ser restituido al Consultor y por ende, la causal para resolver el Contrato no resulta amparable.
90. Conforme a lo descrito, la resolución del Contrato dispuesta por la Entidad no tiene la causal que la sustente y en consecuencia, corresponde declarar nula la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL-GG-2017-C-Ayacucho efectuada mediante la Carta N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA y en consecuencia, fundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda y Fundada la Primera Pretensión Principal de la reconvencción.
91. Ahora bien, el Árbitro Único decide analizar los siguientes puntos controvertidos:
- Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL efectuada por el Consultor mediante la Carta Notarial N° 00101-CJPERSA-GG-2017 de fecha 31 de agosto de 2017.
- Séptimo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia de la resolución del contrato efectuada por la consultora JPERSA S.A.C. a través de la Carta Notarial N° 00101-CJPERSA-GG-2017.
92. Se advierte que dichos puntos controvertidos se encuentran relacionados, por lo que corresponde su análisis en conjunto.

93. En el ámbito que nos compete el artículo 44, concordante con el inciso c) del artículo 40, de LCE establece que el contrato puede ser resuelto por causas imputables a la Entidad, al contratista, o caso fortuito o fuerza mayor, en este último caso, sin responsabilidad de ninguna de las partes. En el presente caso, el procedimiento de resolución contractual conforme a la normativa de contratación pública se inicia con un requerimiento o intimación a la parte contraria (salvo casos de excepción que no es pertinente referirnos) el mismo que debe explicitar la obligación incumplida, el plazo que se otorga para superar el incumplimiento y el apercibimiento de resolución. Si alguno de estos extremos se incumple, ya sea por imprecisión o contrariar lo fijado en la disposición legal la intimación deviene en ineficaz y, por ende, la resolución que se efectúe como consecuencia de un acto defectuoso devendrá también en ineficaz y nula. Conforme lo tratado anteriormente, la normativa en materia de contratación estatal ha previsto en procedimiento a seguirse en el artículo 169 del RLCE:

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...).”

94. En esa línea, el procedimiento reglado impone: (i) la parte perjudicada debe requerir el cumplimiento, mediante carta notarial, a la parte incumplida otorgándole un plazo de 5 días al tratarse de un contrato de servicio de consultoría, con expresa mención del apercibimiento de resolución; (ii) si vencido el plazo, continúa el incumplimiento, la parte perjudicada notificará a la parte incumplida la resolución total o parcial del contrato igualmente mediante carta notarial. En esa medida, observamos lo siguiente:

95. El Consultor mediante la Carta Notarial N° 00098-CJPERSA-GG-2017 notificada con conducto notarial el 28 de agosto de 2017, requirió a la Entidad:

“(...) solicito dejar sin efecto y restituir el monto de la penalidad indebidamente ejecutada por vuestra entidad, a mi representada, por aplicación de “Otras penalidades” donde señalan debido a “atrasos” y “fuera de plazo” los informes 1,2 y 3 el cual no calificaría como “otras penalidades” puesto que en la práctica aplicaron penalidad por mora (...)

Asimismo, la aplicación de dicha penalidad no fue notificada, en su momento, a mi representada para efectos de ejercer el derecho de defensa o sustento a los supuestos atrasos imputados. En tal sentido solicito que se efectúe mi solicitud en el plazo de 15 días calendario después de recibida la presente carta, bajo apercibimiento de resolver el contrato en caso de no tener respuesta en el plazo señalado.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Por otro lado, solicito disponga el pago a mi representada por la presentación del informe N° 4 en razón a que dicho informe cuenta con la aprobación de la empresa supervisora (...)"

96. La citada carta fue notificada a la Entidad mediante conducto notarial como lo dispone la normativa. Asimismo, el plazo otorgado por el Consorcio fue de 1 día calendario, el artículo 169 del Reglamento dispone que el plazo necesariamente debe ser no menor a 5 días calendarios. Finalmente, existe mención expresa que de no cumplirse con el requerimiento, se procederá a la resolución del contrato.

97. Queda acreditado por tanto, que el requerimiento que siguió la Demandante para resolver el contrato tuvo en cuenta la certificación notarial, la referencia a la obligación que debe ser cumplida, así como el plazo de 01 día que debía otorgar, extremos de cumplimiento obligatorio por emanar de disposiciones de orden público. Asimismo, de la revisión de los autos, se verifica que la Entidad no absolvió el requerimiento formulado mediante la Carta Notarial N° 00098-CJPERSA-GG-2017. Ante ello, el Consultor mediante la Carta Notarial N° 00101-CJPERS-GG-2017 notificada el 04 de setiembre de 2017, comunicó a la Entidad lo siguiente:

"(...) ante el silencio por parte de vuestra entidad, y no tener respuesta a los requerimientos de información y comunicaciones sobre los entregables del contrato de la referencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 169 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado procedemos a RESOLVER el Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL y damos por concluido el servicio derivado del mismo (...)"

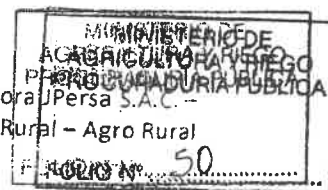
98. Conforme a la literalidad de la carta notarial, el procedimiento de resolución de contrato efectuado por el Consultor ha cumplido con cada uno de los lineamientos y disposiciones previstas en la normativa de contratación pública.

99. Ahora bien, corresponde analizar si es que la causal alegada por el Consultor justifica la resolución del Contrato dispuesto. Para ello, el Demandante ha referido en su demanda que la Entidad se negó a pagarle por el Informe N° 04 y 05.

100. El inciso c) del artículo 40 de la LCE, prevé la posibilidad que el contratista sólo pueda resolver el contrato cuando opere un incumplimiento de una obligación esencial de la Entidad. Corresponde entonces, analizar qué es lo que se entiende por obligación esencial. Al respecto, la Opinión N° 27/2014.DOP del 13.02.14 alcanza una definición sobre obligación esencial:

"2.1.3. (...) se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato".

101. Asimismo, la obligación esencial no necesariamente debe estar planteada como tal en las bases y el contrato conforme lo señala la citada opinión:



“Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse. En esa medida, una obligación esencial puede denominarse expresamente como tal o puede no incluir dicha denominación; correspondiendo, en este último caso, distinguirla por su condición de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

En consecuencia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente como tal u obligaciones esenciales sin denominación, dado que la calificación de una obligación como esencial no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato”

102. Es decir, “(...) la facultad resolutoria de los contratantes es inherente a la naturaleza misma de todo contrato, al igual que dependiendo del contrato del cual se trate, las obligaciones esenciales de los mismos emergen de la propia naturaleza de aquellos y no requieren que sean indispensablemente enunciados o detallados, ya que del análisis de cada uno de ellos fluye de manera inequívoca las obligaciones esenciales⁹”. En adición, la citada Opinión afirma que el pago constituye una obligación esencial:

“Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato¹⁰ o a las prestaciones involucradas”.

103. Si bien en el contrato no existe referencia alguna a las obligaciones esenciales de la Entidad ello no implica la inexistencia de aquellas sino más bien la esencialidad está íntimamente vinculada a la satisfacción de los intereses de su contraparte quedando anotado por aplicación de la Opinión N° 027/2014-DOP que el pago a cargo de la Entidad resulta una obligación esencial que debe cumplirse como medida de satisfacción de los intereses del Consultor.

104. Ahora bien, el Consultor sostiene que le corresponde el pago del informe N° 4 debido a que la Supervisión concluyó que dicho informe tenía la calidad de aprobado. No obstante, el numeral 13 de los Términos de Referencia establecen lo siguiente:

⁹ RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo. *Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado*. Revista Arbitraje PUCP. Año III Número 9 setiembre de 2011. Pag 40-48.

¹⁰ En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

El Supervisor o Inspector designado, luego de recibido el Informe N°04, tiene hasta cinco (05) días para revisar y emitir su informe técnico respectivo aprobando u observando y el Consultor tiene hasta diez (10) días para subsanar las observaciones, si las hubiera. Dicha aprobación por parte del Supervisor no implica conformidad del Informe N°04 (Formulación y Evaluación).

105. Es decir, la existencia de la aprobación de la Supervisión no implica per se la conformidad del Informe N° 4 por parte de la Entidad. Es mas, la Entidad mediante el Informe Técnico N° 104-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL/OPP-U PPC" de fecha 6 de setiembre de 2017 presentó diversas observaciones al Informe N° 04.
106. Sobre ello, el Consultor no ha acreditado en forma fehaciente que dichas observaciones hayan sido subsanadas o que no correspondan de modo tal, que en efecto podamos concluir que el Informe N° 4 cumple con las exigencias de los términos de referencia. En ese sentido, si bien en la generalidad de los casos, el pago es una obligación esencial no menos cierto, es que para su procedencia previamente, el Consultor debe haber cumplido con su obligación correspondiente al Informe N° 04 no obstante, como se ha anotado, el Árbitro Único no se forma convicción que dicho informe cumpla con las exigencias legales y en consecuencia, considera que la resolución del Contrato dispuesta por el Consultor por la falta de pago respecto al Informe N° 4 no resulta válida y en consecuencia, debe declararse nula.
107. Asimismo, como causal para resolver el Contrato, el Consultor requirió que se le restituya el monto de la penalidad por otras penalidades no obstante, el Árbitro Único considera que la facultad de imponer penalidad y cobrarlas durante la ejecución contractual resulta una facultad que otorga a la Entidad y por ende, estima que no nos encontramos ante una obligación esencial por lo que igualmente, el Árbitro Único concluye que la resolución del Contrato no cumple con las exigencias legales para su validez.
108. En adición, el Consultor también requirió y posteriormente, resolvió debido a que cuestionó que no tomó conocimiento de la penalidad especial; no obstante, el Árbitro Único considera que dicho requerimiento responde más a un cuestionamiento que propiamente a una obligación esencial por lo que considera que la resolución del Contrato no cumple con las exigencias legales para su validez.
109. Bajo lo descrito, el Árbitro Único concluye que no corresponde declarar la validez de la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRO RURAL efectuada por el Consultor mediante la Carta Notarial N° 00101-CJPERSA-GG-2017 de fecha 31 de agosto de 2017 sino su nulidad y en consecuencia, infundada la Segunda Pretensión Principal de la Demanda e infundada la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.
110. Ahora bien, el Árbitro Único ya ha determinado que la resolución contractual operada por el Consultor es inválida y no resulta eficaz para las partes, y también ha determinado en el acápite anterior que la pretensión de la Entidad de resolver el

¹¹ Adjunto al ANEXO 1-B de la demanda presentada por el Consultor.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

contrato no es igualmente amparable. En tal sentido, y de asumirse una decisión bajo esos alcances conllevaría a que el contrato estuviese vigente y sus prestaciones, de ambas partes, exigibles. No obstante, se ha evidenciado durante el proceso arbitral, que las partes tienen diversos criterios respecto a la disponibilidad hídrica que aparentemente aún no ha sido superada.

111. En ese orden de ideas, por tanto, no resultaría posible disponer que se retome el Contrato con las partes en conflicto debido a que los criterios se mantienen, asimismo, no es posible jurídicamente, para evitar este inconveniente, acceder a las pretensiones de las partes y con ello convalidar la resolución contractual, sea por culpa de la Entidad, sea sin culpa de las partes, cuando del análisis elaborado se ha concluido que tanto el proveedor como la Entidad no cuentan con todos los elementos idóneos que sustenten sus pretensiones.
112. De otro lado, se desprende con certeza absoluta que ninguna de las partes está interesada en mantener la relación contractual, debido a que ambas partes pretenden, como ya se ha mencionado, que el contrato quede resuelto imputándose ambos la responsabilidad por la ruptura del acuerdo.
113. El Principio de Eficiencia recogido en el literal f) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado (aplicable a este caso), establece que las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos públicos y humanos, precisando que las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
114. Tomando como base esta disposición resulta conveniente que las partes reconozcan los hechos actuales y adopten una decisión analizando si retomar la relación contractual resulta más eficiente, económico y menos controvertido que mantener los efectos de la ruptura del contrato.
115. A continuación, corresponde analizar el siguiente punto controvertido:

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, ordenar a AGRO RURAL el reconocimiento de Conformidad y pago de los entregables N° 04 sustentada en el Informe de fecha 04 de mayo de 2016 e informe de aprobación emitida por el supervisor y el 05 sustentado en la culminación de la evaluación por un monto de S/. 128,528.10 más los intereses de ley a la fecha de efectivizar el correspondiente pago.

116. Tal como se ha desarrollado en el acápite anterior, el Consultor no ha acreditado en forma fehaciente que el Entregable N° 4 responde a los términos de referencia puesto que la aprobación de la supervisión no es mérito suficiente para considerar que se encuentra conforme, tal como los propios términos de referencia lo señalan.
117. Respecto al Informe N° 05, no obra en autos que se haya presentado dicho informe, por lo que el Árbitro Único no se genera certeza de que en efecto, corresponde el pago.

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

118. Por lo descrito, el Árbitro Único considera que corresponde declarar infundada la Tercera Pretensión Principal de la demanda.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del 10% de la garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato por la suma de S/ 21,421.35 soles.

119. El artículo 158 del Reglamento establece en relación con la garantía de fiel cumplimiento:

*Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento
Como requisito indispensable para suscribir el Contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad, la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta debe ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del Contratista, en el caso de bienes y servicios (...)*

120. En el presente caso, el Contrato se encuentra vigente debido a que las resoluciones del Contrato dispuesta por las partes han quedado sin efecto por lo que corresponde al Consultor mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento por lo que el Árbitro Único, concluye que no corresponde atender al pedido del Consultor y en consecuencia, infundada la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a AGRORURAL el pago de la suma de S/ 60,000.00 Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la resolución del Contrato.

121. De acuerdo, a los considerandos precedentes, el Árbitro Único ha dejado sin efecto la resolución del Contrato dispuesta por las partes, por lo que no corresponde atender el pedido del pago de la suma de S/ 60,000.00 Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la resolución del Contrato.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad asumir el pago de costas y costos.

122. El Árbitro Único, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, Árbitro dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral.

LAUDA DECLARANDO:

PRIMERO: FUNDADAS la Primera Pretensión Principal de la Demanda y la Primera Pretensión Principal de la Reconvención y en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL-GG-2017-C-Ayacucho efectuada mediante la

Árbitro Único
Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Carta N° 045-2017-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OGA conforme a las consideraciones previamente expuestas.

SEGUNDO: FUNDADAS la Segunda Pretensión Principal de la Demanda y la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención y en consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la resolución del Contrato N° 200-2015-MINAGRI-AGRORURAL-GG-2017-C-Ayacucho efectuada mediante Carta Notarial N° 00101-CIPERSA-GG-2017-C Ayacucho de fecha 31 de agosto del 2017 conforme a las consideraciones previamente expuestas.

TERCERO: INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda y en consecuencia, no corresponde ordenar la conformidad ni el pago del entregable N° 04 ni del entregable N° 05 por la suma de S/ 128,528.10 (Ciento veintiocho mil quinientos veintiocho con 10/100 Soles) ni los intereses conforme a las consideraciones previamente expuestas.

CUARTO: INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda y en consecuencia, no corresponde ordenar la devolución del diez por ciento (10%) de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato por la suma de S/ 21,421.35 (Veintiún mil cuatrocientos veintiuno con 35/100 Soles) conforme a las consideraciones previamente expuestas.

QUINTO: INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la Demanda y en consecuencia, no ordenar el pago de la suma de S/ 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la resolución de Contrato conforme a las consideraciones previamente expuestas.

SEXTO: INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la demanda e **INFUNDADA** la Pretensión Accesorio de la Reconvención y, en consecuencia, cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido.

SÉTIMO: REGÍSTRESE el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.


LUIS EDUARDO ADRIANZÉN DE LAMA
ÁRBITRO ÚNICO