

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Intervención económica de la obra a propósito del laudo
arbitral contenido en la Resolución N° 92 de fecha 2 de
octubre de 2019 sobre la controversia surgida entre
SERPAR y Consorcio Som Lima Norte

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Valeria Vilcarromero Figueroa

ASESOR:

Christian César Chocano Davis


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Intervención económica de la obra a propósito del laudo arbitral contenido en la Resolución N° 92 de fecha 2 de octubre de 2019 sobre la controversia surgida entre SERPAR y Consorcio Som Lima Norte”**, del autor / de la autora VALERIA VILCARROMERO FIGUEROA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR	
DNI: 40988780	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

En el presente informe se analiza el laudo arbitral contenido en la Resolución N° 92 que resuelve la controversia surgida entre SERPAR y Consorcio Som Lima Norte. La primera parte servirá para identificar los hechos relevantes del caso, los problemas jurídicos y la posición preliminar del candidato. La segunda parte desarrolla las categorías jurídicas como potestad administrativa, intervención económica y resolución contractual con el respectivo detalle del caso en particular. Al final se ofrecen conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave

Potestad administrativa- exorbitante- intervención económica de la obra- contrato administrativo- resolución contractual.

ABSTRACT

This report analyzes the arbitration award contained in Resolution No. 92 that resolves the controversy that arose between SERPAR and Consorcio Som Lima Norte. The first part will serve to identify the relevant facts of the case, the legal problems and the preliminary position of the candidate. The second part develops the legal categories such as administrative power, economic intervention and contractual resolution with the respective detail of the particular case. Finally, conclusions and recommendations are offered.

Keywords

Administrative power - exorbitant - economic intervention of the work - administrative contract - contractual resolution.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. Justificación de la elección de la resolución	2
I.2. Presentación del caso y análisis	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
II.1. Antecedentes	8
II.2. Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	16
V.1. PROBLEMA PRINCIPAL Y PROBLEMA SECUNDARIO	16
1. Las potestades de la administración pública: definición desde la doctrina y su justificación en el ordenamiento jurídico	17
1.1. Las potestades administrativas en los contratos administrativos.....	18
1.1.1. La intervención económica de la obra como potestad administrativa exorbitante en el ámbito de las contrataciones con el Estado.....	19
1.1.2. Caso concreto: La intervención económica de la obra realizada por SERPAR	20
1.1.2.1 Análisis de la intervención económica de la obra realizada por SERPAR.....	23
V.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS: CONTRACTUAL Y NORMATIVO	29
2. La resolución contractual como una forma de extinción contractual.....	29
2.1. La resolución contractual por incumplimiento en el ámbito de contrataciones con el Estado	30
2.2. Caso concreto: la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR.....	31
2.2.1. Análisis de la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR.....	32
VI. Conclusiones y recomendaciones	34
BIBLIOGRAFÍA.....	36

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Proceso Arbitral SERPAR y Consorcio SOM Lima Norte
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho administrativo, Contrataciones con el Estado, Arbitraje
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución N° 92 (2 de octubre de 2019) Laudo Arbitral
Demandante / Denunciante	Consorcio Som Lima Norte
Demandado / Denunciado	SERPAR
Instancia administrativa o jurisdiccional	Arbitraje Ad hoc

Abreviaturas clave

- Consorcio SOM Lima Norte: Consorcio o Contratista
- SERPAR: la Entidad
- Contrato N° 0002-2014-SERPAR-LIMA/MML: el Contrato
- Ley de Contrataciones con el Estado: LCE
- Reglamento: RLCE
- Directiva 001-2003/CONSUCODE/PRE: la Directiva o la Directiva 001
- Asesores Técnicos Asociados S.A: la Supervisión o supervisor de obra
- Resolución N° 92 de fecha 2 de octubre de 2019: Laudo arbitral
- Acciones de la obra: acciones o componentes
- Asiento de obra: asiento
- Resolución de Secretaría General: RSG
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: OSCE
- Código Civil: CC

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

En el marco de la contratación pública, específicamente la que se refiere a la relación contractual entre el administrado y el Estado, existen figuras jurídicas que ambas partes pueden ejercitar en caso se den determinadas situaciones de incumplimiento en la etapa de ejecución contractual que les generen consecuencias económicas desfavorables y, por tanto, les impida lograr el beneficio esperado. Sin embargo, a diferencia del administrado, el Estado cuenta con potestades para satisfacer objetivos de interés público. En buena cuenta, toda actuación pública buscaría la consecución de fines públicos.

En el caso concreto que será estudiado a lo largo del presente informe, se identifica que la potestad administrativa ejercida por el Servicio de Parques de Lima, en adelante, SERPAR o la Entidad, fue la intervención económica de la obra, que a la fecha del contrato con el Consorcio SOM Lima Norte, en adelante Consorcio o el contratista, se encontraba regulada principalmente en un reglamento y en una directiva.

Por un lado, en el Reglamento de la ley de contrataciones con el Estado, en adelante el RLCE, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008, que en su artículo 206 indica lo siguiente: “*La Entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos (...)*”. (resaltado propio).

Por otro lado, en la Directiva 001-2003/CONSUCODE/PRE, en adelante la Directiva, desarrolla las causales de la referida intervención, así como el procedimiento a seguir de suscitarse alguna de ellas.

Así pues, dado que la Entidad es a quien se le otorga, vía habilitación reglamentaria, la potestad de intervenir económicamente la obra, será relevante analizar en el presente caso, si dicha intervención se realizó conforme al reglamento y la directiva, vigentes a la fecha del contrato suscrito entre SERPAR y el Consorcio, y si dicha intervención se corresponde con el fin explícito de la

disposición normativa que regula la figura jurídica en mención; siendo este, según el artículo antes citado, el “*no llegar al extremo de resolver el contrato*” .

También, será de utilidad resaltar que la intervención económica de la obra se condice con la naturaleza de una potestad administrativa exorbitante, al ser un poder conferido a la Administración Pública en una determinada relación contractual. Entonces, en tanto la naturaleza de la potestad exorbitante está asociada a satisfacer el interés público, la relación contractual se torna desigual, pero justificada bajo tal finalidad.

Otro aspecto a evaluar será de qué manera esta potestad afecta la relación contractual, si se adopta (i) por consideraciones que no sean de orden técnico y económico, como lo exige la disposición normativa o (ii) sin examinar los hechos concretos, ya sea a razón de caso fortuito, fuerza mayor o incumplimientos de estipulaciones contractuales, que indiquen razonable y fehacientemente la necesidad de optar por la intervención económica. Es decir, sin una debida motivación. Pues estos dos puntos resultarían ser límites de la potestad mencionada.

I.2. Presentación del caso y análisis

La Resolución N° 92 de fecha 2 de octubre de 2019 contiene el Laudo arbitral que pone fin a las controversias suscitadas en la ejecución contractual entre Consorcio y SERPAR. Por lo mismo, a pesar que el laudo determina siete puntos controvertidos, para efectos del presente trabajo se ofrece un breve resumen de cuatro de ellos, sin ahondar, puesto que son estos los que serán de análisis a lo largo del presente informe, conforme al siguiente detalle:

Primero	Si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por SERPAR a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016.
----------------	--

En esta Carta Notarial, bajo apercibimiento de resolución, SERPAR señala tres incumplimientos en los que supuestamente habría incurrido el contratista, bajo apercibimiento de resolución, que se citan a continuación:

- Deficiencias de equipo mecánico en cantidad y operatividad, carencia de personal obrero y de mando medio y limitaciones en el abastecimiento de insumos y equipos.
- Ausencia de ingenieros especialistas que habían sido propuestos en la oferta técnico-económica del contratista¹.
- Instalación de grass americano en áreas donde correspondía grass bermuda conforme al expediente técnico aprobado.

El Consorcio indicó con respecto al primer incumplimiento que este es impreciso por tres razones: i) no se identifica el incumplimiento concreto, ii) no se indica con especificidad las supuestas deficiencias, es decir, qué tipo de equipo mecánico o personal de mando medio se encuentra ausente en la obra y iii) no se indica en qué acciones de la obra se halla la ausencia de lo mencionado.

Asimismo, afirma que en las actas de inventario del 13 y 15 de abril de 2016 se verificó que en la obra se encontraron varios materiales e insumos de obra, por lo que no se entiende la aseveración del indicado incumplimiento.

Ahora bien, sobre el segundo incumplimiento, indica que en el acta de visita de control consta que el avance de obra al 16 de febrero de 2016 (fecha de envío de la carta notarial) era del 95% y ello es relevante, puesto que este avance no hubiera sido alcanzado sin la presencia del personal de obra necesario en las acciones de la obra.

Sobre el tercer incumplimiento, en líneas generales, indicó que no era posible calificarlo como un incumplimiento porque no se había realizado la entrega de la obra aún.

Asimismo, sobre la legitimación de la intimación, señala que SERPAR es parte infiel del contrato, ya que habría incumplido sus obligaciones: gastos generales y reajustes que correspondían a valorizaciones que habían sido aprobadas por SERPAR.

¹ Se mencionan siete cargos: arquitectos, ingeniero especialista en estructuras, ingeniero especialista en instalaciones sanitarias y PTAR, ingeniero especialista mecánico eléctrico, especialistas en medioambiente, ingeniero de metrado y valorizaciones, ingeniero de seguridad de obras, jefe de museografía, especialista de riego.

El Tribunal declara fundado este punto, para ello recoge lo afirmado por Consorcio. Además, toma en consideración la Carta 1047 del Contratista, que absuelve el requerimiento de la Carta Notarial 33720, y las declaraciones adjuntadas a la demanda arbitral de siete especialistas² que prestaban sus servicios en la obra.

Por lo que resuelve, por un lado, que no hubo desabastecimiento de materiales, que el Contratista acreditó la presencia de los especialistas propuestos en su oferta técnico económica, y por otro lado, que SERPAR no habría especificado los incumplimientos y que no había presentado *medios probatorios correspondientes*.

Segundo	Si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por SERPAR a través de la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016.
----------------	--

En esta Carta Notarial, bajo apercibimiento de resolución, SERPAR acredita un supuesto incumplimiento adjuntando la Carta 043-2016 de fecha 16 de febrero de 2016 de la Supervisión; sin embargo, en esta no identifica un incumplimiento en sí, sino que refiere de manera literal lo siguiente:

“(...) el Contratista Consorcio SOM Lima Norte, no realiza trabajo alguno en ninguno de los frentes de trabajo de la Obra (...) al respecto se adjuntan al presente fotografías de los diferentes frentes de trabajo en las cuales se observa el total ausentismo del personal en toda la Obra.”

El Consorcio indica que se está afirmando que la alegada paralización tuvo lugar del 15 de febrero al 9 de marzo de 2016 y que ello no se corresponde a la realidad porque el asiento 649 de 7 de marzo indica que se seguía aumentando personal en los frentes de trabajo.

Asimismo, se precisa que a través de constataciones notariales de 7 y 11 de marzo del mismo año, se indicó que se realizaban trabajos en ciertos sectores de la obra, por lo que no habría paralización.

² Se mencionan sus nombres pero no el cargo que ocupan en la obra.

Por su lado, el Consorcio indica que la obra no se encontraba paralizada al 10 de marzo de 2016, de hecho, luego, se indica que la referida paralización inició el 16 de marzo de 2016, de lo que se deja constancia en la misma fecha tanto en el asiento de obra 657 como en la Carta 1049, donde responde a los requerimientos de SERPAR.

Sobre la Carta 1049, esta indica que la situación financiera del proyecto es incierta y no seguirán ejecutando trabajos, sustentando de manera justificada ello en los artículos 1426 y 1427 del CC, referidos a incumplimiento y caducidad de plazo, respectivamente, sobre el contrato con prestaciones recíprocas, debido al comportamiento contractual de la Entidad. Incluso, ofrecen una pericia que demuestra el desequilibrio económico financiero que provoca este.

El Tribunal recoge lo dicho por Consorcio y declara fundado este punto, además señala que lo presentado por este demostrarían que la obra no fue paralizada el 15 de febrero. Asimismo, realiza un análisis sobre la excepción de incumplimiento y de caducidad para concluir que SERPAR se encontraba en incumplimiento y que la paralización inició el 16 de marzo y estaba justificada, sobre todo por el actuar de la Entidad, que fue contrario a la buena fe contractual, tanto así que provocó el desequilibrio económico financiero, el cual fue probado en el dictamen pericial ofrecido por Consorcio.

Tercero	Si corresponde o no declarar que la intervención económica realizada por SERPAR es indebida, inválida y carece de sustento técnico, legal y económico, efectuada a través de la Resolución de Secretaría general N° 050-2016 con fecha 16 de marzo de 2016.
----------------	--

Sobre esto, debe apuntarse primero que solo la Carta Notarial 33720 es parte de los fundamentos de la Resolución de Secretaría General 050-2016, por la que se interviene económicamente la obra, y no así la Carta Notarial 135013 mencionada en el punto controvertido anterior.

Ahora, SERPAR justifica la resolución que interviene la obra, en dos cartas notariales enviadas³; además de la recomendación de este proceder por parte de la Supervisión, el coordinador de obra, la División de Proyectos y Supervisión de obra, la asesora legal de la Gerencia Técnica, la Gerencia Técnica, a través de cartas e informes.

Por su lado, el Consorcio indica que la Entidad no respetó los 15 días referidos al plazo de subsanación de los supuestos incumplimientos, otorgado a través de Carta Notarial 135013. Asimismo, considera que no se cumplió con los requisitos de forma y fondo de la Directiva 001.

También, se debe mencionar que el Consorcio no mostró negación ante la mencionada intervención, de hecho, no se opusieron a la misma, pero la acataron bajo protesta, lo que queda reflejado en el asiento de obra 657 con fecha 16 de marzo de 2016.

El Tribunal declara fundado este punto, bajo el razonamiento de que ni en la Carta 33720 ni la Carta 135013 se requirió el cumplimiento de las obligaciones de Consorcio bajo apercibimiento de intervenir la obra. Asimismo, habría incumplido con lo pactado en la Cláusula Trigésima Primera del Contrato.

Cuarto	Si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución parcial del contrato efectuada por SERPAR a través de la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016.
---------------	--

Hasta este punto, es preciso señalar que tanto la Carta Notarial 33720 como la Carta Notarial 135013, bajo apercibimiento de resolución, son parte de los fundamentos de SERPAR en esta Carta Notarial que resuelve parcialmente el contrato.

Además, SERPAR fundamenta esta con asientos de obras e informes y cartas de la Supervisión y de órganos de la Entidad, en las que destacan la recomendación de proceder con la resolución por parte de la Supervisión y el coordinador de obra, según se desprende de la contestación de la demanda arbitral.

³ Cartas Notariales 33719 y 33720 que resultaron tener el mismo contenido y ser de la misma fecha.

El Consorcio se remite a lo expresado en el primer punto controvertido respecto a los supuestos incumplimiento incurridos y, además, sostiene que la carta por la cual se comunica la resolución parcial del contrato contiene defectos de forma y fondo, debido a que no se condice con lo establecido en el artículo 40 de la LCE, los artículos 168 y 169 del RLCE, ni en lo estipulado en la vigésima segunda cláusula del contrato firmado por las partes.

El Tribunal declara fundado este punto se remite a lo desarrollado previamente con respecto a los supuestos incumplimientos y se concluye que la resolución fue inválida.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

En esta parte de la investigación, se hará una revisión general de los antecedentes sobre el caso para facilitar la comprensión del contexto. Luego, tomando en consideración lo expresado en la presentación del caso, se seleccionarán los hechos más relevantes que ayuden a identificar el problema principal y los problemas secundarios (contractual, normativo y doctrinario).

II.1. Antecedentes

Con fecha 12 de agosto de 2013, mediante concurso público internacional PEOC/12/84361/1960, la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, por encargo de SERPAR, convocó y llevó a cabo un proceso de selección, bajo la modalidad llave en mano y el sistema de suma alzada, cuyo objeto contractual era la elaboración del expediente técnico, ejecución de obra y equipamiento de un proyecto de inversión pública. A la conclusión del proceso, se adjudicó la buena pro del Lote 1, que comprendía el “Mejoramiento y ampliación de los servicios recreativos culturales y deportivos en las instalaciones del parque zonal Sinchi Roca”, en el distrito de Comas, provincia de Lima, al Consorcio Som Lima Norte, constituido por el estudio Pereda 4, sucursal en Perú, Aldesa construcciones S. A., sucursal en Perú y Corporación San Francisco S.A.

Ante ello, con fecha 3 de enero de 2014, SERPAR y el Consorcio suscribieron el contrato N° 0002-2014-SERPAR-LIMA/MML por el monto de S/. 57 369 642.55.

Luego, con fecha 11 de abril de 2014 se realiza la entrega de terreno y el 16 de agosto de 2014 se da inicio a la ejecución de la obra, fase que es de interés en el presente trabajo.

II.2. Hechos relevantes del caso

1. El 10 de febrero de 2016, Consorcio solicita a SERPAR, mediante Carta notarial, el pago de diversos conceptos, entre los cuales se encontraban gastos generales y reajustes que correspondían a valorizaciones que habían sido aprobadas por SERPAR, bajo apercibimiento de resolución contractual, otorgándole 15 días para cumplir con ello.
2. El 16 de febrero de 2016, SERPAR requiere a Consorcio, a través de Carta notarial 33720, la subsanación de presuntos incumplimientos bajo apercibimiento de resolución contractual, otorgándole 15 días para su cumplimiento.
3. El 26 de febrero de 2016, SERPAR responde a Consorcio la Carta notarial de fecha 10 de febrero de 2016, por medio de la Carta Notarial 78634, en la cual indica no tener deuda a favor de Consorcio.
4. El 2 de marzo de 2016, Consorcio responde la Carta notarial 33720, mediante Carta 1047, indicando que no se encuentra en posición de incumplimiento, adjuntando para tal efecto una declaración de que continúan prestando sus servicios.
5. El 10 de marzo de 2016, SERPAR requiere a Consorcio, a través de Carta notarial 135013, subsanar la supuesta paralización de la obra, bajo apercibimiento de resolución contractual. Además, se adjunta la Carta 043 de parte de la Supervisión como material probatorio que sustentaría que los frentes de obra se encontraban paralizados, puesto que esta contiene fotos del 15 de febrero de 2016 que así lo demuestran.

6. Con fecha 14 de marzo de 2016, la Supervisión mediante Carta 054, indicó que el avance acumulado al mes de febrero del 2016 era de 85.97%.
7. El 16 de marzo de 2016, SERPAR comunica a Consorcio, mediante RSG 050, la intervención económica, se entiende que en aplicación del artículo 206 del RLCE y la Directiva 001, a razón del supuesto incumplimiento de sus obligaciones.
8. En la misma fecha, Consorcio deja constancia y comunica, a través Asiento 657, la paralización de la obra, justificando está en el comportamiento contractual de SERPAR, puesto que hasta dicha fecha no habría cumplido con pagos pendientes. También, indica que la supuesta paralización no se condice con la realidad, lo que se demuestra tanto en la Constatación notarial del 7 de marzo de 2016, como en el Acta de constatación de obra del 11 de marzo de 2016.
9. El mismo 16 de marzo de 2016, Consorcio absuelve la Carta notarial de fecha 10 de marzo de 2016, por medio de Carta 1049 y comunica la paralización de la obra a raíz de los pagos pendientes por parte de SERPAR y riesgo de conceptos a ser pagados en el futuro, además, deja constancia que consideran que la intervención realizada adolece de un triple sustento: técnico, económico y legal.
10. El 22 de marzo de 2016, mediante Carta, SERPAR le remite la Adenda N° 9 sobre intervención económica a Consorcio.
11. El 30 de marzo de 2016, Consorcio remite a SERPAR, mediante Carta 1054, solicitud de arbitraje, basándose en el convenio arbitral y el artículo de 218 del RLCE, asignando árbitro e indicando como parte de los reclamos que se declare la inadecuada intervención económica de la obra y se declare sin efecto las Cartas notariales 33720 y 135013.
12. El 1 de abril de 2016, SERPAR comunica al Consorcio, mediante Carta notarial 34095-2016, la resolución parcial del contrato.

13. El 15 de abril del 2016, a través de Carta Notarial, y a propósito de la resolución interpuesta, agrega reclamo de que se declare esta indebida, inválida e ineficaz.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Por todo lo dicho líneas arriba, los problemas identificados en el caso concreto son:

III.1. Problema principal

¿La intervención económica de la obra realizada por SERPAR tuvo amparo legal en la disposición normativa contenida en el artículo 206 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente a la fecha del contrato 0002-2014-SERPAR-LIMA/MML?

III.2. Problemas secundarios

a. Contractual

¿Se puede desprender de los hechos del caso que el Consorcio SOM Lima Norte incumplió sus obligaciones contractuales plasmadas en el Contrato 0002-2014 suscrito con SERPAR de forma injustificada ?

b. Normativo

¿Consorcio SOM Lima Norte fue requerido correctamente por SERPAR para efectos de resolver el contrato 0002-2014 en aplicación del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado ?

c. Doctrinario

¿La intervención económica es una potestad exorbitante de la Administración pública?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respuesta preliminar al problema principal: Con respecto al amparo legal de la intervención económica realizada por SERPAR, se evalúa que no se realizó

conforme al supuesto normativo expresado en artículo 206 del RLCE, en tanto en la resolución no se observan como parte de los fundamentos consideraciones de orden técnico o económico, de hecho, no se acreditó que los supuestos incumplimientos de estipulaciones contractuales no permitirían la terminación de los trabajos, y por lo tanto que se desprenda razonable y fehacientemente la necesidad de optar por la intervención económica.

Además, de acuerdo a la Directiva, existen tres escenarios para decidir intervenir una obra, de los cuales los literales b) y c) de las Disposiciones Específicas, son relevantes para el caso⁴. Es así que, SERPAR no habría cumplido con lo estipulado en los literales b) y c) de las Disposiciones Específicas de la Directiva, que indican los escenarios y procedimiento a seguir para su aplicación.

En primer lugar, no se realizó un requerimiento conforme al literal c), en tanto no se identificó las obligaciones incumplidas de manera clara y precisa en las cartas notariales, haciendo difícil la subsanación de éstas por parte del contratista. También, aunque no se establece de manera literal en la norma, se puede decir que tampoco se mencionó como consecuencia de la no subsanación de las obligaciones incumplidas la intervención económica de la obra, sino que se indicó como consecuencia la resolución contractual, por lo cual no hacía predecible la decisión de intervenir.

En segundo lugar, la valorización acumulada no sería menor al 80% conforme al literal b), de hecho se identificaría que el avance de obra acumulado era de 85.97%, porque este porcentaje fue reconocido en cartas de la Supervisión, como la Carta 054-2016 y la Carta 062-2016, y la misma resolución que interviene económicamente la obra.

Por lo dicho, se concluye que la intervención económica de la obra realizada por SERPAR no tuvo amparo legal en el artículo 206 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado vigente a la fecha del contrato entre las partes, tampoco en la Directiva.

⁴ En este punto se descarta el literal a), puesto que se refiere específicamente al incumplimiento por parte del Contratista de la presentación del calendario de avance de obra acelerado; escenario que no se desprende como un problema, ni de los hechos del caso, ni del razonamiento del Tribunal arbitral.

Respuestas a los problemas secundarios

a. Doctrinario

En relación a la intervención económica, con base a la normativa revisada, sobre todo por la redacción del artículo 206 del RLCE, se entiende que cuando establece que es *a juicio de* la Entidad, se desprenden dos afirmaciones: i) es decisión de la Entidad intervenir o no la obra y ii) es decisión de la Entidad dilucidar qué hechos indicarían el incumplimiento de las estipulaciones contractuales⁵ que no permitan la terminación de los trabajos, deviniendo en un razonamiento propio y por lo tanto subjetivo.

Así, al ser atribuible solo a la Entidad, que ejerce función administrativa, y no al Contratista, se identificaría como una potestad exorbitante, y que existe una relación desigual, pero necesaria debido a que el objeto de la contratación es para satisfacer necesidades específicas que materialicen el interés público.

Ahora bien, aunque se entiende que no todo está en la ley, lo que lleva, a veces, a un ejercicio discrecional de la potestad administrativa, estas potestades no deben ejercerse arbitrariamente, sino que tienen límites, que muchas veces se encuentran establecidos en la propia norma que regula la potestad.

Incluso, partiendo de lo anterior, se puede evaluar si la potestad bajo análisis es discrecional.

b. Contractual

Sobre el alegado incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio, como se ha mencionado, en tanto en las cartas notariales no se identifican los incumplimientos en los que habría incurrido el Consorcio en las acciones de la obra, sino que se describen de manera imprecisa y general, y, además, el Consorcio habría absuelto las cartas notariales, que contenían requerimientos, y habría presentado medios probatorios en el proceso arbitral, que acreditarían el cumplimiento de sus obligaciones.

⁵ En este punto se omite que la Entidad también podrá intervenir la obra en caso fortuito o fuerza mayor que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos, a razón de no ser cuestión controvertida en el presente informe, ni en los hechos del caso, ni es parte del razonamiento del Tribunal arbitral.

Además, se constaría que SERPAR habría incumplido con determinados conceptos que no la hacían parte fiel del contrato, por lo que la referida paralización de la obra no habría sido injustificada.

En conclusión, no se desprendería de los hechos del caso que el Consorcio incumplió sus obligaciones contractuales injustificadamente plasmadas en el Contrato suscrito con SERPAR.

c. Normativo

Con respecto a la resolución contractual parcial, ninguna de las cartas notariales mencionadas resultarían idóneas para tal propósito en tanto i) no se identifican incumplimientos concretos y ii) no se menciona qué parte del contrato quedaría resuelta de no subsanarse tales incumplimientos, como lo indica el artículo 169 del RLCE.

También, si bien la RSG 062 indica en la parte resolutive que se da de acuerdo a los incisos 1 y 3 del artículo 168 del RLCE⁶ y el artículo 40 de la LCE, los hechos indicarían que la razón fue la supuesta denegatoria del Contratista a la intervención económica.

Además, SERPAR no era parte fiel para resolver el contrato, ya que se encontraba pendiente el pago los compromisos contractuales correspondientes a las valorizaciones de octubre 2015 a enero de 2016, valorización de reajustes aprobados y valorizaciones de mayores gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, según Asiento 623 anotado por el contratista de fecha 10 de febrero de 2016 en el cuaderno de obra.

Por lo dicho, se arriba a la conclusión de que el supuesto incumplimiento de las obligaciones de Consorcio no calzó en alguna causal de resolución contractual del artículo 168 del RLCE, vigente a la fecha del Contrato.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

⁶ En este punto, de acuerdo al artículo 168, existen tres causales para resolver el contrato, de los cuales los incisos 1) y 3) son relevantes para el caso; se descarta el numeral 2), puesto que se refiere específicamente sobre a la acumulación del monto máximo de las penalidades; causal que no se indica como un problema, ni de los hechos del caso, ni del razonamiento del Tribunal arbitral.

Primero, sobre las cartas notariales, tenemos que el Tribunal no evalúa todos los supuestos incumplimientos de la carta notarial 33720, de hecho se omite uno en el análisis.

Así también, el Tribunal no realiza un cotejo entre el cargo de los especialistas mencionados en la carta notarial 33720, que según SERPAR no estaban en obra, y los cargos de la lista de nombres presentada por el Consorcio (punto 239 del Laudo), por lo cual no se sabe si corresponden o no a los mencionados en la carta notarial 33720.

Segundo, sobre la intervención económica de la obra, no se realiza un análisis de la figura jurídica como potestad administrativa, sino que se limita a replicar los fundamentos de la demanda arbitral y citar la normativa que desarrolla este concepto, es decir, el artículo 206 del RLCE y la Directiva 001.

Es así que, por ejemplo, no queda claro qué escenario de la Directiva fue tomado por SERPAR para optar por la intervención. Tampoco, deja en claro si los incumplimientos alegados corresponderían a obligaciones esenciales o no esenciales.

Además, se evalúa como requerimiento a la carta notarial 135013, cuando esta no es parte de los considerandos de la RSG 050.

Cabe indicar, también, que no se analiza la Cláusula Trigésima Primera del contrato cuando se refiere lo siguiente: “(...) *incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos en el plazo programado*”. (subrayado propio).

Así también, en el razonamiento del Tribunal, los requerimientos cursados debieron indicar ser bajo apercibimiento de intervención, lo que cual no lo fundamenta, sino que se refiere a la Directiva como si está mencionara ello de forma expresa.

Sobre los peritajes presentados, no se brinda mayor alcance de su contenido o fundamentos principales para arribar a conclusiones como que la paralización que inició el 16 de febrero de 2016 fue justificada o que hubo desequilibrio económico financiero.

Tercero, sobre la resolución contractual, no analiza los incumplimientos señalados en las cartas notariales en su totalidad, ni toma en cuenta las ampliaciones de plazo, y con ello un análisis en conjunto que considere al expediente técnico, calendario de obra, el avance de cada acción o informes/entregas parciales, de corresponder.

Por lo dicho, si bien el fallo favorece al Consorcio, el análisis recogido en la Resolución N° 92, de fecha 2 de octubre de 2019, no refleja un análisis real y propio de la instancia arbitral con respecto a las figuras jurídicas controvertidas, ni analiza de manera conjunta los medios probatorios, por lo que resulta insuficiente el razonamiento.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

De ahora en adelante, se abordarán en dos capítulos. En cada uno, se analizan conceptos jurídicos relevantes para el caso concreto y tratan los problemas identificados.

En el primer capítulo, se realizará una revisión doctrinal a fin de elaborar un concepto de potestad administrativa que sea de utilidad para el análisis del caso en concreto, así como su justificación en el ordenamiento jurídico. Luego, se pasará a ver el escenario de las potestades administrativas en los contratos administrativos para en seguida, evaluar cómo se condice la intervención económica de la obra con la naturaleza de una potestad administrativa. Con base en ello, se abordará el caso concreto de la intervención económica de la obra realizada por SERPAR y su correspondiente análisis.

En el segundo capítulo, se llevará a cabo una revisión de doctrina para conceptualizar la resolución contractual como una forma de extinción contractual, con la finalidad de entender esta figura en un escenario específico: la resolución contractual por incumplimiento en el ámbito de contrataciones con el Estado. Con base en ello, se explicará la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR y el análisis de los requerimientos bajo apercibimiento y el procedimiento en sí en el caso en cuestión. Y, finalmente, se brindarán conclusiones y recomendaciones.

V.1. PROBLEMA PRINCIPAL Y PROBLEMA SECUNDARIO

1. Las potestades de la administración pública: definición desde la doctrina y su justificación en el ordenamiento jurídico

En este apartado, se ensayará una definición de potestad administrativa a partir de la doctrina que ayude a responder y dejar en claro sobre quién la ostenta y ejerce, además de qué finalidad persigue pues esta última puede ser una justificación suficiente dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de acuerdo con Morón Urbina y Aguilera (2017: pp. 30-31): *“Los organismos tienen, conforme a ley, capacidades que no son usuales en la contratación privada que representan una suerte de ejecutoriedad administrativa unilateral”*. Es decir, existen ciertos poderes que caracterizan al ejercicio de la potestad administrativa en una relación contractual. El profesor Carlos Ferrada (2007: pp. 75-76) añade también que el ejercicio de tal potestad se sujeta a un régimen de derecho público para cumplir objetivos de interés general⁷.

Juan Carlos Cassagne identifica las características que tendría la potestad administrativa a partir de su origen y contenido: 1) No nace de alguna relación jurídica, sino del ordenamiento jurídico que la regula; 2) No versa sobre un objeto específico, sino de manera abstracta de producir efectos jurídicos; y, 3) No genera deberes concretos, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos (2013, p. 78).

En ese sentido, la potestad administrativa se somete de forma exclusiva al principio de legalidad porque hay un marco legal previo que la habilita, al interés público que debe satisfacer y a la unilateralidad de la Administración pública porque es esta la que la realiza. Acerca de la unilateralidad, es concebida como la relación desigual que existe con el administrado que tiene el deber de soportarla. Por este motivo, se le reconoce determinadas garantías para limitar y controlar el ejercicio arbitrario de dichas potestades.

El profesor Fernando Garrido Falla establece que el ejercicio de la potestad

⁷ El profesor Mario Linares Jara (2007: p. 290 y ss.) establece una diferencia entre potestad administrativo y prerrogativa pública que vale la pena mencionar. Respecto de la primera indica que pueden no estar habilitadas legalmente en la gran mayoría de los casos, mientras que la segunda si requiere una habilitación expresa. Sin embargo, el autor concuerda que ambas están sujetas a un régimen de derecho público que establece poderes que no tiene un particular.

administrativa se manifiesta a través de dos aspectos: *status libertatis* y *status activae civitatis*” (2005: p. 531). El primero limita la labor del estado para el respeto de las libertades del individuo, mientras que el segundo exige medidas estatales que promuevan dichas libertades.

De esta manera, se puede decir que hay un consenso en la doctrina por establecer las características más comunes para el ejercicio de la potestad administrativa. Por ejemplo, uno de ellos se refiere a la necesidad de la Administración pública por ciertos poderes para hacer realidad el interés público. Ello significa que exista una habilitación legal previa para su correcto ejercicio y también se reconocen garantías en favor del administrado para controlar tales poderes.

1.1. Las potestades administrativas en los contratos administrativos

Respecto a las cláusulas contractuales que contienen potestades administrativas, el profesor Manuel De la Puente establece que aquellas estipuladas en contratos públicos son muy distintas a las de la contratación privada y comunes a la actividad de la Administración Pública: “(...) *Las cláusulas que supeditan el cumplimiento del contrato al control riguroso de una de las partes, son inhabituales en derecho privado entre personas particulares (...)*” (1999: p. 9).

El autor Richard Martin establece la característica del contrato administrativo cuando existen cláusulas exorbitantes: “(...) *Un contrato será administrativo si contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, que no son permisibles en una relación de igualdad y que evidencian el ejercicio de prerrogativas públicas*” (2013: p. 7). Entonces, una cláusula exorbitante es la que excede al derecho común. Por ejemplo, la intervención económica del contrato por parte de la Administración Pública no es algo “común” entre privados, incluso es ejercida aún cuando no sea establecida de manera explícita en el contrato (Ibíd).

En el mismo sentido, Adolfo Céspedes resalta que para lograr una efectiva regulación de los contratos administrativos, la Administración Pública necesita de ciertas facultades de excepción que no se encuentran previstas en los contratos de derecho privado (2006: p. 204). El autor identifica que estas

facultades son las llamadas cláusulas exorbitantes donde en circunstancias muy específicas se puede modificar de forma unilateral el contrato, el equilibrio económico, etc (Ibíd).

Ahora bien, sobre la finalidad detrás de las actuaciones que justifican el interés público, ¿qué nos pueden decir las opiniones del OSCE al respecto? En la Opinión N° 083-2012/DTN de 8 de agosto de 2012, se reconoce que en el ámbito de contrataciones con el Estado, la Entidad contratante persigue la satisfacción del interés público.

Así también, en la Opinión N° 202-2019-DTN de 20 de noviembre de 2019, se refiere a ello, en una consulta sobre reducción de prestaciones, puesto que, a grandes rasgos, indica que la potestad de reducción se identifica con las “cláusulas exorbitantes” que caracterizan los regímenes jurídicos especiales de derecho público entre los cuales se encuentra el régimen de contrataciones del Estado, donde la Administración Pública personificada por una entidad particular representa al interés general mientras que su contraparte, es decir, el contratista, representa al interés privado.

En efecto, las potestades administrativas en los contratos administrativos tienen como objetivo final el tutelar y satisfacer el interés público en los contratos públicos.

1.1.1. La intervención económica de la obra como potestad administrativa exorbitante en el ámbito de las contrataciones con el Estado

La intervención económica se enmarca en el ejercicio de potestades exorbitantes debido a que, conforme al contenido literal del artículo 204 del RLCE vigente, se interpreta que es la Entidad quien tiene la posibilidad y decisión final de intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales; es bajo su exclusiva evaluación que determina la intervención.

Así también, actualmente, la directiva más reciente es que complementa a lo establecido en el RLCE es la Directiva N° 013-2019-OSCE/CD de fecha 21 de octubre de 2019.

Ahora también, debe precisarse que las potestades discrecionales son el juicio o voluntad de la actuación administrativa, en tanto “(...) *permite que la autoridad administrativa opte, dentro de los márgenes establecidos por la norma que la habilita, por la alternativa que sea más adecuada para los fines que persigue (...)*” (Tello 2017:10), pero estas son conferidas por medio de una norma que faculta su ejercicio, la cual tendrá, por lo general, implícitos ciertos límites “reglados”, y solo una parte será discrecional, lo cual se presenta en el caso de la intervención económica.

En palabras de Alejos, sobre las prerrogativas o potestades del Estado solo están tiene la capacidad de “(...) *asegurar que los contratos se ejecuten de manera oportuna (...)*” y reconoce que la intervención económica de la obra forma parte de aquella que se dan “(...) *con miras a satisfacer las necesidades públicas que se traducen en mejores bienes, servicios y obras (...)*” (Alejos 2020:144).

Por lo dicho hasta ahora, la intervención encaja en el concepto de potestad exorbitante de la Administración pública, por un lado, y discrecional, por otro lado; sin embargo, si bien no se encuentra implícita, se debe resaltar que se encuentra contenida y regulada en un Reglamento y en una Directiva, más no en un dispositivo normativo de jerarquía legal.

1.1.2. Caso concreto: La intervención económica de la obra realizada por SERPAR

Conforme a los hechos descritos del presente caso, SERPAR comunica a Consorcio, mediante RSG 050-2016 de fecha 16 de marzo de 2016, la intervención económica de la obra. Para ello, utiliza como sustento legal el artículo 206 del RLCE y la Directiva 001, como parte de los considerandos.

Primero, mencionar que en la base legal del contrato, se incluye en la Cláusula Trigésima Primera del Contrato, lo siguiente:

“LA ENTIDAD podrá de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos (...)”. A primera vista, tiene similitud

con artículo 206 del RLCE, pero agrega, “(...) en el plazo programado. Esta intervención económica se realizará y sujetará a lo indicado en el artículo 206 del Reglamento, así como a lo dispuesto en la Directiva 001-2003/CONSUCODE/PRE”.

Segundo, es preciso indicar que el artículo 206 del RLCE, por su lado establece, además:

(...) La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato.

Tercero, dicho artículo en el segundo párrafo establece una remisión a la Directiva y demás disposiciones del OSCE con respecto a la intervención.

Cuarto, como parte de las Disposiciones específicas de la Directiva, se resaltan tres casos en los cuales la Entidad podrá intervenir económicamente, de las cuales solo nos ocuparemos de dos⁸, los literales b) y c):

b) Si el monto de la valorización acumulada resulta menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada del calendario de avance de obra acelerado y que la Entidad prefiera, por razones de orden técnico y económico, la intervención en vez de la resolución del contrato.

c) De oficio o a solicitud de parte en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo al expediente técnico y en forma oportuna.

Como se puede apreciar, la causal c) tiene una gran similitud al contenido del artículo 206 del RLCE; sin embargo, la causal agrega la siguiente condición: “De acuerdo al expediente técnico y en forma oportuna”.

⁸ Esto es a razón de que el Tribunal no evalúa el caso que se establece en el literal a), tampoco el Consorcio o la Entidad.

Asimismo, la Directiva establece ciertos requisitos como i. Requerir previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁹, y en la resolución de intervención: i. Nombrar interventor, ii) Establecer saldo de obra a ejecutar y iii) Establecer monto de valorizaciones aprobadas pendientes de pago.

A fin de analizar la legalidad de la mencionada resolución más adelante, primero será importante señalar, de manera resumida, los fundamentos de la misma que, a criterio de SERPAR, evidenciaban el supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Contratista.

Para ello, se debe dejar en claro que la RSG 050 hace suyos fundamentos que son resultado de acciones materiales, observaciones en su mayoría, realizadas por actores de la obra e informes de órganos que conforman la Entidad. Entre los cuales se destacan los siguientes:

- Carta 043, de 16 de febrero de 2016, que resalta que el Contratista no realiza trabajo en los frentes de la obra, que hay un ritmo de trabajo bajo y que por lo tanto la obra se encontraba paralizada.
- Carta 054 de la Supervisión, que identifica el avance acumulado a febrero 2016 es de 85.97% del total de la obra, además, menciona que se estaría ante la causal de intervención de obra “(...) *por incumplimiento de estipulaciones contractuales al evidenciar una notoria insolvencia económica y financiera, que no le permite contar oportunamente con recursos suficientes de equipo mecánico, mano de obra y abastecimiento de insumos que garanticen la culminación de la obra en el plazo previsto (...)*”.
- Informe 08, de 14 de marzo de 2016, donde el coordinador de obra recomienda la resolución o la intervención, a razón de que el Contratista *viene incumpliendo con la cláusula décima sexta del contrato*, además que se verifica un número reducido de trabajadores.
- Informe 178, de 15 de marzo de 2016, por parte de la Jefa de la División de Proyectos y Supervisión de obra, que recomienda la intervención

⁹ En el segundo párrafo del literal c), del inciso 2, de las Disposiciones Específicas: El número de requerimientos dependerá de la naturaleza de la obligación incumplida, es decir, sea esta esencial o no esencial, para la primera una vez y la segunda dos veces.

económica de la obra, ante lo cual se reconoce la finalidad de la misma: culminar trabajos, no llegar al extremo de resolver el contrato y salvaguardar intereses de la Entidad.

- Aunado a ello, como parte de los considerandos también se menciona desde luego las cartas notariales 33719 y 33720 que fueron enviadas al contratista donde se le solicitaba el cumplimiento de sus obligaciones contractuales que no estaban siendo cumplidas al entender de SERPAR.

Como se sabe, Consorcio absuelve las cartas notariales, y presenta en su momento material probatorio sobre cada incumplimiento atribuido, que será parte del análisis más adelante.

1.1.2.1 Análisis de la intervención económica de la obra realizada por SERPAR

Teniendo en cuenta la Cláusula Trigésima Primera del contrato y el artículo 206 RLCE, se tienen los siguientes datos de la intervención económica:

Cuadro N° 1

¿Modo?	De oficio o a solicitud de parte.
¿En qué escenarios?	Caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales.
¿Cómo y quién evalúa los escenarios?	A juicio de la Entidad.
¿Condición?	Que no permitan la terminación de los trabajos en el plazo programado.
¿Por qué se adopta?	Por consideraciones de orden técnico y económico.
¿Cuál es la finalidad?	Culminar la ejecución de los trabajos y no llegar al extremo de resolver el contrato.

Elaboración propia

Primero, algunos puntos sobre los que no hay controversia serían 1) que la intervención económica realizada por SERPAR fue de oficio porque no hubo una solicitud de parte del Consorcio para esta y 2) la base legal para intervenir la obra son el artículo 206 del RLCE y la Directiva, por un lado, y la Cláusula Trigésima Primera del contrato, por otro lado.

Segundo, en principio, en la RSG no se identifica de manera clara bajo qué causal se estaría interviniendo la obra, alguna de las causales establecidas en artículo 206 del RLCE, es decir, no se indica la causal en la que estaría inmerso el supuesto incumplimiento.

Aunque, luego se esclarece que la causal fue el supuesto incumplimiento de estipulaciones contractuales por parte del Contratista que a juicio de SERPAR no permitían la terminación de la obra, no debería quedar a interpretación la parte resolutive de una decisión que materializa una potestad exorbitante.

Tercero, en ningún momento de la RSG, se identifica qué escenario establecido en la Directiva se estaría dando en el caso en concreto para intervenir la obra, es por eso que se entiende la necesidad de analizar los literales b) y c) de las Disposiciones Específicas de la Directiva, que indican los escenarios y procedimiento a seguir para su aplicación, en las posturas de las partes y el razonamiento del Tribunal.

Cuarto, se ha verificado que el Contratista no se encontraba en situación de incumplimiento, tanto por la Carta 1047-2016 que absuelve la Carta Notarial 33920 y en general por lo presentado en el proceso arbitral, de acuerdo al siguiente detalle, esto es, en cuanto a la supuesta:

Deficiencia en equipo mecánico e insumos

- Actas de inventario del 13 y 15 de abril de 2016 que demuestran el material e insumos en la obra necesarios.
- Acta de visita de control de 2 de febrero de 2016 que demuestra el avance general de la obra al 95%.

Ausencia de personal

- Asiento 649 que indica que el personal ha incrementado en los frentes de trabajo.
- Carta 1047 del 2 de marzo de 2016 que demuestra que profesionales han estado prestando servicios.

Paralización

- Asientos de obra del 15 de febrero al 9 de marzo que demostraría que la obra no estaba paralizada.

- Constataciones notariales de 7 y 11 de marzo que demuestran que se realizaban trabajos en obra, que no se encontraba paralizada, de hecho se estaban *realizando trabajos finales*.
- Asiento 657 y Carta Notarial 1049 que demuestra que desde el 16 de marzo se inicia la paralización de los trabajos.
- Pericia del Ing. Guillermo Vega que sustentó que se realizó una debida paralización.

Por lo dicho, como se ha verificado que el Contratista no se encontraba en situación de incumplimiento, teniendo en consideración la generalidad de los incumplimientos indicados por SERPAR, este extremo quedaría cerrado.

Además, se ha precisado anteriormente que en la Carta Notarial 33720 no se identificó los incumplimientos en los que habría incurrido el Consorcio en las acciones de la obra, sino que se describen de manera imprecisa y general como si se estuvieran dando en toda la obra. Sobre lo cual, se considera que debió ser lo más preciso posible y apegado a la realidad, en aras de no hacer complicado para el Contratista conocer sus incumplimientos y la consecuente subsanación de estos.

Quinto, con respecto al requerimiento previo que debió cursarse, según el segundo párrafo del literal c), del inciso 2 ,de las Disposiciones Específicas de la Directiva, tenemos a la Carta Notarial 33720, de la que se destaca que se realiza bajo apercibimiento de resolución contractual de persistir los supuestos incumplimientos.

Sobre ello, debe precisarse que si bien la norma no exige expresamente, lo que el Tribunal denominó en su momento *bajo apercibimiento de intervención económica*, se desprende de la norma que el Contratista debe tomar conocimiento tanto de sus supuestos incumplimientos como de la consecuencia de estos de persistir en dicha situación, a razón de hacer predecible de alguna manera el actuar de la Entidad ante una situación así, o cuando menos otorgar seguridad jurídica ante la persistencia de la situación de incumplimiento.

Por último, pero no menos importante, queda también resaltar que SERPAR no identifica los incumplimientos en la RSG 050 en la parte resolutive, sino que se

remite a la parte considerativa. Ante lo cual, pues no basta mencionar en la parte resolutive que la intervención se da por *las razones expuestas en la parte considerativa estableciendo que la misma se da por incumplimiento del contratista*, sobre todo cuando los considerandos carecen de claridad.

También, no se menciona en la parte resolutive la base legal en la que se ampara, pues todo lo deja a la parte considerativa. Ante esto, considerando que es una potestad exorbitante, se debe dejar en claro la habilitación, en este caso reglamentaria, en que sustenta su decisión unilateral.

Por sobre todo, se aprecia que no se identifican ni desarrollan las razones técnicas o económicas para realizar la intervención económica, como se requiere según el artículo 206 del RLEC, sino que se basta en mencionar informes y cartas de la Supervisión y de órganos de la Entidad en los cuales se realizan afirmaciones sin medio probatorio donde resulta necesario.

Es el caso de la Carta 054 de la Supervisión, que llega a una conclusión sin mayor prueba, que es que el Contratista se encontraría en insolvencia económica financiera, lo cual es un incumplimiento de estipulaciones contractuales. Esto deja en duda si acaso otra de estas afirmaciones tendrían conclusiones igual erróneas, puesto que esta situación alegada no puede comprobarse con la mera observación.

Incluso, causa sorpresa que sea sustento de la decisión, la Carta 054 de la Supervisión y el Informe 08 del coordinador de obra, donde recomiendan, luego de mencionar los supuestos incumplimientos, intervenir económicamente la obra o resolver el contrato, dando a entender que los mismos hechos observados son causales de intervención o resolución, por lo tanto que ambas figuras tendrían las mismas causales. Además, causa sorpresa que es el coordinador de obra quien identifica la cláusula contractual que estaría siendo incumplida por Consorcio y no así la propia Entidad en la parte resolutive de la RSG 050.

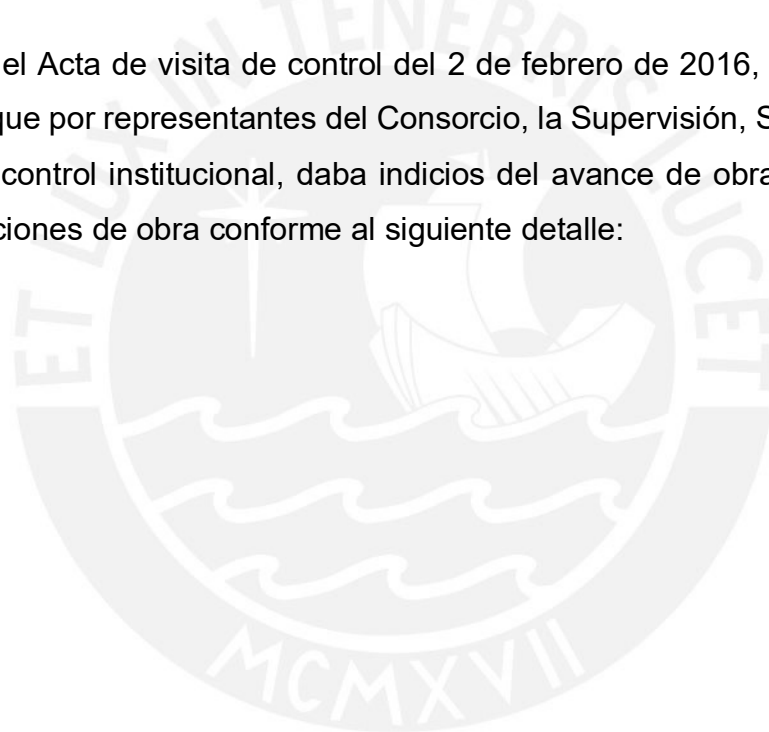
Se considera importante que al ser los considerandos el fundamento de la decisión, de estos debe colegirse fácilmente la decisión, es decir, los fundamentos no deben ser simples afirmaciones no sustentadas, o sin identificar cómo los hechos concretos calzarían en un determinado supuesto normativo, o

considerando dos posibles resultados (intervención o resolución) a una misma situación de incumplimiento, sin mayor análisis.

Ahora bien, el Tribunal declara fundado este punto (tercer punto controvertido), pero se debe hacer unas precisiones al respecto.

En primer lugar, no analiza de manera conjunta el artículo 206 del RLCE, la Directiva y la Cláusula Cláusula Trigésima Primera del contrato, sobre todo cuando en esta última se refiere lo siguiente: “(...) *incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos en el plazo programado*” (subrayado propio).

Sobre esto, el Acta de visita de control del 2 de febrero de 2016, a razón de la visita al parque por representantes del Consorcio, la Supervisión, SERPAR y los órganos de control institucional, daba indicios del avance de obra respecto de las trece acciones de obra conforme al siguiente detalle:



Cuadro N° 2

N°	Acción	Avance (%)
0	Demolición	100
1	Área deportiva	90
2	CREA	90
3	Huertos urbanos	98
4	Remodelación de anfiteatro	98
5	Caballeriza y mini zoo	98
6	Nuevas áreas de comidas y juegos para niños	95
7	Implementación de nuevas plazas	85
8	Construcción de caminos y pasos	90
9	Servicios y redes generales	90
10	Cerco perimétrico	95
11	Áreas verdes	90
12	Vivero	98
13	Equipamiento	94

Siendo que la mayoría de acciones se encontraban avanzadas a más del 90%, el Tribunal no evalúa en qué estado se encuentran estas, es decir, de acuerdo al expediente técnico, el calendario, o si se encontraban en período de revisión o absolución de observaciones, por ejemplo.

En segundo lugar, Tribunal considera en su razonamiento a la Carta 135013, a pesar que, como se dijo, no es parte de los considerandos de la RSG y no puede ser fundamento de ésta, puesto que la Carta Notarial fue de fecha 10 de marzo de 2016, otorgándole quince días para subsanar el incumplimiento, y la RSG del fecha 16 de marzo de 2016, por lo cual no se hubiera respetado el plazo.

En tercer lugar, si no fue parte de los considerandos de la RSG ni tampoco de la contestación de la demanda arbitral, por más que fue considerada por Consorcio en su demanda, correspondía al Tribunal evaluar la pertinencia de esta Carta

Notarial y no hacerla parte de su fundamento para arribar a su fallo en este punto controvertido, puesto que no era idónea para efectos de demostrar que se había realizado un requerimiento previo.

Por último, se ha expresado líneas arriba que el Tribunal denominó en su momento “*bajo apercibimiento de intervención económica*”, pero ello no es establecido por el artículo 206 del RLCE, sin embargo, debió analizar que la Entidad debió hacer predecible de alguna manera su actuar ante la supuesta situación de incumplimiento del contratista o cuanto menos otorgarle a este seguridad jurídica de la consecuencia de su incumplimiento.

Por todo lo expresado en este apartado, se considera que la intervención económica de la obra realizada por SERPAR tiene la naturaleza de una potestad administrativa exorbitante y discrecional, por las razones expuestas previamente, sin embargo, debe considerarse la posibilidad de que, por lo mismo, sea residual y no la regla general cuando no se quiera llegar al extremo de resolver el contrato.

V.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS: CONTRACTUAL Y NORMATIVO

2. La resolución contractual como una forma de extinción contractual

En primer lugar, de acuerdo con Jimmy Ronquillo, la resolución contractual es: “*Un remedio previsto por el ordenamiento jurídico para hacer frente a determinadas patologías que se presentan durante la ejecución del contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas*” (2018: p. 69). Esta definición guarda ciertos recaudos cuando el contrato es de naturaleza civil. El mismo autor destaca que la resolución del contrato se da a partir de un acontecimiento externo posterior a la celebración del acto (Ibíd).

En el mismo sentido, el autor Anibal Torres establece que la resolución es un remedio determinado por el ordenamiento legal para proteger el interés particular de una de las partes contratantes que es perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones de la otra (2012: p. 1135).

La resolución del contrato, entonces, se acciona al verificar el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Pero no solo eso, sino que en el marco de

una relación contractual donde existan prestaciones recíprocas. Es decir, cada una de las partes se deben mutuamente obligaciones por el pacto celebrado contenido en un contrato.

En segundo lugar, las prestaciones recíprocas surgen a partir de la celebración contractual. Son obligaciones de dar, hacer o no hacer para satisfacer el interés del acreedor (De La Puente: 2002, p. 213). La reciprocidad de las prestaciones es una característica inherente a las obligaciones que nacen “coligadas” en la celebración del contrato. De esta manera para cada prestación hay una contraprestación (Ibíd).

2.1. La resolución contractual por incumplimiento en el ámbito de contrataciones con el Estado

Ahora bien, en cuanto a la resolución contractual en el ámbito de las contrataciones con el Estado debemos de tener especial consideración con lo expresado por el OSCE.

En la Opinión 086-2018/DTN, nos da cuenta de una expectativa legítima tanto del Contratista como de la Entidad en este contexto y es que “(...) *el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública*”.

Asimismo, en la Opinión 218-2019 nos indica que en la fase de ejecución esta expectativa muchas veces no se da puesto que, por ejemplo, “(...) *alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas (...)*”, y es por esta situación particular que se puede dar en esta fase “(...) *que se ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas*”.

Por último, será de particular interés lo señalado en la Opinión 083-2021, ya que en pocas palabras, en el escenario de que el Contratista incumpla de manera injustificada sus obligaciones, la entidad deberá cursar dos cartas notariales, la primera para requerir el cumplimiento de sus obligaciones, que “(...) *conforme al procedimiento establecido debe encontrarse debidamente motivado por la Entidad*, y la segunda para comunicar la decisión de resolver el contrato que “(...)

debe versar sobre la misma situación de incumplimiento que no fue revertida por el contratista pese a haber sido requerido para ello (...)”.

2.2. Caso concreto: la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR

En la parte resolutive de la RSG 062, se identifica que los supuestos incumplimientos del Consorcio calzan en las causales contenidas en los numerales 1) y 3) del artículo 168 del RLCE. Siendo el numeral 1), el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haberse cursado requerimiento para su cumplimiento, y el numeral 3), la paralización o reducción injustificada de la ejecución de la obra, pese a haberse cursado requerimiento para corregir tal situación.

Siendo estos los supuestos incumplimientos, al respecto se debe señalar que el plazo que se le da al Contratista para subsanar estos, tanto en la Carta Notarial 135013 y la Carta Notarial 33720, es de 15 días.

Ahora, se debe dejar en claro que en la parte considerativa de la RSG 062 se presentan las cartas e informes presentados previamente en los fundamentos de la RSG 050, y adiciona informes del coordinador de obra, la asesora legal de la Gerencia Técnica, la Jefa de la División de Proyectos y Supervisión de Obra y la Gerencia Técnica. Entre los cuales se destacan los siguientes:

- El Informe 12 del Coordinador de obra, de fecha 28 de marzo de 2016, señala que conforme lo recomendado por la Supervisión y “(...) *en vista que el contratista no ha remitido una respuesta a la carta sobre la intervención y viene sosteniendo una paralización injustificada (...)*” se debe aplicar la resolución contractual, indicada en el segundo párrafo del artículo 206 del RLCE. Asimismo, que como se tiene una recepción parcial se excluyan determinadas acciones¹⁰ de la obra en el proceso de resolución.

¹⁰ En estas acciones de obra se estaban levantando observaciones: 03 canchas de grass sintético, 01 cancha de tenis, 02 canchas de vóley (cancha N°01 Y N°04, 01 servicio higiénicos, 03 módulos de vestuarios.

- El Informe 589 de la Gerencia Técnica, en la misma fecha, recomienda la resolución parcial en la medida que el Contratista no ha levantado su incumplimiento de estipulaciones contractuales.

Como hemos afirmado en el apartado correspondiente, Consorcio paralizó la obra el 16 de febrero, a su criterio, de forma justificada, a razón de la falta de pago de la Entidad de determinados conceptos.

Sobre SERPAR como parte infiel del contrato, se destaca que el Tribunal no se pronuncia sobre ciertos conceptos adeudados por SERPAR, por haber sido materia de un laudo arbitral de fecha 14 de diciembre de 2017, pero a razón de que son mencionados en la Carta Notarial 3590, que responde a la Carta notarial 135013, se desprende que el incumplimiento continúa.

Por último, sobre la Adenda N° 9 sobre intervención económica, esta es remitida mediante Carta 58 con fecha 22 de marzo de 2016 a Consorcio.

2.2.1. Análisis de la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR

Primero, como en la parte resolutive de la RSG 062, SERPAR identifica que los supuestos incumplimientos calzan en los supuestos de los numerales 1) y 3) del artículo 168 del RLC, se analizará los requerimientos contenidos en cartas notariales 33720 y 135013, en tanto se debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 169 del RLCE sobre todo en cuanto a que *“el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento”*.

Primer requerimiento:

Como se mencionó líneas arriba, la Carta Notarial 33720 indica incumplimientos generales en la obra y es vago en identificar estos y, por su lado, el Consorcio cumple con responder a la misma y presentar medios de prueba que demostrarían su cumplimiento.

Sin embargo, es preciso mencionar que dicha Carta Notarial no menciona qué parte del contrato quedaría resuelta en caso de mantenerse en situación de incumplimiento, es decir, qué acciones resultarían afectadas por la resolución,

por lo que pudo interpretarse fácilmente como que todo el contrato iba a ser afectado.

Segundo requerimiento

También, como ya ha sido visto, en la Carta Notarial 135013, se indica de la paralización de la obra, ante lo cual Consorcio demuestra que la obra se paralizó recién el 16 de febrero y de manera justificada, puesto que SERPAR se habría configurado como parte infiel del contrato.

Sobre ello, en la Carta Notarial 3590, que responde a la Carta notarial 135013, Consorcio identifica con claridad los conceptos que adeuda la Entidad: *los gastos generales variables correspondientes a las ampliaciones de plazo N° 2, N° 3, N° 4, N° 5, N° 6, N°7 ,N° 8, N° 9, N° 10 y N° 13, reajustes acumulados hasta valorización N° 14, valorización N° 15 y 17.*

En este requerimiento, tampoco se menciona qué parte del contrato quedaría resuelta en caso que no se subsanen los incumplimientos, es decir, a qué acciones les alcanzaría los efectos de la resolución, por lo que pudo interpretarse como que todo el contrato iba a ser afectado.

Entonces, ninguna de las cartas notariales cumplen con lo establecido en el artículo 169 del RLCE, en el extremo de que no se señala la parte de la obra que quedaría resuelta y debió actuar acorde al artículo mencionado para que la resolución parcial sea idónea para tal fin.

Ahora bien, no bastaría con haber realizado el requerimiento con precisión de las obligaciones incumplidas y señalando la parte que sería afectada por la resolución parcial, sino que debe tenerse algún medio de prueba que verifique que el incumplimiento del Contratista se ha mantenido en el tiempo (quince días) a pesar de habersele requerido.

En segundo lugar, además de analizar los requerimientos, se puede pasar a señalar que en la RSG 062, en los considerandos, indica el Informe 12 del coordinador de obra, de 28 de marzo de 2016, quien, citando al segundo párrafo del artículo 206 del RLCE, menciona que si se rechaza la intervención, y de continuar el incumplimiento, se debe resolver el contrato.

Ante ello, Consorcio afirma que no denegó la Adenda, pero deja constancia tanto en asientos de obra como en comunicaciones de que considera que SERPAR infringe los requisitos estipulados en las Disposiciones Específicas de la Directiva 001, es decir, que en la RSG no cumple con señalar con requisitos previamente mencionados en el apartado correspondiente.

Ahora bien, el Tribunal declara fundado este punto (cuarto punto controvertido), pero se debe hacer unas precisiones al respecto.

Primero, aunque ni en la demanda arbitral ni en la contestación se menciona lo siguiente, debió ser parte del análisis del Tribunal porque está contenida en la Carta Notarial 33720 y se menciona la acción específica¹¹:

Además, de lo expuesto el expediente técnico plantea la instalación de grass bermuda en 5 campos deportivos (04 de fútbol y 01 de rugby), consideradas en la sub acción 09; adecuación de canchas de futbol y construcción de pistas de entrenamiento correspondiente a la acción 01 Remodelación y construcción de equipamiento deportivo. A la fecha la contratista ha efectuado la instalación de gras americano en 03 campos de fútbol.

Segundo, por el inciso c) del artículo 40 de la LCE y del segundo párrafo del artículo 168, correspondía al Tribunal dilucidar entre obligaciones esenciales y no esenciales ya que resultaba relevante, puesto que “no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial”, según la Opinión N° 027-2014/DTN del OSCE.

VI. Conclusiones y recomendaciones

(i) En lo que respecta a la intervención económica, no se realizó conforme al artículo 206 del RCLE entonces vigente, en tanto no hubo un requerimiento conforme a lo dispuesto por la Directiva, pues no se identificó las obligaciones incumplidas de manera clara y precisa en las cartas notariales, haciendo difícil la subsanación de éstas por parte del contratista.

¹¹ Sobre este punto cabe mencionar que no se está tomando postura sobre si este es o no un incumplimiento, sino que se menciona a manera de ejemplificar que la Carta Notarial 33720 no fue evaluada en su totalidad.

Entonces, no se siguió el procedimiento correcto, que tome en consideración los requisitos para su aplicación lo establecido en el RLCE y la Directiva 001-2003. Además, con respecto al requerimiento previo no se debió consignar una consecuencia distinta a la que se iba a aplicar, esto es indicar como consecuencia la resolución contractual y aplicar intervención económica de la obra.

Además, no cabe duda que la intervención económica de la obra es una potestad administrativa, que es exorbitante en tanto es unilateral puesto que el contratista no puede declararla, así sea de parte es la administración quien evaluará y tomará la decisión, y discrecional porque aunque tiene criterios reglados, se le da un margen de decisión a la Administración.

(ii) Con respecto a las cartas notariales remitidas a Consorcio, existió imprecisión en la identificación de los supuestos incumplimientos atribuidos a este, y no resultan idóneas para fundamentar la intervención económica o la resolución parcial del contrato en tanto no contemplan los requisitos ni se sigue el procedimiento de alguna de estas figuras jurídicas.

(iii) Sobre la resolución parcial del contrato, no se habría requerido el cumplimiento al contratista de forma correcta, puesto que no se siguió el procedimiento correcto para la resolución contractual, además, se reconoce que existiría una falta de legitimidad para resolver el contrato de manera parcial por parte de SERPAR al haber incumplido sus obligaciones.

Recomendaciones

1.- El contenido normativo del artículo 206 del RLCE no ha variado significativamente, por lo que no se ha incorporado mejora, más allá de la técnica normativa. Así pues, se presenta la única variación del artículo referido a la intervención económica vigente en la actualidad, a continuación:

Decreto Supremo N° 184-2008	Decreto Supremo N° 344-2018-EF
<p>Artículo 206. Intervención Económica de la Obra. <i>La Entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos</i> (...) </p>	<p>Artículo 204. Intervención Económica de la Obra <i>204.1. La Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos</i> (...) </p>

Por lo que se recomienda analizar la pertinencia de un cambio normativo que no desnaturalice la potestad de la administración, pero que otorgue mayores garantías al Contratista frente a esta.

2.- Se recomienda que debe ser residual y no la regla general, pero, por sobre todo, debe motivarse con las razones de orden técnico y económico, como lo exige la disposición normativa; que se desprenda de manera razonable la necesidad de optar por la intervención económica.

3.- Se recomienda un análisis que considere si la potestad de intervención guarda relación con la figura jurídica de equilibrio económico financiero que debe mantenerse en una relación contractual y en caso la respuesta sea afirmativa, evaluar si puede ser un límite adicional a esta potestad administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

1. Torres, A. (2012). Teoría General del Contrato. Tomo 2, Lima: Instituto Pacífico.
2. Alejos Guzmán, Óscar. (2020). ¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de

- los contratos públicos . *Ius Et Praxis*, (50-51), 139-156.
<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5052>
3. Morón Urbina, J. y Aguilera, Z. (2017). Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Colección «Lo Esencial del Derecho» 9, Fondo Editorial PUCP: Lima.
 4. De La Puente, M. (1999). Las “Cláusulas exorbitantes”. *Themis Revista De Derecho*, (39), 7-11. Recuperado de:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365>
 5. De La Puente, M. (2002). La convención y el contrato. *Advocatus*, (007), 210-217. Recuperado de:
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2380>
 6. Cassagne, Juan Carlos. (2013). El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico. Bogotá: Editorial Temis.
 7. Cassagne, Juan Carlos. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico*, (09), 82-91. Recuperado a partir de:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>
 8. Garrido Falla, F. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. Tecnos: 13ra edición, Volumen I.
 9. Céspedes Zavaleta, A. (2006). La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (1), 203-216. Recuperado a partir de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16354>
 10. Decreto Legislativo 1017, que aprueba la Ley de contrataciones del Estado (3 de junio de 2008). Diario oficial El Peruano.

11. Decreto Supremo 184-2008, Reglamento de la ley de contrataciones con el Estado (31 de diciembre de 2008). Diario oficial El Peruano.
12. Decreto Supremo 138-2012-EF, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado Decreto Supremo 184-2008 (6 de agosto de 2012). Diario oficial El Peruano.
13. Directiva 001-2003/CONSUCODE/PRE (15 de marzo de 2003). Aprobada por Resolución 010-2003-CONSUCODE/PRE. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/351925/Directiva_N_001-2003-CONSUCODEPRE20190814-5239-h7mvjb.pdf?v=1643439395
14. Martín, R. (2013). El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, (3), 41-77. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386>
15. García Novoa, C. (2012). La discrecionalidad en materia tributaria. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Tributario, 1-23. Recuperado de <http://www.tribunaltributario.gob.pa/publicaciones/ponencias-del-congresointernacional-de-derechotributario/4-la-discrecionalidad-en-materia-tributaria - cesar-garcia-novoa/file>
16. Ronquillo, Jimmy. (2018). La Resolución de los Contratos, Problemas Legislativos y Jurisprudenciales del incumplimiento Contractual. *Gaceta Jurídica*.
17. Ley 29873, que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la ley de contrataciones con el Estado (31 de mayo de 2012). Diario oficial El Peruano.
18. Ferrada, Juan Carlos. (2007). Los potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de*

- Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 20 (2), 69-94. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>
19. Linares Jara, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. Revista De Derecho Administrativo, (1), 285-308. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>
 20. Opinión N° 083-2012/DTN. (8 de agosto de 2012). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738341-opinion-n-083-2012-dtn>
 21. Opinión N° 027-2014/DTN. (13 de febrero de 2014). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738053-opinion-n-027-2014-dtn>
 22. Opinión N° 202-2019-DTN. (20 de noviembre de 2019). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/357248-opinion-n-202-2019-dtn>
 23. Opinión 083-2021. (13 de agosto de 2021). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/2078527-opinion-n-083-2021-dtn>
 24. Opinión 218-2019. (27 de diciembre de 2019). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/395809-opinion-n-218-2019-dtn>
 25. Opinión 086-2018/DTN. (10 de julio de 2018). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737219-opinion-n-086-2018-dtn>

26. Puente y Lavalle, M. de la. (1999). Las Cláusulas exorbitantes. THEMIS Revista De Derecho, (39), 7-11. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365>
27. Tello Vidal, A. S. (2017). "Medios" para el ejercicio de la potestad discrecional en materia sancionadora tributaria (trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestro en Tributación y Política Fiscal). Universidad de Lima. Recuperado a partir de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/9552/Tello_Vidal_Ana_Sof%c3%ada.pdf?sequence=1&isAllowed=y



LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:
CONSORCIO SOM LIMA NORTE
(en adelante, EL CONSORCIO)

DEMANDADO:
SERVICIOS DE PARQUE DE LIMA – SERPAR LIMA
(en adelante, SERPAR).

TIPO DE ARBITRAJE:
Ad Hoc y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL

Elvira Martínez Coco
Presidenta del Tribunal Arbitral

Dwight Falvy Bockos
Árbitro

Carlos Aberto Matheus López
Árbitro

Elizabeth Karem Ramos Lara
Secretaria Arbitral

Lima, 2 de octubre de 2019

Hi

[Handwritten signature and scribbles]

Resolución N° 92

En Lima, a los dos días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas:

SOBRE EL PROCESO ARBITRAL:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

I.1. El Convenio Arbitral:

1. En la Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato N° 0002-2014-SERPAR-LIMA/MML celebrado con fecha 03 de enero de 2014, en adelante el Contrato, las partes convinieron en los siguientes términos que las controversias que surgieran entre ellas serían resueltas mediante arbitraje:

2

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: ARBITRAJE"

Por la presente Cláusula, las partes acuerdan que ante el surgimiento de cualquier controversia técnico, legal o reclamo ocasionado con la ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia, interpretación o invalidez del presente contrato, recurrirán a un arbitraje de derecho. En tal sentido, el plazo para acudir a la vía arbitral dependerá de cada caso, según lo establecido en el artículo 52° de la Ley, y el artículo 215° del Reglamento.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 219° del Reglamento, la parte que reciba una solicitud de arbitraje de conformidad con el artículo 218° del Reglamento, deberá responderla por escrito dentro

41

N

galt

del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

La falta de respuesta o toda oposición formulada en contra del arbitraje, no interrumpirá el desarrollo del mismo ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral y la tramitación del arbitraje.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral AD HOC con sede en la ciudad de Lima, conformado por tres (3) árbitros. Cada parte designará a un árbitro y éstos dos designarán al tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE. Dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación. Para estos efectos, la parte que solicita el arbitraje debe indicar en su solicitud, la existencia del convenio arbitral, designar a su árbitro de parte y hacer una referencia sucinta a la controversia y a la cuantía.

Los árbitros designados por las partes tienen un plazo de diez (10) días hábiles contado desde la fecha de la última aceptación al cargo, para convenir y poner conocimiento de las partes de la designación del árbitro encargado de presidir el Tribunal Arbitral. En caso no se logre la designación, esta no sea aceptada o venza el plazo, la parte interesada podrá solicitar al OSCE la designación del arbitro que presidirá el Tribunal Arbitral. Una vez conformado el Tribunal Arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación del Tribunal Arbitral para lo cual se suscribirá el Acta de Instalación correspondiente, acordando las partes que los plazos allí previstos, relativos a todas las actuaciones arbitrales son improrrogables, no pudiendo el Tribunal Arbitral ampliar, a su criterio, los plazos establecidos para las actuaciones arbitrales.

3

Asimismo, las partes acuerdan que la interposición de excepciones y/o defensas previas, deberá realizarse a más tardar en la contestación de la demanda o, con respecto a una reconvencción, en la contestación de la reconvencción. El Tribunal Arbitral, deberá resolverlas como cuestión previa y antes de expedir el laudo.

14

De existir un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, la acumulación de pretensiones sólo procederá cuando ambas partes se encuentren de acuerdo con dicha acumulación.

En caso de suspensión del proceso arbitral, se establece que transcurridos diez (10) días de suspensión de este sin que se haya levantado la causal que ocasionó la suspensión, el tribunal arbitral deberá disponer el inmediato archivamiento definitivo del proceso arbitral.

El tribunal arbitral constituido para resolver las controversias que surgieran entre las partes deberá velar porque el proceso arbitral concluya con la expedición del laudo en un plazo que no exceda los ocho (8) meses.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes, y pondrá fin al proceso de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa. El plazo para la emisión del mismo será de veinte (20) días hábiles, una vez concluida la etapa de actuación de medios probatorios y presentados los alegatos e informes orales correspondientes, plazo que podrá ser ampliado hasta por veinte (20) días hábiles.

En caso alguna de las partes presente recurso de anulación y, a su vez, solicite la suspensión del cumplimiento del laudo o ejecución arbitral o judicial, deberá consignar, como requisito de admisibilidad del recurso, una carta fianza bancaria, incondicional y de realización automática, extendida a la parte contraria con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso, y por un monto equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

4

Los honorarios de los árbitros se sujetarán estrictamente a la Tabla de Aranceles del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE; asimismo, los honorarios de la secretaría arbitral serán el cincuenta por cientos (50%) del honorario de un árbitro. Respecto a lo no contemplado en la presente cláusula, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.” (El subrayado es nuestro)

I.2. Instalación del Tribunal Arbitral y Conformación del Tribunal Arbitral:

2. Con fecha 30 de marzo de 2016, el CONSORCIO presentó su solicitud arbitral y designó al doctor Dwight Falvy Bockos como árbitro de parte.
3. El 13 de abril de 2016, SERPAR contestó la solicitud arbitral y designó al doctor Carlos Alberto Matheus López como árbitro de parte.
4. Con fecha 9 de junio, los árbitros designaron a la doctora Elvira Martínez Coco como Presidenta del Tribunal Arbitral, quien aceptó oportunamente el encargo.

A:

CO

II. NORMATIVIDAD APLICABLE

- 5. Respecto de los temas procedimentales, son de aplicación al presente proceso, las reglas establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc (en adelante, Acta de Instalación) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).
- 6. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.
- 7. Respecto de la normatividad de fondo, según lo convenido por las partes en la Cláusula Quinta del Contrato, son de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, las Directivas del OSCE y la normativa especial que resulte aplicable.
- 8. Sólo para lo no previsto en el Contrato son de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil y las demás normas de derecho privado.
- 9. Siendo así las cosas, para este Contrato es de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

5

III. LA DEMANDA ARBITRAL.-

10. Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2016, el CONSORCIO presentó su demanda contra SERPAR con el siguiente petitorio:

Primera Pretensión Principal:

Se declare que carece de sustento el requerimiento de SERPAR bajo apercibimiento de resolución del contrato expresado a través de la Carta Notarial N° 33720-2016, de fecha 16 de febrero de 2016.

N

Segunda Pretensión Principal:

Se declare que carece de sustento el requerimiento bajo apercibimiento de resolución del contrato expresado a través de la Carta Notarial N° 135013, de fecha 10 de marzo de 2016.

4.

Tercera Pretensión Principal:

Se declare que la intervención económica realizada por SERPAR es indebida, inválida y carece de sustento técnico, legal y económico.

Handwritten signature and initials.

Cuarta Pretensión Principal:

Se declare inválida e ineficaz la resolución parcial del Contrato efectuada por SERPAR a través de la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016.

Pretensión Común:

Que se condene a SERPAR al pago de los costos y costas que el presente arbitraje nos irroque.

11. El Tribunal Arbitral analizará los fundamentos de hecho y de derecho en los que el CONSORCIO sustenta sus pretensiones al resolver los puntos controvertidos.

IV. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

12. Mediante el escrito presentado con fecha 28 de setiembre de 2016, SERPAR contestó la demanda del CONSORCIO solicitando que se declaren infundadas todas las pretensiones de la demanda.
13. El Tribunal Arbitral analizará cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho en base a los cuales SERPAR rechaza cada una de las pretensiones del CONSORCIO al resolver los puntos controvertidos.

V. LA ACUMULACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL DEMANDANTE

14. Mediante escrito de fecha 16 de enero de 2018, el CONSORCIO presentó una acumulación a su demanda contra SERPAR con el siguiente petitorio:

Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017.

El Tribunal Arbitral analizará los fundamentos de hecho y de derecho en los que el CONSORCIO sustenta esta pretensión al resolver los puntos controvertidos.

VI. LA CONTESTACIÓN A LA ACUMULACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA DEMANDADA

15. Mediante el escrito presentado con fecha 14 de febrero de 2018 y complementado mediante escrito de fecha 06 de marzo de 2018, SERPAR contestó la acumulación de demanda del CONSORCIO solicitando que se declare infundada la pretensión de la demanda.

Asimismo, en el escrito de fecha 14 de febrero de 2018, SERPAR dedujo una excepción de caducidad.

- 16. El Tribunal Arbitral analizará cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho en base a los cuales SERPAR rechaza la pretensión del CONSORCIO al resolver los puntos controvertidos, así como la excepción deducida.

VII. LA ACUMULACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA DEMANDADA

- 17. Mediante el escrito presentado con fecha 26 de marzo de 2018, SERPAR presentó acumulación de demanda con el siguiente petitorio:

Pretensión Acumulada de SERPAR:

Determinar si el pedido del contratista para que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Som Lima Norte, mediante Carta N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017 es extemporánea conforme a las normas de contrataciones con el estado aplicables al contrato caducado.

El Tribunal Arbitral analizará los fundamentos de hecho y de derecho en los que el CONSORCIO sustenta su pretensión al resolver los puntos controvertidos.

7

VIII. LA CONTESTACIÓN A LA ACUMULACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL DEMANDANTE

- 18. Mediante el escrito presentado con fecha 23 de mayo de 2018, el CONSORCIO contestó la acumulación de demanda de SERPAR solicitando que se declare infundada la pretensión de la demanda.

- 19. El Tribunal Arbitral analizará cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho en base a los cuales SERPAR rechaza la pretensión del CONSORCIO al resolver los puntos controvertidos.

IX. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

- 20. El 24 de enero de 2017 se reunió el Tribunal Arbitral con las partes en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

- 21. De conformidad con la regla 31 del Acta de Instalación, teniendo en cuenta las pretensiones y defensas planteadas, el Tribunal Arbitral con la

participación de las partes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que la intervención económica realizada por Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA es indebida, inválida y carece de sustento técnico, legal y económico.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución parcial del Contrato efectuada por Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016.

8

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar al Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA el pago de los costos y costas que el presente arbitraje irrogue.

22. El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considerase más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido. Asimismo, declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carecía de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podría omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

n

14

23. En la misma Audiencia, se admitieron los siguientes medios probatorios:

Del CONSORCIO:

Se admitieron los documentos ofrecidos en el acápite XII. denominado "MEDIOS PROBATORIOS" de la demanda dividido en los siguientes tres puntos:

6

- Los documentales incluidos en el punto "Documentos" e identificados con los literales que van de la letra A. a la letra W.
- Las exhibiciones señaladas en punto denominado "Exhibición" las cuales fueron identificadas en los numerales 1, 2 y 3.
- El ofrecido por el CONSORCIO en el punto "Pericia de Parte", el cual analizaría el sustento técnico de las pretensiones materia de la demanda. Este informe debía ser presentado dentro del plazo de treinta (30) días hábiles desde que se produjera la exhibición de los medios probatorios que se solicitó.

De SERPAR:

Los documentos ofrecidos en el acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS" de la contestación de la demanda, los cuales fueron identificados con los numerales que van del 1 al 18.

24. Asimismo, el 31 de diciembre de 2018, mediante la Resolución N° 78 se dejó constancia que mediante el escrito de contestación de acumulación de pretensiones presentado con fecha 14 de febrero de 2018, SERPAR dedujo una Excepción de Caducidad; encontrándose la misma pendiente de resolver, respecto de la cual este Colegiado deberá realizar un análisis previo al estudio de las cuestiones de fondo, y se reservó la facultad de emitir dicho pronunciamiento, para un momento posterior del presente arbitraje, el que, inclusive, podía ser emitido al momento de laudar, lo que sucederá en el presente laudo.
25. Seguidamente, se admitieron nuevas pretensiones materia de las acumulaciones realizadas por las partes, estableciéndose los siguientes puntos controvertidos:

9

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017.

N

14:

Séptimo Punto Controvertido:

Determinar si el pedido del Contratista para que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017, es extemporánea conforme a las normas de contrataciones con el estado aplicables al contrato o ha caducado.

26. En la misma Resolución, se admitieron los siguientes medios probatorios:

[Handwritten signature and scribbles]

Del CONSORCIO:

Los documentos ofrecidos en el acápite VI denominado "PRUEBAS" del escrito de acumulación de pretensiones, identificados con los literales que van del Anexo 30-A al Anexo 30-C.

De SERPAR:

Los documentos ofrecidos en el acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS" de la contestación a la acumulación de pretensiones, los cuales fueron identificados con los numerales que van del 3.1 al 3.2. Del mismo modo, el documento ofrecido en el acápite II, denominado "MEDIOS PROBATORIOS" de la acumulación de pretensiones, el cual fue identificado con el numeral 2.1.

X. ALEGATOS FINALES, CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y AUDIENCIA DE INFORME ORAL.-

- 27. En la Resolución N° 86 de fecha 15 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral dejó constancia que declaraba finalizada la etapa probatoria. Asimismo, solicitó a las partes que presentaran sus conclusiones o alegatos escritos dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles.
- 28. Dentro del plazo otorgado, el CONSORCIO y SERPAR, con fechas 26 y 27 de marzo de 2019, respectivamente, presentaron sus alegatos escritos, los que se tuvieron por presentados con la Resolución N° 87 de fecha 26 de abril de 2019.
- 29. El 27 de mayo de 2019 se realizó la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de ambas partes, en la que el CONSORCIO y SERPAR expusieron el derecho en el que sustentan sus respectivas afirmaciones.

XI. PLAZO PARA LAUDAR.-

- 30. Mediante la Resolución N° 90 se declaró que el proceso arbitral se encontraba en estado para laudar y se fijó en 20 días hábiles el plazo para emitir el Laudo.
- 31. Por medio de la Resolución N° 91 de fecha 23 de agosto de 2019 se prorrogó el plazo para laudar en 20 días adicionales.
- 32. Siendo así las cosas, el presente Laudo se expide dentro del plazo para laudar ampliado que vence el 04 de octubre de 2019.

A:

N

XII. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA EXCEPCIÓN PLANTEADA POR SERPAR CONTRA LA ACUMULACIÓN DE DEMANDA DEL CONSORCIO

[Handwritten signature and scribbles]

Posición de SERPAR

33. SERPAR ha deducido una Excepción de Caducidad contra la pretensión acumulada por el CONSORCIO mediante escrito de fecha 16 de enero de 2018, la cual a su entender es extemporánea, porque habría un consentimiento por parte de SERPAR ante la resolución de Contrato realizada por parte del CONSORCIO, la misma que se efectuó mediante la Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017.

34. De esta manera precisa, que el numeral 52.5° del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por D.L. N° 1017, en cuanto a la caducidad de la acumulación de pretensiones, establece lo siguiente:

“52.5. Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 52.2 del presente artículo (...)”.

35. Asimismo, SERPAR precisa que el numeral 52.2. del citado artículo señala lo siguiente:

“52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento”.

14.

36. En base al artículo citado, SERPAR sostiene que el CONSORCIO debió someter a arbitraje su controversia dentro del plazo de quince (15) días posteriores al 21 de febrero de 2017 (fecha en que el CONSORCIO realiza la resolución de contrato), es decir hasta el 14 de marzo de 2017 su representada pudo cuestionar dicha resolución, vencido dicho plazo, el CONSORCIO tuvo hasta el día 14 de abril del 2017 para iniciar su arbitraje solicitando el consentimiento de la resolución contractual por ellos invocada.

h

37. Es así, que, SERPAR manifiesta que como la fecha límite para someter a arbitraje la controversia -vía acumulación de demanda- fue a los quince (15) días posteriores al 14 de marzo de 2017, es decir, el 14 de abril del 2017, dicha fecha, a su entender, ha vencido en exceso, pues señala que el CONSORCIO planteó su nueva pretensión vía acumulación recién el 31

31

de octubre de 2017, esto es, fuera del plazo establecido para tales efectos.

38. Adicionalmente, agrega que como el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que no busca otra cosa más que resolver las mismas sin incurrir en argucias, se debe recurrir al principio de flexibilidad del arbitraje, ya que como expresa Hernando Díaz-Candia:

"(...) hay que tener presente que la flexibilidad en el arbitraje no debe ni puede implicar que se creen o permitan desordenes, ni desbalances procedimentales, o sustantivos. Dar prevalencia a la sustancia sobre la forma es muy importante, pero la búsqueda de esa prevalencia en el arbitraje debe conducirse sin confusiones ni alteraciones, excesos ni abusos en el procedimiento y en las facultades de los árbitros. Debe tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos".

39. En razón a todo lo señalado, SERPAR solicita que se declare la caducidad de la pretensión del CONSORCIO referida a determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución de contrato efectuada por este último mediante la Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017.

12

Posición del CONSORCIO

40. EL CONSORCIO sostiene que la excepción de caducidad propuesta por SERPAR es infundada.
41. De esta manera, expresa que mediante el escrito de fecha 16 de enero de 2018, su representada presentó la ampliación de demanda respecto de la siguiente pretensión:

"Quinta Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017".

42. El CONSORCIO explicó que la resolución de contrato que efectuó quedó consentida, en virtud de la caducidad del derecho de SERPAR de cuestionarla en la vía arbitral al no haberla objetado dentro del plazo que el artículo 170° Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece.

- 43. Asimismo, el CONSORCIO explicó que los efectos jurídicos derivados de la acción de SERPAR -al dejar consentir la resolución de contrato- son, la aceptación de la ineficacia de su propia resolución de contrato y los incumplimientos contractuales en los que incurrió.
- 44. En resumen, de acuerdo al CONSORCIO, el hecho que sustenta el consentimiento de la resolución de contrato realizada por su representada, es justamente la falta de cuestionamiento de SERPAR sobre este acto en la vía arbitral, habiendo caducado su derecho de acción.
- 45. El CONSORCIO menciona que para determinar si SERPAR dejó o no consentir la resolución contractual del CONSORCIO, se debe precisar preliminarmente si SERPAR sometió dicha decisión al mecanismo de resolución de controversia de manera oportuna.
- 46. En ese sentido, el CONSORCIO indica que en el numeral 4 de su escrito de fecha 18 de enero de 2018, SERPAR solicita incluir un nuevo punto controvertido conforme a lo siguiente:

"Al respecto, debido a que se está ampliando la demanda presentada por el Contratista planteamos un nuevo punto controvertido, solicitamos al Tribunal Arbitral amplíe los puntos controvertidos en el sentido de introducir el siguiente"

- 47. Entre los fundamentos de SERPAR, en el numeral 5 del escrito materia de absolución, explica que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que las controversias sobre resolución de contrato deben someterse a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 48. A partir de esta afirmación, SERPAR sostiene que ha caducado el derecho del CONSORCIO a someter a arbitraje las controversias sobre resolución de contrato, señalando lo siguiente:

"6. De acuerdo a lo expresado, tenemos que el Contratista debió someter a arbitraje su controversia dentro del plazo de quince (15) vencidos los quince días iniciales que al parecer tenía mi representada para cuestionar la resolución de contrato efectuada por el contratista, es decir, dentro de las 15 días posteriores al 21 de febrero de 2017, para ser más precisas hasta el 14 de marzo de 2017 mi representada pudo cuestionar la resolución del contrato efectuada per el contratista,

A.

W

H
E.

cuestionando la Carta Notarial N° 6255, vencido dicho plazo, el contratista tuvo hasta el día 04 de abril del 2018 para iniciar su arbitraje solicitando el consentimiento de la resolución contractual por ellos incoada”.

- 49. Según el CONSORCIO, este argumento de SERPAR es incorrecto, debido a que crea plazos de caducidad que no están previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- 50. Con respecto al tratamiento de la caducidad en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se mencionó que, en un contrato de obra pública, la vía idónea para manifestar desacuerdo respecto de un acto contractual de una parte respecto de la otra es la conciliación y/o arbitraje, como expresamente obliga el numeral 1 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado:

"52.2., Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento".

- 51. En el caso específico de la resolución de contrato, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la parte interesada debe someter a arbitraje la decisión de resolver el contrato dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la comunicación de esta decisión.

- 52. A continuación, el CONSORCIO cita el artículo 170° del mencionado Reglamento:

"(...) Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución (...)."

- 53. De esta manera, el CONSORCIO señala que la norma exige que la parte que mantiene una controversia frente a la decisión de resolver el contrato debe iniciar la conciliación y/o arbitraje en un plazo determinado. Caso contrario, caduca su derecho a controvertirla.

41

54. El CONSORCIO mencionó que la caducidad se aplica entonces al derecho de la parte que no accionó el mecanismo de solución de controversias dentro del plazo regulado en los citados dispositivos legales, con la consiguiente pérdida del derecho de acción.
55. Por tanto, para el CONSORCIO la caducidad conlleva la acción o el efecto de caducar, esto es, perder su fuerza una disposición legal o un derecho. En doctrina se entiende como una sanción ante la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción.
56. El CONSORCIO concluye que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones sanciona la falta de cuestionamiento oportuno frente a la resolución de contrato con la pérdida del derecho a cuestionarla en la jurisdicción establecida.
57. Asimismo, el CONSORCIO menciona que otra situación jurídica es la consecuencia -distinta a la caducidad- regulada en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que establece:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

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

15

58. Por tanto, de ambos dispositivos legales, podemos distinguir dos consecuencias jurídicas distintas: i) la caducidad del derecho a cuestionar la decisión de resolver el contrato en la vía arbitral, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado; y, ii) el consentimiento de la resolución de contrato generando plenos efectos jurídicos, en el artículo 170° del Reglamento.
59. De esta manera, la caducidad opera entonces sólo en los casos en que una de las partes mantenga una controversia sobre la decisión de resolver el Contrato y no haya iniciado el procedimiento de solución de controversias en el plazo previsto.
60. En esa línea, el CONSORCIO señaló que no ha sometido a arbitraje una controversia sobre la decisión de resolverle el Contrato a SERPAR, sino que el petitorio de ésta, tiene la finalidad de obtener una declaración del Tribunal Arbitral sobre el consentimiento de esta

decisión, que según lo explicado por el CONSORCIO es una situación jurídica distinta al derecho de acción.

61. Aunado a ello, el CONSORCIO señaló que SERPAR funda su pedido en plazos de caducidad que la norma no prevé.
62. En virtud de todo lo expuesto, el CONSORCIO solicita declarar infundada la excepción de caducidad propuesta por SERPAR.

Posición del Tribunal Arbitral

63. SERPAR dedujo una excepción de caducidad referida a la pretensión acumulada del CONSORCIO presentada mediante escrito de fecha 16 de enero de 2018, que a la letra señala:

"Quinta Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017".

64. Al respecto, es necesario tener en cuenta que El CONSORCIO notificó a SERPAR la resolución que efectuó del Contrato mediante la Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017, la cual consta en el Anexo 30-B del escrito de Ampliación de la Demanda.
65. Siendo así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170° y 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, SERPAR tenía quince (15) días a partir del 21 de febrero de 2017 para cuestionar la resolución efectuada por el CONSORCIO, lo que no hizo. A continuación, reproducimos los artículos mencionados:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

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

"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

(...)

"En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en

el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida." (El subrayado es nuestro).

66. A su turno, SERPAR ha alegado que conforme al artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONSORCIO no sometió a arbitraje la controversia relacionada a la resolución del contrato, dentro del plazo indicado en dicho artículo. Así ha sostenido que: "(...) *el contratista debió someter a arbitraje su controversia dentro del plazo de quince (15) días vencidos los quince días iniciales que al parecer tenía mi representada para cuestionar la resolución de contrato efectuada por el contratista, es decir, dentro de los 15 días posteriores al 21 de febrero de 2017, para ser más precisos hasta el 14 de marzo de 2017 mi representada pudo cuestionar la resolución del contrato efectuada por el contratista, cuestionando la Carta Notarial N° 6256, vencido dicho plazo, el contratista tuvo hasta el día 14 de abril para iniciar su arbitraje solicitando el consentimiento de la resolución contractual por ellos invocada*".¹

67. Ahora bien, el artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones precisa lo siguiente:

"52.2., Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.

17

(...)

Todos los plazos previstos son de caducidad". (El subrayado es nuestro)

68. En ese sentido, la norma es clara en indicar que una vez cumplido el plazo de los quince (15) días, el derecho de la parte interesada a someter la controversia a arbitraje, caduca.

44

69. Para este Tribunal Arbitral, SERPAR interpreta erróneamente lo dispuesto en el citado artículo, ya que éste se refiere a la caducidad del derecho a someter la controversia a conciliación y/o arbitraje; mientras que el artículo 170° se refiere a los efectos de la resolución, una vez que el plazo contemplado en el artículo 52.2 hubiera producido la caducidad.

¹ Escrito de contestación de demanda acumulada, numeral 1.4.

60

- 70. De este modo, resulta claro que vencido el plazo establecido en la ley, SERPAR consintió la resolución efectuada por el CONSORCIO, debido a que se produjo la caducidad del derecho de SERPAR de cuestionarla en la vía arbitral al no haberla objetado dentro del plazo que el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece.
- 71. Por los motivos anteriormente señalados, este Tribunal Arbitral debe declarar infundada la excepción de caducidad formulada por SERPAR respecto de la Quinta Pretensión Principal, referida a que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017".

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

XIII. SOBRE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA REALIZADA POR SERPAR.

72. En este numeral se analizará el siguiente Punto Controvertido:

Tercer Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no declarar que la intervención económica realizada por Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA es indebida, inválida y carece de sustento técnico, legal y económico.

18

Posición del CONSORCIO:

- 73. El CONSORCIO señala que la Resolución de Secretaría General N° 050-2016 de fecha 16 de marzo de 2016, emitida por SERPAR decidió intervenir económicamente la obra, sin respetar el plazo de subsanación otorgado a través de la Carta Notarial N° 135013 fecha 10 de marzo de 2016.
- 74. Mediante Carta N° 065-2016/ATA-SINCHI ROCA de fecha 28 de marzo de 2016, la Supervisión comunicó a SERPAR ciertos hechos que, si bien son correctos, la conclusión a que la llegan es errada, a decir del CONSORCIO:

En el presente caso no se puede aplicar este Artículo porque a Febrero 2016 la Valorización Acumulada ejecutada ya era mayor al 80% de la Valorización programada ejecutada y en cuanto a la segunda afirmación es precisamente lo que está haciendo la Entidad: realizar la intervención económica de la Obra en Amparo al Art. 206° del Reglamento y a la Cláusula Trigésima Primera del Contrato de Obra.

AA:

N

Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.

75. Previamente, con fecha 22 de marzo de 2016 mediante la Carta N° 58-2016-SERPAR LIMA/SG/GT/MML, SERPAR puso en conocimiento del CONSORCIO su proyecto de Adenda N° 09 referida a la Intervención Económica.
76. Conforme a la propuesta de Adenda, según el CONSORCIO, plantea que este acepte una supuesta "insolvencia económica y financiera", la cual rechaza debido a que como se ha probado con otras comunicaciones, en la ejecución de la obra se han utilizado recursos propios para subvencionar la obra ante la negativa de pago por parte de SERPAR.
77. También deja el CONSORCIO en manifiesto su discrepancia sobre algunos extremos de la referida adenda, al no reflejar la realidad de lo sucedido en obra, lo cual señala que consta en el Asiento del Cuaderno de Obra N° 663 de fecha 23 de marzo de 2016.
78. En ese sentido, el CONSORCIO considera que con la Adenda se pretende engañarlo y obligarle a aceptar una serie de hechos no sucedidos transgrediendo la buena fe contractual, indicando a manera de ejemplo la Cláusula Quinta, donde menciona que el CONSORCIO deberá aportar a la cuenta mancomunada un monto mínimo no definido en la misma y señala además que frente a la carencia de fondos quien deberá abonarlos será el CONSORCIO.
79. Por lo tanto, para el CONSORCIO es claro que se pretende obligarlo a abonar montos indefinidos de manera desmedida, lo cual generaría un incremento del desequilibrio económico del Contrato y un perjuicio patrimonial para ellos.
80. En adición a ello, señala que ha ocurrido un indebido descuento o desconocimiento de metrados por parte de la Supervisión y SERPAR, que ya habían sido ejecutados y valorizados en obra, lo que les genera un saldo a favor, el que consta en la referida Adenda.
81. Asimismo, el CONSORCIO alega que en ningún momento ha incumplido el Contrato, y que SERPAR ha actuado de mala fe al pretender que acepten supuestos incumplimientos los cuales ya han sido absueltos previamente.
82. Sin perjuicio de lo alegado por el CONSORCIO, con fecha 30 de marzo de 2016 mediante el Asiento N° 667 del Cuaderno de Obra, dejaron constancia que, pese a que la intervención económica carecía de sustento técnico, legal y económico, no se oponían a la misma y la acataban bajo protesta.

A.




- 83. Por esos motivos, el CONSORCIO señala que a pesar de no encontrarse de acuerdo con las consideraciones que tomó SERPAR para intervenir la obra, queda demostrado que su representada no se opuso a la misma siempre que fuera comunicada de manera debida.

Argumentos de Derecho del CONSORCIO:

- 84. El CONSORCIO, intenta demostrar que la Intervención Económica ha sido mal aplicada. Así, indica que el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona lo siguiente:

“Artículo 206°.- Intervención Económica de la Obra

La entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención económica sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

20

Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento.

Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia”.

- 85. En base al artículo citado, el CONSORCIO considera que es una potestad que la ley le otorga a las Entidades con la “finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato”. Asimismo, es una medida que faculta a las Entidades para participar directamente en el manejo económico de una obra.
- 86. En ese sentido, el CONSORCIO, interpreta que frente a una situación de un incumplimiento subsanable SERPAR tiene la potestad de iniciar el procedimiento de resolución del contrato o de intervención económica.
- 87. En el presente caso, conforme lo establece la Cláusula Trigésimo Primera del Contrato, el mecanismo de Intervención económica supone, además

14.

h

Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.

de la aplicación del artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones anteriormente citado, la aplicación de la DIRECTIVA N° 001-2003/CONSUCODE/PRE aprobada mediante la Resolución N° 010-3003-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de marzo de 2003.

- 88. De acuerdo a la mencionada Directiva, la causal aplicable en el presente caso para la Intervención Económica de la obra es la siguiente:

“VI. Disposiciones Específicas:

(...)

2. La Entidad podrá intervenir económicamente una obra cuando se presenten cualquiera de los siguientes casos:

(...)

- c) **De oficio o a solicitud de parte en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo con el expediente técnico y en forma oportuna.**

En el supuesto que la intervención económica se configure debido a que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, la Entidad deberá requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante Carta Notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra. Tratándose de obligaciones no esenciales, procederá a intervenir económicamente la obra solo si habiéndole requerido dos veces, el contratista no ha verificado su cumplimiento”.

- 89. En ese sentido, se pueden establecer los siguientes requisitos para que la intervención económica sea considerada válida:

- (i) Que el contratista haya incumplido sus obligaciones contractuales.
- (ii) La Entidad haya requerido el cumplimiento de las obligaciones (con un plazo no menor de dos, ni mayor de quince días).
- (iii) Cuando se trate del incumplimiento de obligaciones no esenciales, la Entidad debe requerir dos (02) veces el cumplimiento de las mismas.

- 90. Según el CONSORCIO, a pesar de no haberse cumplido los requisitos, SERPAR decidió intervenir económicamente la obra, y envió una Carta Notarial señalando que el CONSORCIO no había cumplido con sus obligaciones otorgándole un plazo no menor de dos días bajo apercibimiento de intervenir económicamente la obra.

44

- 91. Además, SERPAR incumplió los requisitos establecidos en el numeral 5 de las Disposiciones Específicas de la DIRECTIVA N° 001-2003/CONSUCODE/PRE. Concretamente, la Entidad no nombró al Interventor, ni tampoco estableció lo siguiente: *"Dicha Resolución de Intervención Económica deberá contener lo siguiente: a) Saldo de obra a ejecutar. b) Monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago"*.
- 92. En ese sentido, el CONSORCIO anota que de la revisión de la Resolución de Secretaría General N° 050-2016 de fecha 16 de marzo de 2016, en ningún extremo se menciona o detallan los requisitos que señala la Directiva, por lo que la Resolución de Intervención Económica no tiene ningún valor ni genera eficacia. Por lo tanto, el CONSORCIO manifiesta que SERPAR realizó una intervención económica sin tener una causal válida, omitiendo también los requisitos formales de la misma.
- 93. Además, el CONSORCIO resalta que no existía un supuesto que otorgara la facultad a SERPAR para realizar la intervención económica, puesto que existía un 85.97% de avance acumulado de obra. En ese sentido, destaca el CONSORCIO que el artículo citado y la Directiva aplicable, requiere que el porcentaje de avance acumulado se encuentre por debajo del 80%.
- 94. Recalca el CONSORCIO que SERPAR en distintas comunicaciones ha reconocido dicho porcentaje, como es el caso de la Resolución de Secretaría General N° 050-2016 de fecha 16 de marzo de 2016 por la que comunica la intervención económica, y en la que realiza la siguiente afirmación:

22

Que, mediante carta N° 054-2016-ATA-SINCHI ROCA de fecha 14 de marzo del 2016 la supervisión recomienda la intervención económica de obra y/o la Resolución de contrato de obra, señalando que pese a los reiterados exhortos en comunicaciones y asientos en el cuaderno de obra, el contratista no ha respondido a los requerimientos para levantar su incumplimiento contractual, intensificar el ritmo de trabajo en obra, toda vez que existe escasez de materiales, maquinarias y personal de obra entre otros y existe paralizaciones de trabajadores por incumplimiento de pagos, encontrándose en consecuencia incurso en la causal de intervención de obra, por incumplimiento de estipulaciones contractuales al evidenciar una notoria insolvencia económica y financiera, que no le permite contar oportunamente con recursos suficientes de equipo mecánico, mano de obra y abastecimiento de insumos, que garanticen la culminación de la obra en el plazo previsto; hecho que se refleja en el avance acumulado al mes de Febrero del 2016 es de 85.97%, mientras que el avance programado acumulado es de 100.00% según el calendario de avance de obra N° 13 aprobado por la supervisión de obra se encuentra atrasada en un 14.03%. El contratista a la fecha se encuentra realizando trabajos fundamentalmente de levantamiento de observaciones realizadas por el Comité de Recepción de Obra Parcial conformado; asimismo se tiene un reducido número de trabajadores que vienen ejecutando labores en la zona del centro cultural, por lo que el contratista continúa con l

- 95. Asimismo, SERPAR ha realizado una afirmación errada y carente de lógica pues señala que el avance de obra programado a febrero de 2016 debería ser del 100%. Sin embargo, el CONSORCIO mencionó que el plazo contractual no finalizó en febrero sino en abril del 2016.

Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.

96. En vista de lo antes señalado, el CONSORCIO considera que es evidente que SERPAR ha actuado de mala fe con la finalidad de plantear otra causal de resolución contractual, al haber fusionado en un solo procedimiento la intervención económica y la resolución del contrato por intimación.
97. En conclusión, el CONSORCIO afirma que SERPAR intervino económicamente la obra sin sustento legal y transgrediendo el procedimiento establecido para esta figura, intentando encubrir el hecho que venía incumpliendo diversas obligaciones esenciales y que su conducta generaba un desequilibrio económico-financiero del Contrato.

Posición de SERPAR

98. Al respecto, SERPAR señaló que la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 44° (Resolución de los contratos), indica que:

“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato. Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados”.

99. Asimismo, señaló que el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la Intervención Económica de la obra, señala que:

“La entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la inversión sea consecuencia del incumplimiento del contratista. Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento. Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia”.

100. La demandada manifiesta que requirió al CONSORCIO, mediante las Cartas Notariales N° 33719 y N° 33720 de fecha 16 de febrero del 2016 tomar las medidas correspondientes para levantar su incumplimiento en el plazo de 15 días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el Contrato conforme a lo indicado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, señaló que como no cumplió con levantar su incumplimiento, habiendo transcurrido el plazo otorgado para levantar el mismo, SERPAR estaba facultado a resolver el Contrato o intervenir la obra por incumplimiento contractual imputable al contratista.
101. Mediante la Carta N° 054-2016-ATA-SINCHI ROCA de fecha 14 de marzo del 2016, la supervisión recomienda la intervención económica de la obra y/o la resolución de contrato de obra, señalando que pese a los reiterados exhortos en comunicaciones y asientos en el cuaderno de obra, el CONSORCIO no ha respondido a los requerimientos para levantar su incumplimiento contractual, intensificar el ritmo de trabajo en obra, toda vez que existe escasez de materiales, maquinarias y personal de obra entre otros y paralizaciones de trabajadores por incumplimiento de pagos, encontrándose en consecuencia incurso en la causal de intervención de obra, por incumplimiento de estipulaciones contractuales al evidenciar una notoria insolvencia económica y financiera, que no le permite contar oportunamente con recursos suficientes de equipo mecánico, mano de obra y abastecimiento de insumos, que garanticen la culminación de la obra en el plazo previsto.
102. Con el Informe N° 08-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/DPSO/MMGV de fecha 14 de marzo del 2016, el Coordinador de Obra manifestó que el CONSORCIO venía incumpliendo con la Cláusula Décima Sexta del Contrato, que indica las responsabilidades y obligaciones de las prestaciones pactadas por el contratista a favor de SERPAR, entre ellas, suministrar a la obra el equipo, materiales, la mano de obra exigible, en las condiciones de seguridad adecuadas, así como el cumplimiento de la legislación laboral, responsabilidades y obligaciones de carácter laboral, el pago de tributo, gravámenes y aportaciones sociales de su personal a fin de evitar las paralizaciones de obra y dejar liberada a la Entidad de cualquier multa penalidad o infracción laboral, municipal o social.
103. El Coordinador de Obra concluyó de esta manera, que las acciones asumidas por el CONSORCIO, podían ser tipificadas como una causal de resolución establecida en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; o como Intervención Económica de la obra, establecida en el artículo 206° del mismo dispositivo. Por lo expuesto, SERPAR atendiendo a la recomendación de la supervisión de obra recomendó que se realicen las gestiones para una Intervención Económica de la Obra y/o Resolución de Contrato, a fin de salvaguardar los intereses de ésta.

A:

N

A
E

Tribunal Arbitral Ad-Hoc
 CONSORCIO SOM LIMA NORTE vs. SERPAR LIMA
 Tribunal Arbitral
 Elvira Martínez Coco
 Carlos Alberto Matheus López
 Dwight Falvy Bockos

104. De otro lado, SERPAR argumentó que el primer párrafo del artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE aprobada mediante la Resolución N° 010-2003-CONSUCODE/PRE del 15 de enero de 2003, indica que la intervención económica de una obra es una medida que le permite a las Entidades la participación directa en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. Agrega que, la Entidad puede, de oficio o a solicitud del contratista, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la culminación de los trabajos. Lo indicado anteriormente no deja al contratista al margen de su participación contractual, manteniendo los derechos y obligaciones correspondientes.
105. SERPAR manifiesta que el CONSORCIO solo se encontraba realizando trabajos de levantamiento de observaciones realizadas por el Comité de Recepción de Obra Parcial conformado; asimismo, que tenía un reducido número de trabajadores ejecutando labores en la zona del centro cultural evidenciando esto la paralización de trabajo en la mayoría de acciones de la obra hasta antes del 15 de febrero y no estaba realizando las labores de mantenimiento de las áreas verdes, por haber reducido el ritmo de trabajo, lo cual trajo como consecuencia que se pierdan las áreas sembradas, debiendo SERPAR proceder a realizar el respectivo deductivo en la presente valorización.
106. Por ello, SERPAR concluye que, como las acciones unilaterales de manera inconsulta, respecto a la paralización de los trabajos son establecidas como Causales de Resolución de contrato en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, SERPAR podía resolver el contrato en los casos en que el contratista paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a ser requerido para corregir tal situación.
107. Adicionalmente a ello, SERPAR mencionó que las Entidades también podían intervenir económicamente la obra de conformidad con el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos.
108. Mediante el Informe N° 178-2016 de fecha 15 de marzo del 2016, la Jefa de la División de Proyectos y Supervisión de Obra manifestó que de acuerdo a lo recomendado por la Supervisión de Obra, el Coordinador de

Obra y la Asesora Legal de la Gerencia Técnica, se recomendaba que según lo estipulado en el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, se realicen las gestiones para una intervención Económica de la Obra "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS, RECREATIVOS Y CULTURALES EN EL PARQUE ZONAL SINCHI ROCA", con la finalidad de culminar los trabajos sin llegar al extremo de resolver el contrato y salvaguardar los intereses de la Entidad.

- 109. Asimismo, con el Informe N° 531-2016 de fecha 15 de marzo del 2016, la Gerencia Técnica indicó que consideraba conveniente la intervención económica de la obra "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS, RECREATIVOS Y CULTURALES EN EL PARQUE ZONAL SINCHI ROCA", toda vez que a la fecha de la emisión del informe y a su entender el CONSORCIO no había tomado las medidas correspondientes para levantar el incumplimiento de las estipulaciones contractuales en el plazo otorgado, encontrándose SERPAR facultada a resolver el contrato o intervenir la obra por incumplimiento contractual.
- 110. De acuerdo a SERPAR, mediante la Resolución de Secretaria General N° 050-2016 de fecha 16 de marzo del 2016, se dispuso la intervención económica de la obra; y debido a que transcurrió en exceso el plazo para que el CONSORCIO acepte la intervención económica y suscripción de la adenda, y este continuaba en incumplimiento pese al apercibimiento respectivo, correspondía que SERPAR de conformidad con el segundo párrafo del artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado resuelva el contrato de obra.
- 111. SERPAR manifestó que mediante la Carta N° 58-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/MML de fecha 22 de marzo de 2016, remitió al CONSORCIO el proyecto de Adenda N° 09 de Intervención Económica de la obra "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS, RECREATIVOS Y CULTURALES EN EL PARQUE ZONAL SINCHI ROCA", distrito de Comas, provincia y departamento de Lima, de acuerdo a los términos planteados en la Resolución de Secretaria General N° 050-2016.
- 112. Finalmente, SERPAR señala que de acuerdo al tercer párrafo del artículo 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se dispone que en el Registro de Ejecutores de Obras se inscriban las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que participan en procesos de selección y contratan con el Estado la ejecución de obras públicas, ya sea que se presentaran de manera individual, en consorcio o tuvieran la condición de subcontratistas, las que deben tener solvencia económica.

14:

Argumentos de Derecho de SERPAR:

- 113. SERPAR sustentó su posición en conformidad con los artículos 25° y 26° de la Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, señalando además que cumple con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos.
- 114. Del mismo modo, basó su posición en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referente a las causales de resolución de contrato y procedimiento de resolución de contrato y, por último, en los artículos 3° y 6° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General.

Posición del Tribunal Arbitral

- 115. Para iniciar con el desarrollo de este punto, es necesario remitirnos al artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a la intervención económica de la obra, que a la letra dice:

“Artículo 206°.- Intervención Económica de la Obra

La entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención económica sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

27

14.

Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento.

Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia”. (El subrayado es nuestro).

- 116. En aplicación del último párrafo del artículo anteriormente mencionado, también se debe tener en cuenta la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, en la que se precisa lo siguiente:

"Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE

(...)

VI. Disposiciones Específicas:

(...)

2. La Entidad podrá intervenir económicamente una obra cuando se presenten cualquiera de los siguientes casos:

(...)

- c) De oficio o a solicitud de parte en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo con el expediente técnico y en forma oportuna.

En el supuesto que la intervención económica se configure debido a que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, la Entidad deberá requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante Carta Notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra. Tratándose de obligaciones no esenciales, procederá a intervenir económicamente la obra solo si habiéndole requerido dos veces, el contratista no ha verificado su cumplimiento.

La decisión de la Entidad de intervenir económicamente la obra se formaliza mediante Resolución emitida por la autoridad del mismo o mayor nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato, debiendo indicarse el nombre del interventor, cuya designación recaerá en un funcionario de la Entidad, quien será el que suscriba en forma mancomunada con el contratista o el residente de obra, los cheques de pago de la cuenta corriente (...).

28

Dicha Resolución de Intervención Económica deberá contener lo siguiente:

- a) Saldo de obra a ejecutar.
 b) Monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago."
 (El subrayado es nuestro).

117. Las normas citadas establecen requisitos de forma y de fondo que la Entidad, en este caso SERPAR, debía cumplir para poder intervenir económicamente la obra.

118. Con respecto a los requisitos de forma para que proceda la Intervención Económica, estos son: "La Entidad requiera al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante Carta Notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días y tratándose de obligaciones

[Handwritten signature]

no esenciales, haber requerido dos veces, sin que se verifique el cumplimiento.”

119. Este requisito no fue cumplido por SERPAR, dado que las Cartas enviadas previamente (Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016 del Anexo 2-J de la demanda y la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016 del Anexo 2-L) no requerían el cumplimiento de obligaciones al CONSORCIO bajo apercibimiento de intervenir económicamente la obra.

120. En la Carta N° 33720-2016 ubicada en el Anexo 2-J del escrito de demanda, SERPAR se refirió a supuestos incumplimientos por parte del CONSORCIO, e indicó que de no subsanarse estos, resolvería el Contrato. Así dijo:

“Por lo expuesto, le requerimos para que en un plazo de quince (15) días cumpla con sus obligaciones contractuales bajo apercibimiento de Resolver el Contrato de la Referencia conforme lo indicado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”. (El subrayado es nuestro).

121. En la misma línea, en la Carta N° 135013 ubicada en el Anexo 2-L del escrito de demanda, SERPAR se refirió a una paralización de la obra, por lo cual también pidió la subsanación del incumplimiento bajo apercibimiento de resolver el Contrato. En dicha Carta señaló:

“Al amparo de lo previsto en la cláusula vigésimo segunda del contrato de la referencia y del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo requerimos notarialmente para que en el plazo máximo de quince días, cumplan con su obligación contractual bajo apercibimiento de resolver el contrato por causas atribuibles únicamente a vuestra empresa”. (El subrayado es nuestro).

122. Como puede apreciarse, en ninguna de estas cartas, SERPAR requirió el cumplimiento del CONSORCIO señalando que, en caso contrario, intervendría económicamente la obra.

4:

123. Con independencia de ello, es importante señalar además que SERPAR no cumplió con el primer requisito de forma para intervenir económicamente la obra, según lo dispuesto en la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, en la que se señala que:

“a) La decisión de la Entidad de intervenir económicamente la obra se formaliza mediante Resolución emitida por la autoridad del mismo o mayor nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato, debiendo indicarse el nombre del interventor.

n

Dicha Resolución Económica deberá contener:

-Saldo de obra a ejecutar.

-Monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago.” (El subrayado es nuestro).

- 124. Así tenemos que SERPAR emitió la Resolución de Secretaría General N° 050-2016 (Anexo 2-N del escrito de demanda) con fecha 16 de marzo de 2016, mediante la cual dispuso la intervención económica de la obra, sin indicar el nombre del interventor, sin especificar el saldo de obra a ejecutar y sin contener el monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago.
- 125. Por lo cual, SERPAR no cumplió con el requisito de forma señalado anteriormente para intervenir económicamente la obra.
- 126. En la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE también se establece que:

“Una vez ordenada la intervención económica, la Entidad contratante dispondrá la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista dentro del día siguiente de haberse vencido el plazo con el que esta cuenta para manifestar su disconformidad. Los fondos de la mencionada cuenta estarán constituidos por:

30

- a) **Los pagos adeudados por la Entidad a favor del contratista;**
- b) **Aquellos que provengan de las valorizaciones de avance de obra y de cualquier otro concepto que se genere posterior a la intervención económica de la obra.**
- c) **Los aportes en efectivo por parte del contratista que permitan hacer viable la intervención económica. (...)**. (El subrayado es nuestro).

44.

- 127. SERPAR emite la Carta N° 58-2016-SERPAR LIMA/SG/GT/M (Anexo 2-O del escrito de demanda) el 22 de marzo de 2016, mediante la cual envía el proyecto de Adenda N° 09 sobre la intervención económica de la obra.
- 128. En la mencionada Adenda no se indica el monto del aporte en efectivo que debe realizar el contratista. Así tenemos que en la Cláusula Quinta se señala lo siguiente:

"El monto mínimo de aporte del contratista a la cuenta corriente mancomunada, debe ser de S/., durante los tres primeros días de requerida por la ENTIDAD, la misma que estará constituida por el aporte en efectivo del contratista, las valorizaciones pendientes de pago." (El subrayado es nuestro).

129. Además, en el párrafo siguiente, se señala que:

"En caso no se cuente con fondos económicos en la cuenta mancomunada, el CONTRATISTA es responsable de hacer los aportes de dinero necesarios de manera que no se interrumpa la correcta ejecución de la obra". (El subrayado es nuestro).

130. Por otro lado, otra condición para que una Entidad pueda intervenir económicamente la obra, es que el monto de la valorización acumulada sea menor al 80%. Así tenemos que en las disposiciones Específicas de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, se señala lo siguiente:

"DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.

La intervención económica de una obra consiste en la participación directa de la Entidad en el manejo económico de la obra.

La Entidad podrá intervenir económicamente una obra cuando se presenten cualquiera de los siguientes casos:

a) **Si el contratista incumple con la presentación del calendario de avance de obra acelerado dentro de los siete (7) días siguientes de recibida la orden del Inspector o Supervisor de la Obra, la que se emite cuando el monto de valorización acumulada a una fecha determinada resulte menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a esa misma fecha.**

b) **Si el monto de la valorización acumulada resulta menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada del calendario de avance de obra acelerado y que la Entidad prefiera, por razones de orden técnico y económico, la intervención en vez de la resolución del contrato.**

Entiéndase por calendario de avance de obra acelerado documento en el que consta la nueva programación mensual valorizada de la ejecución de la obra contratada en el cual se contempla la aceleración de los trabajos, emitido como consecuencia de las demoras injustificadas en la ejecución de la obra." (El subrayado es nuestro)

A:

131. Sobre este punto, tanto el CONSORCIO como SERPAR han afirmado a lo largo del proceso que el monto de la valorización acumulada ejecutada era mayor al 80% de la valorización ejecutada programada. Así lo indica SERPAR en su Carta N° 065-2016/SERPAR-LIMA/GT/MML (Anexo 2-V del escrito de demanda) mediante la cual comunica al CONSORCIO que la Supervisión se había pronunciado acerca de la Carta N° 1049-2016-SOMLIMA NORTE/LOTE01 (Anexo 2-M del escrito de demanda).

132. La opinión emitida por la Supervisión señala lo siguiente:

“(...) a febrero de 2016 la valorización acumulada ejecutada ya era mayor al 80% de la valorización programada ejecutada” (...). (El subrayado es nuestro).

133. A su turno, en la Resolución de Secretaría General N° 050-2016 (Anexo 2-N del escrito de demanda), se dice que:

“(...) el avance de la obra a febrero de 2016 es de un 85.97% (...)”. (El subrayado es nuestro).

134. En ese sentido, la Supervisión ha admitido que el monto de las valorizaciones acumuladas ejecutadas superaba el porcentaje máximo establecido por la Directiva para intervenir económicamente la obra.

32

135. En consecuencia, SERPAR incumplió con los requisitos establecidos por la norma aplicable pactada en la Cláusula Trigésima Primera del Contrato para intervenir económicamente la Obra, por lo que este Tribunal debe declarar fundada la Tercera Pretensión planteada por el CONSORCIO.

136. Finalmente, se deja constancia que sobre el incumplimiento imputado al CONSORCIO por el cual SERPAR decidió intervenir la obra, el Tribunal Arbitral se pronunciará más adelante, al resolver la pretensión correspondiente.

XIV. SOBRE LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO EFECTUADA POR SERPAR

137. En este punto se analizarán los siguientes Puntos Controvertidos:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución parcial del Contrato efectuada por Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016.

Posición del CONSORCIO

138. El CONSORCIO ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Respecto del Primer Punto Controvertido.-

139. La demandante manifiesta que junto con SERPAR suscribieron el Contrato N° 0002-2014-SERPAR-LIMA/MML para la "Elaboración del Expediente Técnico, ejecución de obra y equipamientos del proyecto Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Recreativos, Culturales y Deportivos en las instalaciones del parque Zonal Sinchi Roca" de fecha 03 de enero de 2014, por medio del cual ambos se comprometieron al cumplimiento de diversas obligaciones con el fin de ejecutar el proyecto en cuestión.

140. Sin embargo, el CONSORCIO señala que contrario a la buena fe contractual, SERPAR intentó generar causales de resolución del contrato debido a que no se encontraba en la facultad de dar cumplimiento a sus obligaciones.

A:

141. El CONSORCIO alega que, SERPAR se encuentra desde hace varios meses en una situación de incumplimiento de diversas obligaciones contractuales, incluyendo obligaciones de pago; en ese sentido, el CONSORCIO manifestó que mediante Carta Notarial de fecha 10 de febrero de 2016, solicitó bajo apercibimiento de resolución del Contrato a la Entidad el pago de los gastos generales y de los reajustes correspondientes a las Valorizaciones aprobadas por SERPAR, otorgándole un plazo de quince (15) días para que cumpla con subsanar su incumplimiento.

142. Asimismo, menciona que SERPAR teniendo en cuenta su situación de incumplimiento de obligaciones esenciales, considerando que no lograba encontrar mecanismos que le permitieran salir de su situación de

incumplimiento, SERPAR generó una estrategia destinada a cubrir sus incumplimientos y su dificultad de dar solución a los problemas en la Obra.

143. En ese sentido, el demandante señaló que fue requerido por SERPAR para que cumpliera sus obligaciones contractuales mediante la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016.

144. Según la Carta Notarial emitida por SERPAR, los incumplimientos del CONSORCIO estarían referidos a: (i) supuestas deficiencias y carencias de recursos en Obra; (ii) una supuesta ausencia de personal; y, (iii) la instalación de un tipo de gras que sería distinto al contractual.

145. Con respecto al primer incumplimiento, el CONSORCIO manifestó que su contraparte señaló que se vendría incurriendo en deficiencias de equipo mecánico en cantidad y operatividad, carencia de personal obrero de mando medio y limitaciones en el abastecimiento de insumos y equipos.

146. Al respecto, el demandante refirió que dicha afirmación fue genérica y no guardaba relación con el estado de las cosas. Asimismo, señaló que la carta de apercibimiento de la Entidad no identifica con precisión el incumplimiento y, por tanto, tampoco la causal de resolución del contrato. Argumentó que no se indica cuál es el equipo faltante o el personal de mando medio que está ausente o las limitaciones en el abastecimiento de insumos y materiales. Además, indicó que SERPAR tampoco señaló respecto de qué acciones de obra existirían estas carencias, pues a entender del CONSORCIO se debía tener en cuenta que el porcentaje de avance era del 95%, motivo por el cual manifestó que como algunas acciones se encontraban en etapa de acabados o levantamiento de observaciones resulta lógico que sea innecesaria la utilización de ciertos equipos.

147. Asimismo, el CONSORCIO indicó que la imputación generada por SERPAR fue impertinente porque la obra estaba aún en proceso de ejecución y con plazo vigente, no existían elementos que generen dudas respecto de la inversión de los recursos de la obra porque se venía utilizando los materiales e insumos de acuerdo a las obligaciones contractuales del CONSORCIO.

44.

n

148. A su vez, mencionó que su cumplimiento se evidenció en este extremo porque al momento de realizar el inventario de la obra, a través de actas de fechas 13 de abril de 2016 y 15 de abril de 2016 se verificó la existencia de diversos materiales e insumos en la obra.

149. Con respecto al segundo incumplimiento, el CONSORCIO expresa que las imputaciones de SERPAR fueron absurdas considerando que, a la

Handwritten signatures and marks at the bottom right of the page.

fecha de comunicación de la carta de intimación, el avance de obra a dicha fecha era de aproximadamente 95%. En ese sentido, manifiesta que si fuera cierto lo que indica SERPAR no hubiera sido posible llegar a este nivel de avance de obra sin utilizar el equipo necesario para hacerlo.

150. Adicionalmente, el CONSORCIO manifestó que, en las sucesivas comunicaciones, concretamente cuando SERPAR dispuso la intervención económica que devino en la resolución del Contrato, SERPAR no volvió a utilizar esta supuesta imputación.
151. De otro lado, respecto a la imputación de desprovisión de profesional calificado el CONSORCIO mencionó que mediante la Carta N° 1047-2016-SOM LIMA NORTE/LOTE 01 de fecha 02 de marzo de 2016 adjuntó la declaración de los profesionales que habían estado prestando sus servicios; asimismo, mediante la Carta N° 1046-2015-SOM LIMA NORTE/LOTE 01 de fecha 01 de marzo de 2016, señaló que procedió a solicitar el cambio de algunos profesionales de obra, ello debido al fallecimiento del Ing. Teodorico Flores.
152. Del mismo modo, el CONSORCIO señala que SERPAR en las sucesivas comunicaciones al disponer la intervención económica no se volvió a utilizar esta imputación.
153. Con respecto al tercer incumplimiento, el demandante mencionó que le sorprendió lo señalado por SERPAR debido a que aún no se había producido la entrega de la obra, por ello no se podía afirmar que haya incumplido con entregar algún extremo o componente de la obra de acuerdo a sus obligaciones contractuales.
154. Al igual que en el caso de los otros incumplimientos, el CONSORCIO precisó que en las siguientes comunicaciones mediante las que SERPAR dispuso la intervención económica de la obra, ésta no volvió a sostener como causa la existencia de este supuesto incumplimiento y de los otros mencionados.

35

Argumentos de Derecho del CONSORCIO.-

155. El CONSORCIO expresa que cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación en este tipo de contratos, la parte que requiere puede, como medida extrema, proceder a intervenir económicamente la obra o resolver el contrato, debiendo cumplirse para ello en buena fe los procedimientos que se encuentran establecidos.

- 156. En ese sentido, el CONSORCIO manifiesta que SERPAR para resolver el Contrato por incumplimiento debe solicitar el cumplimiento como requerimiento previo.
- 157. De esta manera, dado que el CONSORCIO manifiesta que SERPAR incumplió con sus obligaciones contractuales referidas al pago de los gastos generales y de los reajustes correspondientes a las valorizaciones aprobadas por SERPAR. En consecuencia, sostiene que SERPAR no es parte fiel del Contrato, sino por el contrario, incumplidora de obligaciones esenciales.
- 158. Entonces, según lo señalado por el CONSORCIO, para que el requerimiento de SERPAR bajo apercibimiento de resolución del contrato sea válido y eficaz, ésta no debió inexecutar sus obligaciones contractuales debido a que es un requisito de legitimación. Por ello, EL CONSORCIO manifiesta que como SERPAR no era parte fiel del Contrato por lo tanto no se encontraba legitimado para intimar al CONSORCIO.
- 159. El CONSORCIO menciona que el segundo requisito para la resolución está referido a que debe ser causada por el incumplimiento de una obligación contractual.
- 160. En ese sentido, el CONSORCIO manifiesta que se trata de un requisito de validez del apercibimiento, previo a la resolución de contrato. De esta manera, el demandante señala que ello es así debido a que lo que se busca con una intimación es la subsanación del incumplimiento de obligaciones evitando la resolución del contrato, entonces según el CONSORCIO para que esta sea válida debe haberse incumplido injustificadamente la obligación exigida.
- 161. En el presente caso, el CONSORCIO ha argumentado que las imputaciones realizadas por SERPAR carecen de sustento debido a que los incumplimientos imputados son producto de la desesperada búsqueda de generar causales de resolución del contrato.
- 162. El CONSORCIO indicó que lo señalado es tan claro que, en las sucesivas comunicaciones, concretamente cuando la Entidad dispuso la intervención económica o cuando se le comunicó la resolución parcial del Contrato, SERPAR no volvió a sostener como causa la existencia de los supuestos incumplimientos expresados a través de la Carta Notarial N° 33720-2016.
- 163. Por tales razones, el CONSORCIO afirma que corresponde que se declare que el requerimiento de SERPAR bajo apercibimiento de resolución del contrato expresado a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016, no tiene sustento fáctico ni jurídico.

14.

Respecto al Segundo Punto Controvertido.-

- 164. El CONSORCIO manifiesta que como no prosperó lo esperado por SERPAR, a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 intentó nuevamente generar una nueva causal de resolución del Contrato. En ese sentido, con la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016, SERPAR requirió al CONSORCIO para que en el plazo de quince (15) días cumpla otras obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución de contrato.
- 165. En esta oportunidad, SERPAR refirió que el supuesto incumplimiento contractual era la paralización de obra. Debe precisarse que a la Carta Notarial N° 135013 de 2016, se adjuntó la Carta N° 043-2016/ATA-SINCHI ROCA, con la cual la Supervisión remitió fotos de diversos frentes de obra que demostrarían la paralización de la obra en ese periodo (entre el 15 de febrero y el 09 de marzo de 2016).
- 166. La fecha de emisión de las fotos que adjuntó la Supervisión sería el 15 de febrero de 2016. Al respecto, el CONSORCIO manifiesta que se debe resaltar que no consta en el documento la hora en la cual se tomaron las fotos, manifestando de esta manera que las referidas fotos pudieron ser tomadas antes o después de la jornada laboral diaria; asimismo, añadió que tampoco dichas fotografías cuentan con la acreditación respectiva.
- 167. Según el CONSORCIO, dicha carta se puso en conocimiento de la Entidad el 17 de febrero y el apercibimiento realizado por SERPAR es de fecha 10 de marzo; es decir, casi un mes después de tomadas las fotografías.
- 168. A entender del CONSORCIO, SERPAR realizó una afirmación temeraria cuando indicó que el Contratista habría paralizado la obra desde el día 15 de febrero de 2016, debido a que en el período señalado por SERPAR (15 de febrero de 2016 al 09 de marzo de 2016) se puede notar de diversos asientos del Cuaderno de Obra que, a pesar del incumplimiento de pago -entre otros- por parte de SERPAR, el personal del CONSORCIO siguió ejecutando las acciones de obra correspondientes. Así, por ejemplo, mediante el Asiento N° 649 de fecha 07 de marzo de 2016 se dejó constancia que el CONSORCIO -no obstante, lo anotado por la Supervisión- seguía incrementando personal en los frentes de trabajo.
- 169. Considerando los cuestionamientos de SERPAR y la Supervisión, el CONSORCIO procedió a realizar constataciones notariales y dejar registro confirmando de que la obra no estaba paralizada. En efecto, el CONSORCIO manifestó que continuó realizando trabajos en distintos frentes de obra, tal y como se indica en las constataciones notariales realizadas con fechas 07 y 11 de marzo de 2016.

170. A través de la constatación notarial de fecha 07 de marzo de 2016, el Notario confirmó que en "siete sectores antes mencionados, en donde la empresa viene realizando trabajos finales". Además, el CONSORCIO recordó que mediante el Acta de Constatación de Obra de fecha 11 de marzo de 2016 (de manera posterior al apercibimiento planteado por SERPAR) firmada tanto por sus representantes como por los de SERPAR y la Supervisión, se señaló que sí había en obra personal que venía realizando labores con la finalidad de concluir la obra, pese a, por ejemplo, la falta de liberación de frentes de obra o cumplimiento de factibilidades que tenía que ser realizado por la Entidad.

ACTA DE CONSTATACIÓN DE OBRA

El día hoy viernes 11 de marzo de 2016 siendo las 12:30 de la tarde, se reunieron en las instalaciones del Parque Zonal Sinchi Roca, Ubicado en el Distrito de Comas, con el objeto de constatar el proceso de avance de obra: "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS, RECREATIVOS Y CULTURALES EN EL PARQUE ZONAL SINCHI ROCA", DISTRITO DE COMAS, LIMA, LIMA - CON SINP: 216886, por parte del contratista, CONSORCIO SOM LIMA NORTE, el ingeniero JORGE GALVAN PEÑA identificado con DNI N°: 05604963 Residente de Obra, por la supervisión de obra, ASESORES TECNICOS ASOCIADOS S.A., el ingeniero WILMER GONZALES QUEVEDO con DNI N°: 16602549, por parte de SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA, la Ingéniera MARÍA IGELA ALAYO con DNI N°: 40392846 Jefatura de la División de Proyectos y Supervisión Obras, el ingeniero MILAR CORNEJO FODESTA con DNI N° 09775163 Especialista en Control de Obras, el ingeniero MANUEL GUZMÁN VÁSQUEZ con DNI N°: 44753291 Coordinador de Obra.

171. Según el CONSORCIO, SERPAR no consideró que el avance de obra al mes de marzo era superior al 95%, porcentaje alcanzado debido al constante trabajo del contratista en los diversos frentes de obra.

172. Teniendo en cuenta lo señalado, el CONSORCIO mediante Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE de fecha 16 de marzo de 2016, absolvió los requerimientos de SERPAR y dejó constancia de que el CONSORCIO no se encontraba en situación de incumplimiento; sin embargo, el CONSORCIO refiere que en la medida que la situación de la obra y los incumplimientos de la Entidad habían distorsionado los alcances del Contrato, por culpa imputable a la Entidad se vieron forzados a paralizar la obra.

173. En la referida Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE de fecha 16 de marzo de 2016, el CONSORCIO señaló a la letra lo siguiente: "En consecuencia, conociendo la situación financiera de incertidumbre actual del proyecto, no es posible para nosotros seguir ejecutando más trabajos. Por ello, en aplicación de lo establecido en los artículos 1426° y 1427° del Código Civil, procedemos a suspender los trabajos en la Obra hasta que (i) la Entidad cumpla con efectuar los pagos que están pendientes y (ii) garantice que podrá realizar los pagos futuros".

174. Según el CONSORCIO, la real paralización de obra se produjo recién a partir del día 16 de marzo de 2016. Además, durante los días anteriores a esa fecha cumplió con la ejecución de obra, pues se venía desarrollando con el personal necesario para la ejecución de las acciones correspondientes.
175. Así también, a través del Asiento N° 657 del Cuaderno de Obra el CONSORCIO señaló lo siguiente:

"Asiento N° 657 de fecha 16.03.2016

Desde hoy hemos procedido a paralizar la obra por los argumentos que se exponen en nuestra Carta Notarial 1049-2016-SOM LIMA NORTE/LOTE 01, de fecha 16/03/2016; ello considerando especialmente los problemas surgidos a partir de la falta de pago de diversos conceptos y el riesgo de que los futuros trabajos no sean compensados oportunamente (...)"

176. En ese sentido, el CONSORCIO manifestó que hasta el 16 de marzo de 2016 inclusive la obra no estaba paralizada por lo que le extraña el planteamiento y la afirmación de SERPAR al respecto.

Argumentos de Derecho del CONSORCIO.-

39

177. EL CONSORCIO intenta demostrar que SERPAR intentó encubrir sus propios incumplimientos al plantear requerimientos de cumplimiento de obligaciones que supuestamente venían siendo incumplidas por su contraparte, ello con la finalidad de resolver el Contrato.
178. Acorde a los fundamentos de hecho desarrollados en el primer punto controvertido, la acción que posee una de las partes para que proceda la intimación bajo apercibimiento de resolución del contrato requiere: (a) la legitimación para obtener la resolución y, (b) el incumplimiento y la imputabilidad del deudor.
179. Con respecto al primer requerimiento para la resolución del contrato, el CONSORCIO manifestó que SERPAR incumplió con sus obligaciones contractuales referidas a gastos generales y de los reajustes correspondientes a las Valorizaciones aprobadas por ella misma. Por ello argumentó que SERPAR no es parte fiel del Contrato, sino por el contrario, incumplidora de obligaciones esenciales.
180. De esta manera, mediante la Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE/LOTE01 de fecha 16 de marzo de 2016, el CONSORCIO se vio en la situación extrema de paralizar la ejecución de obra debido a los incumplimientos de SERPAR. Según el CONSORCIO, para que los

apercibimientos de resolución de contrato recibidos hayan sido válidos, SERPAR no debió inejecutar sus obligaciones contractuales, debido a que es un requisito de legitimación.

- 181. De acuerdo al CONSORCIO, el segundo requerimiento para la resolución del contrato por incumplimiento debe, como se desprende del propio nombre, ser causada por un incumplimiento de una obligación contractual, la misma que debe encontrarse definida para considerarse como una causa válida de resolución de contrato.
- 182. Teniendo en cuenta lo señalado previamente por el CONSORCIO, éste argumenta que las imputaciones realizadas por SERPAR en el presente caso, carecen de sustento debido a que los incumplimientos imputados son producto de la desesperada búsqueda de la Entidad de generar causales de resolución del contrato.
- 183. En ese sentido, el CONSORCIO toma nota que para SERPAR la causal de resolución de contrato, objeto de la intimación, es la paralización de la obra.

El incumplimiento contractual se encuentra debidamente acreditado con la carta 043-2016/ATA-SINCHI ROCA, remitido por el Supervisor (ATA Asesores Técnicos Asociados S.A.) el pasado 16 de febrero del 2016 y, está referido a la paralización de la ejecución de la obra, conforme se encuentra acreditado por el mismo informe del Supervisor por lo que, vuestra empresa deberá reanudar con sus trabajos a mas tardar en dicha plazo bajo apercibimiento de resolver el referido contrato.

- 184. Ahora bien, conforme al sustento legal y contractual utilizado por SERPAR frente a los supuestos de incumplimiento por paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación, la Entidad ha optado por el de paralización que se refiere al supuesto en el cual ninguna prestación a cargo del CONSORCIO se estaría ejecutando.
- 185. Al respecto, el CONSORCIO mencionó que en el periodo de la obra que va hasta el 16 de marzo de 2016 inclusive no se ha producido una paralización de la obra, lo que supondría que no ha realizado ninguna labor de avance en la obra. En consecuencia, hasta esa fecha (16 de marzo) SERPAR no puede afirmar que se generó una paralización.
- 186. Luego del 16 de marzo de 2016, tal como se ha indicado en la Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE de fecha 16 de marzo de 2016, el CONSORCIO procedió a paralizar la obra pero de manera justificada; en consecuencia, en ningún momento se puede considerar que se ha generado la causal de resolución imputada por la Entidad, pues según el CONSORCIO fueron los incumplimientos de SERPAR los que generaron la paralización de la obra luego del 16 de marzo de 2016.

Ai

187. Asimismo, el CONSORCIO mencionó que tampoco pueden imputársele las consecuencias del desequilibrio económico del Contrato causado por SERPAR, lo que repercutió en la ejecución normal de la obra. Agrega que, pese al carácter ambiguo de las comunicaciones de SERPAR, es preciso señalar que la resolución parcial del Contrato realizada indebidamente por SERPAR y comunicada mediante Carta Notarial N° 34095-2016 de fecha 01 de abril de 2016, no tiene como causa el apercebimiento planteado a través de la segunda pretensión del CONSORCIO.

188. El CONSORCIO intenta demostrar que la paralización realizada por ellos luego del 16 de marzo de 2016 se encuentra justificada, debido a los incumplimientos de SERPAR y las consecuencias que esta situación generó en perjuicio del demandante. De esta manera menciona que hasta el 16 de marzo de 2016 la obra no estaba paralizada según lo argumentado por éste.

189. El demandante considera que la situación generada en la obra es por culpa imputable SERPAR, dado a que se vieron forzados a paralizar la obra por lo que señaló lo siguiente: *"En consecuencia, conociendo la situación financiera de incertidumbre actual del proyecto, no es posible para nosotros seguir ejecutando más trabajos. Por ello, en aplicación de lo establecido en los artículos 1426° y 1427° del Código Civil, procedemos a suspender los trabajos en la Obra hasta que (i) la Entidad cumpla con efectuar los pagos que están pendientes y (ii) garantice que podrá realizar los pagos futuros"*.

190. En ese sentido, de acuerdo con EL CONSORCIO hicieron ejercicio de los mecanismos de excepción de incumplimiento (Art. 1426°) y excepción de caducidad (Art. 1427°). El sustento de tales mecanismos utilizados por el CONSORCIO supone el hecho que SERPAR incumplió con su obligación esencial de pago y su actuar contrario a la buena fe contractual llevó a que se produzca un desequilibrio económico de la obra. Para expresar este efecto, el CONSORCIO ofreció una pericia realizada por el Ing. Guillermo Vega, la cual demostró que existió un desequilibrio económico financiero de S/ 9'198,927.73.



Hi

191. EL CONSORCIO menciona que el incumplimiento de la obligación de SERPAR de liberar los terrenos, la trasgresión al deber de colaboración y la falta de dirección de la obra se sumaron forzando a su representada a paralizar, debido a que SERPAR incumplió con su obligación esencial de pago al no cumplir con realizar el pago de los reajustes correspondientes, los gastos generales; la falta de entrega y liberalización de terrenos y el manifiesto desequilibrio económico del contrato.

Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.

- 192. La paralización de obra fue comunicada a SERPAR mediante la Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE/LOTE01 de fecha 16 de marzo de 2016, en la cual se detallan los incumplimientos incurridos por ésta. En la misma, se requirió a SERPAR el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y que asegure la situación financiera en la que se encontraba pues la misma llevó a la incertidumbre del proyecto.
- 193. Adicionalmente a lo señalado, el CONSORCIO refiere que en la pericia realizada por el Ing. Guillermo Vega sustentó que se realizó una debida paralización de la obra por parte del CONSORCIO.
- 194. Por todo lo señalado, -según el CONSORCIO- corresponde que se declare que el requerimiento de SERPAR bajo apercibimiento de resolución del contrato expresado a través de la Carta Notarial N° 135013-2016 de fecha 10 de marzo de 2016, no tiene sustento fáctico ni jurídico.

Respecto del Cuarto Punto Controvertido.-

- 195. El CONSORCIO manifiesta que a través de la Carta Notarial N° 34095-2016 de fecha 01 de abril de 2016, SERPAR comunicó la resolución parcial del contrato, la cual carece de sustento y contiene defectos de forma y de fondo, imputando incumplimientos con la única finalidad de ocultar sus propios incumplimientos contractuales.
- 196. De acuerdo a lo desarrollado por el CONSORCIO, los principales hechos referidos a la indebida resolución parcial del Contrato son los siguientes: (i) las intimaciones bajo apercibimiento de resolución del contrato sin sustento por parte de SERPAR, (ii) la paralización de obra por parte del CONSORCIO; y, (iii) la intervención económica.
- 197. El demandante, se remite a los fundamentos señalados para el primer punto controvertido sobre lo referido a los apercibimientos realizados por SERPAR.

42

Argumentos de Derecho del CONSORCIO.-

- 198. El CONSORCIO intenta demostrar que SERPAR ha resuelto parcialmente el contrato sin haber cumplido con el procedimiento de resolución de Contrato establecido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato, ni el procedimiento que establece el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- 199. El contenido de la resolución parcial del contrato es ambiguo y no permite distinguir si se trata de (i) una resolución con intimación por la paralización

de la totalidad de la obra; (ii) una resolución parcial con intimación o (iii) una resolución por oposición a la intervención económica.

200. Sobre la ambigüedad de la resolución, el CONSORCIO considera que esta genera un vicio insubsanable por tratarse de una medida extrema cuyo procedimiento y condiciones deben cumplirse de manera clara para las partes. Asimismo, la resolución por intimación debe respetar determinados requisitos, conforme lo establece el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y a los artículos 168° y 169° del Reglamento, siendo requisitos formales

201. Estos requisitos están referidos a que i) se emplace la resolución a dicha parte mediante Carta Notarial suscrita por representante habilitado, solicitando que subsane el incumplimiento identificado de manera precisa en el apercibimiento. Asimismo, se requiere que ii) se le otorgue a dicha parte un máximo de 15 días para realizar la subsanación. Y finalmente, iii) que la parte no haya subsanado el incumplimiento dentro del plazo otorgado.

202. En el mismo sentido se deben cumplir requisitos de fondo referidos a: i) que una parte haya incumplido una obligación esencial que le sea imputable; y ii) que la parte que ejerce el derecho de resolución se encuentre legitimada por su actuar de buena fe.

203. Por lo tanto, el CONSORCIO considera que para que opere la resolución contractual por intimación se deben observar diversas premisas necesarias para darle legalidad a dicho acto, premisas que SERPAR no observó al realizar la indebida resolución parcial del Contrato.

204. En cuanto a los defectos de forma de la resolución por intimación, el CONSORCIO argumenta que SERPAR ha resuelto parcialmente el contrato sin haber cumplido con el procedimiento de resolución de Contrato establecido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato, ni el procedimiento que establece el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

H

205. En el presente caso, el CONSORCIO indica que previo a la resolución parcial del contrato efectuada por SERPAR no existió comunicación bajo apercibimiento de resolución del contrato que refiera a una resolución parcial del contrato, por lo cual claramente no se ha cumplido con el procedimiento establecido.

206. En ese sentido, sin comunicación previa alguna, SERPAR mediante Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016 y mediante Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016 solicitó el cumplimiento de supuestos incumplimientos bajo apercibimiento de resolver el contrato;

[Handwritten signature]

los mismos fueron referidos al íntegro del contrato y no a una parte específica precisada con claridad como exige la norma.

207. Pese a la ambigüedad de lo dicho por SERPAR en su comunicación de resolución del contrato, podrían asumir que la resolución del contrato tiene como causal los apercibimientos realizados, específicamente el referido a la paralización de la Obra; sin embargo, para el CONSORCIO dicha conclusión no es la correcta, debido a que la resolución parcial del Contrato se basa en la intervención económica de la obra realizada por la SERPAR.
208. En ese sentido, considerando que la intervención económica y la resolución por intimación son procedimientos distintos, SERPAR ha generado un vicio en el procedimiento de resolución del contrato iniciado con sus apercibimientos en la medida que comunicó su decisión de seguir un procedimiento de intervención económica al que en ningún momento el CONSORCIO se ha opuesto.
209. Respecto a los defectos de fondo de la resolución por intimación, el CONSORCIO se remitió a sus fundamentos de los primeros puntos controvertidos respecto a que SERPAR no era parte fiel del Contrato y por lo tanto no se encontraba legitimado para intimar a su representada, menos para resolver el Contrato. Por lo tanto, si SERPAR requirió el cumplimiento de obligaciones contractuales en dos oportunidades, la real intención fue intentar crear una causal de resolución del contrato sin éxito.
210. En ese sentido, según el CONSORCIO ha quedado demostrado que la Resolución parcial del Contrato no tiene sustento en el supuesto que se haya planteado como consecuencia de la intervención económica que carece de sustento técnico, legal y económico.

Posición de SERPAR.-

211. SERPAR realizó sus descargos en conjunto para el Primer, Segundo y Cuarto Puntos Controvertidos.
212. Al respecto, menciona que en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se determinan las causales de resolución de contrato por incumplimiento, en ese sentido menciona que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

- 2. **Haya llegado a acumular 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 a corregir tal situación."**

213. Asimismo, SERPAR manifiesta que el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento de resolución de contrato si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones. Adicionalmente, señala que la parte perjudicada deberá requerirla mediante Carta Notarial para que satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Sobre ello, SERPAR indicó que 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 que se otorgará necesariamente en el caso de obras; si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante Carta Notarial la decisión de resolver el contrato.

214. También señala que, 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. Para el último caso, bastará comunicar al contratista mediante Carta Notarial la decisión de resolver el contrato.

45

215. Siendo que para SERPAR la resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, SERPAR adicionalmente manifestó que el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De acuerdo con SERPAR, de no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento. Además, según lo indicado por SERPAR el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado establece las Cláusulas obligatorias en los contratos. Siendo que según SERPAR los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

A:

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

- b) **Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.**
- c) **Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante Carta Notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."**

- 216. Bajo ese contexto, mediante Carta N° 043-2016/ATA-SINCHI ROCA de fecha 16 de febrero del 2016, el supervisor de la obra ATA - Asesores Técnicos Asociados S.A, informó que el CONTRATISTA no realizaba trabajo alguno en ninguno de los frentes, manifestando de esta manera que se evidenciaba ausentismo de los trabajadores en obra, bajo ritmo de trabajo para la ejecución de la obra, indicando a su vez que a la fecha la obra estaba paralizada.
- 217. Asimismo, SERPAR menciona que mediante asientos de cuaderno de obra N° 628, N° 634 y N° 644 el Supervisor de Obra indicó que, desde el 15 de febrero del 2016, el CONSORCIO no realizaba trabajo alguno en ninguno de los frentes de trábajo de la obra.
- 218. Sobre el particular, SERPAR refirió que el Coordinador del Proyecto, el Ing. Manuel Mijael Guzmán Vásquez, mediante Informe N° 12-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/DPSO/MMGV de fecha 28 de marzo del 2016, emitió su opinión del estado situacional de la obra, manifestando lo siguiente: "Que, desde el 15 de febrero del 2016, en la obra hubo un gran retiro de parte del personal en obra, reduciendo al mínimo los rendimientos y consecuentemente el porcentaje de avance de obra y a la fecha se tiene un porcentaje de avance de obra acumulado de 85.97%, es decir, que faltando ejecutar el 14.03% de lo proyectado, el contratista ha

A.

n

Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.

retirado casi todo el personal obrero, representando este hecho la reducción de personal injustificadamente e incumplimiento las obligaciones contractuales a las que se comprometió. Por parte de la Entidad, también, se realizaron constataciones de estos actos de fecha 18 de febrero del 2016 y 11 de marzo del 2016”.

219. Mediante la Carta Notarial N° 33720 de fecha 16 de febrero del 2016, SERPAR apercibió al CONSORCIO a fin de que se tomen las medidas correspondientes y levante su incumplimiento en el plazo de quince (15) días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato, conforme a lo indicado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
220. SERPAR alega que mediante Carta Notarial N° 135013 de fecha 09 de marzo de 2016, se apercibió al CONSORCIO para que en un plazo máximo de quince (15) días, cumpla con su obligación contractual, bajo apercibimiento de resolver el contrato, conforme a lo indicado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
221. De acuerdo con SERPAR, mediante el acta de inspección realizada con fecha 18 de febrero del 2015, se dejó constancia del abandono de los trabajos por parte del CONSORCIO, constatando que el personal de este último paralizó los trabajos en la obra. A su vez, SERPAR expresa que el coordinador de obra informó que el CONSORCIO viene incurriendo en retraso injustificado mostrando bajo ritmo de trabajo y la paralización de acciones de obra.
222. En mérito a lo manifestado por la Supervisión de Obra y la Constatación Física, SERPAR envió la Carta N° 041-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/MML de fecha 25 de febrero del 2016, comunicando al CONSORCIO el incumplimiento contractual, trasladando de esta manera la Carta N° 43-2016 de la Supervisión ATA – Asesores Técnicos Asociados, en la cual se manifestó el ausentismo de los trabajadores en obra, así como el bajo ritmo de trabajo.
223. Además, SERPAR alega que pese al apercibimiento que realizó mediante cartas notariales, el CONSORCIO no tomó las medidas correspondientes para levantar su incumplimiento, habiendo transcurrido el plazo otorgado para levantar el mismo, en consecuencia, según SERPAR se encontraba facultada a resolver el contrato o intervenir la obra por incumplimiento contractual imputable al contratista.
224. De otro lado, el primer párrafo del artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE aprobada mediante Resolución N° 010-2003-CONSUCODE/PRE del 15 de enero de 2003, indican que la intervención

W

H.

H. 6

económica de una obra es una medida que le permite a las Entidades la participación directa en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. En ese sentido, SERPAR manifiesta que la Entidad puede de oficio o a solicitud del contratista, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la culminación de los trabajos. Lo indicado anteriormente, según SERPAR no deja al contratista al margen de su participación contractual, manteniendo los derechos y obligaciones correspondientes.

225. Asimismo, SERPAR alegó que, mediante el Acta de fecha 11 de marzo del 2016, se dejó constancia de una visita realizada a la obra, en la cual observó falta de personal de obra sin un fundamento técnico sostenible, no se observó maquinaria alguna, siendo que a entender de la Entidad la obra se encontraba atrasada y el plazo de ejecución había vencido el 12 de abril del 2016, manteniéndose según SERPAR frentes de trabajo sin laborar en determinadas acciones de la obra y sin la presencia de personal en obra y especialista por parte del contratista.

226. Mediante la Carta N° 054-2016-ATA-SINCHI ROCA de fecha 14 de marzo del 2016, la supervisión de obra recomendó la intervención económica de obra y/o la resolución de contrato de obra, señalando que pese a los reiterados exhortos en comunicaciones y asientos en el cuaderno de obra, el CONSORCIO nunca respondió a los requerimientos para levantar su incumplimiento contractual e intensificar el ritmo de trabajo en obra. Asimismo, SERPAR alega que se señaló que existía escasez de materiales, maquinarias y personal de obra entre otros y existiendo paralizaciones de trabajadores por incumplimiento de pagos, encontrándose en consecuencia incurso en la causal de intervención de obra, por incumplimiento de estipulaciones contractuales al evidenciar una notoria insolvencia económica y financiera, que no le permite contar oportunamente con recursos suficientes de equipo mecánico, mano de obra y abastecimiento de insumos, que garanticen la culminación de la obra en el plazo previsto; hecho que se reflejó en el avance acumulado al mes de febrero del 2016 es de 85.97%, mientras que el avance programado acumulado es de 100.00% según el calendario de avance de obra N° 13 aprobado por la supervisión. La obra se encontraba atrasada en un 14.03%.

227. Mediante Informe N° 08-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/DPSO/MMGV de fecha 14 de marzo del 2016, el Coordinador de Obra manifestó que el CONSORCIO viene incumpliendo con la cláusula décima sexta del Contrato N°002-2014-SERPAR-LIMA/MML, la cual indica las responsabilidades y obligaciones de las prestaciones pactadas por el

Contratista a favor de la Entidad, entre ellos suministrar a la obra el equipo, materiales, la mano de obra exigible, en las condiciones de seguridad adecuadas, así como el cumplimiento de la legislación laboral, responsabilidades y obligaciones de carácter laboral, el pago de tributo, gravámenes y aportaciones sociales de su personal a fin de evitar las paralizaciones de obra y dejar liberada a la Entidad de cualquier multa penalidad o infracción laboral, municipal o social.

228. Adicionalmente a ello, el informe indica que se tiene un reducido número de trabajadores que vienen ejecutando labores en la zona del centro cultural, continuando con la paralización de trabajos en la mayoría de acciones que venía desarrollando hasta antes del 15 de febrero del 2016, fecha en la cual redujo considerablemente su ritmo de trabajo. Por último, el mencionado informe concluye que las acciones asumidas por el CONSORCIO, pueden ser tipificadas como causales de resolución, establecido en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o como Intervención Económica de la obra, establecido en el artículo 206° del citado Reglamento. SERPAR atendiendo a la recomendación de la supervisión de obra recomienda se realicen las gestiones para una Intervención Económica de la Obra y/o Resolución de Contrato, a fin de salvaguardar los intereses de ésta

229. Es así, que mediante la Carta N° 062-2016/ATA-SINCHI ROCA de fecha 16 de marzo de 2016, el supervisor de la obra ATA - Asesores Técnicos Asociados S.A, informó que el CONSORCIO ha reducido injustificadamente las actividades en obra, hecho que conlleva al incumplimiento de las obligaciones contractuales del Ejecutor de la Obra, ambos casos están enmarcados en el contrato como causas para resolución de contrato, por lo tanto, recomendó proceder a la resolución de contrato.

230. Así, con el Informe N° 12-2016/SERPAR LIMA/SG/GT/DPSO/MMGV de fecha 28 de marzo del 2016, el Coordinador de Obra manifestó lo siguiente: i) Según el informe del supervisor de obra, el CONSORCIO hasta el mes de noviembre de 2015 venía ejecutando la obra hasta con 200 trabajadores, realizando un avance mensual promedio de 4.72%; ii) Que el 15 de febrero de 2016, el CONSORCIO retiró gran parte del personal en obra, reduciendo al mínimo los rendimientos y consecuentemente el porcentaje de avance de la obra; lii) Que a la fecha se tiene un porcentaje de avance de obra acumulado de 85.97%, es decir, que por ejecutar 14.03% de lo proyectado, el CONSORCIO ha retirado casi todo el personal obrero, representando este hecho la reducción de personal injustificadamente e incumpliendo las obligaciones contractuales a las que se comprometió; iv) La supervisión indicó también que estos actos han sido expuestos y comunicados al CONSORCIO mediante los asientos N° 628, N° 634 y N° 644 del cuaderno de obra. De esta manera,

4.

el coordinador de obra tuvo en cuenta la recomendación por la Supervisión de Obra y en vista que éste señaló que el CONSORCIO no ha remitido una respuesta a la carta sobre la intervención económica y viene sosteniendo una paralización injustificada se debe proseguir con lo expuesto en el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el cual indica que: "Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento"; v) El Coordinador de obra mencionó que también se tenía en proceso una recepción parcial de obra, por lo que, se recomienda que las siguientes áreas: 03 canchas de Grass Sintético, 01 cancha de tenis, 02 canchas de vóley (cancha N° 01 y N°04), 01 servicio higiénicos Administración, 07 módulos de servicios Higiénicos 03 módulos de vestuarios, no se incluyan en el proceso de resolución de contrato y se proceda según el artículo 169° párrafo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para resguardar los intereses de la Entidad; manifestando de esta manera que se debe considerar en el proceso de resolución de contrato a los componentes que no han iniciado el proceso de recepción de obra, señalando de esta forma a los siguientes:

- *Acción N° 01 – Pistas Deportivas*
 - *Polideportivo*
 - *Tribunas de Mini Estadio*
 - *Pistas deportivas*
 - *Construcción Complejo de tenis de 4 canchas cercadas*
 - *Construcción de 5 Losas Multiusos*
 - *Construcción de 4 Losas de Vóley*
 - *Construcción de 2 Losas de Básquet*
 - *Construcción de 4 Canchas de Frontón*
 - *Adecuación de canchas de futbol*
 - *Construcción de pista de entrenamiento*
 - *Adecuación de Canchas de Futbol a uso Recreativo*
- *Acción N° 02 – Centro Cultural*
- *Acción N° 03 – Huertos Urbanos*
- *Acción N° 04 – Anfiteatros*
- *Acción N° 05 – Caballeriza y Mini zoo"*
- *Acción N° 06 – Patio de Comidas*
- *Acción N° 07 – Nuevas Plazas*
- *Acción N° 08 – Caminos*
- *Acción N° 09 – Construcción y Remodelación de Servicios*
 - *Instalaciones Sanitarias – Esquema General*
 - *Instalaciones Eléctricas – Red General*
- *Acción N° 10 – Cerco Perimetral*
- *Acción N° 11 – Zonas Verdes*
- *Acción N° 12 – Vivero*
- *Acción N° 13 – Equipamiento".*

H:

N

LA

e.

Posición del Tribunal Arbitral.-

Sobre el Primer Punto Controvertido

231. La Carta Notarial N° 33720 (Anexo 2-J del escrito de demanda) fue enviada por SERPAR al CONSORCIO y en esta reclamaba por tres supuestos incumplimientos del contratista que debían ser subsanados bajo apercibimiento de resolver el contrato.
232. SERPAR se ampara en el artículo 168°, numeral 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el que se mencionan las siguientes causales por los cuales la entidad puede resolver el contrato:

“Artículo 168°. - Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. (...) (El subrayado es nuestro).

233. Los requerimientos de SERPAR fueron absueltos por el CONSORCIO mediante la Carta N° 1047-2016-SOM LIMA NORTE (Anexo 2-K del escrito de demanda) en la que el Contratista indicó que no había incurrido en incumplimiento alguno.
234. El primer reclamo de SERPAR fue por las “deficiencias de equipo mecánico en cantidad y operatividad, carencia de personal obrero y de mando medio y limitaciones en el abastecimiento de insumos y equipos”.
235. La Carta N° 1047-2016 ya mencionada, es de fecha 16 de febrero de 2016, mientras que, como consta en el Anexo 2-R del escrito de demanda, se realizó el inventario de la Obra del que se dejó constancia en las Actas del 13 y 15 de abril de 2016, en las que queda demostrado que si se contaban con insumos y equipos para la obra.
236. En la misma línea, el 2 de febrero de 2016, como se demuestra en el Anexo 2-F del escrito de demanda, por medio del Acta de Visita de Control se dejó constancia del Avance General de la obra, el cual era de un 95%.
237. Por esa razón, el Tribunal Arbitral entiende -como ha indicado el CONSORCIO- que de haber sufrido un desabastecimiento de materiales, no pudo haber llegado a avanzar la obra a tal porcentaje. Al mismo

tiempo, por el mismo avance de la obra, habían equipos que no eran necesarios y por ese motivo no se encontraban en el lugar.

238. El segundo reclamo de SERPAR, se refiere a la "ausencia de los ingenieros especialistas propuestos por el contratista en su oferta técnico económica".

239. Con respecto a este apartado, el CONSORCIO cumplió con absolver la intimación de SERPAR, como se demuestra en el Anexo 2-K del escrito de demanda, en el que se encuentran adjuntadas también las declaraciones de los siguientes especialistas que prestaron sus servicios en la obra:

- Jorge Augusto Galván Peña
- Peter Seinfeld Balbo
- Edgar Ulises Castillo Matos
- Teresa Arias Rojas
- Julio Janneo Haro Córdova
- Luis Alberto Guevara Jiménez
- Jaime Ernesto Pezo Pérez

240. Por otro lado, en el Anexo 2 del Anexo 2-K de la demanda, se encuentra adjunta la Carta N° 1046-2015-SOM LIMA NORTE/LOTE 01 con la que el CONSORCIO presenta su Designación y acreditación de Personal en el plazo solicitado.

52

241. Asimismo, como se puede observar en el Anexo 3 del Anexo 2-K de la demanda, el CONSORCIO solicitó el cambio de cuatro profesionales dentro del plazo otorgado, debido a "circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor".

W

242. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el CONSORCIO cumplió con acreditar la presencia de los especialistas propuestos en su oferta técnico económica.

4:

243. El tercer incumplimiento que SERPAR le atribuye al CONSORCIO es "la instalación de gras americano en áreas donde corresponde, según los planos del expediente técnico contractual aprobado, gras tipo bermuda, el cual a la fecha no cuenta con aprobación de la supervisión de la obra ni de la Entidad".

244. En el Anexo 2-K de la demanda, el CONSORCIO absuelve el mencionado incumplimiento atribuido por SERPAR.

245. Respecto de la instalación de un tipo de gras diferente, cabe resaltar que el plazo de ejecución de la obra aún no había concluido, por lo que no

[Handwritten signature]

constituye un incumplimiento por parte del CONSORCIO, ya que la obra aún no había sido entregada.

246. Por otro lado, cabe señalar que en relación a los tres incumplimientos referidos en los párrafos anteriores, SERPAR se ha limitado a mencionarlos, sin especificar ni presentar los medios probatorios correspondientes.
247. En conclusión, este Tribunal debe declarar fundada la Primera Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO, ya que el requerimiento efectuado por SERPAR en la Carta N° 33720-2016 carece de sustento.

Sobre el Segundo Punto Controvertido.-

248. Mediante la Carta N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016 (Anexo 2-L de la demanda, SERPAR notifica al CONSORCIO para que cumpla su obligación bajo apercibimiento de resolver el Contrato:

"(...) (el incumplimiento) está referido a la paralización de la ejecución de la obra, conforme se encuentra acreditado por el mismo informe del Supervisor por lo que, vuestra empresa deberá reanudar con sus trabajos a más tardar en dicho plazo bajo apercibimiento de resolver el referido Contrato". (El subrayado es nuestro).

53

249. SERPAR ha adjuntado la Carta N° 043-2016/ATA-SINCHI ROCA emitida por la Supervisión, en la que se señala lo siguiente:

"Nos dirigimos a ustedes a fin de saludarles y comunicarles respecto a la Obra de la referencia que, desde el día de ayer 15 de febrero del 2016, el Contratista Consorcio SOM Lima Norte, no realiza trabajo alguno en ninguno de los frentes de trabajo de la Obra (...)" (El subrayado es nuestro).

250. En virtud de esta comunicación, esta vez SERPAR se remite al artículo 168° inciso 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 168° . - Causales de resolución por incumplimiento

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

(...)

- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido a corregir tal situación."**
 (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral Ad-Hoc
 CONSORCIO SOM LIMA NORTE vs. SERPAR LIMA
 Tribunal Arbitral
 Elvira Martínez Coco
 Carlos Alberto Matheus López
 Dwight Falvy Bockos

251. Al respecto, en el Anexo 2-D del escrito de demanda, el CONSORCIO adjunta asientos de obra entre el 15 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016, fechas en las que SERPAR indicó que la obra estaba paralizada.
252. Al mismo tiempo, el CONSORCIO presenta en el Anexo 2-U de la demanda, dos actas de constatación notarial de fechas 7 y 11 de marzo de 2016, en las que se acredita que "la empresa viene realizando trabajos finales".
253. Por lo cual, de lo expuesto por ambas partes, este Tribunal Arbitral considera que la obra no fue paralizada el 15 de febrero de 2016 como alega SERPAR.
254. Por otro lado, el CONSORCIO si paraliza la obra el 16 de marzo de 2016, como consta en el Asiento N° 657 del Cuaderno de Obra (Anexo 2-D de la demanda).
255. De esta manera, para que se cumpla la causal del numeral 3 del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, es necesario que la paralización de la obra se haya dado de manera injustificada.
256. Al respecto, el CONSORCIO sostiene que SERPAR incurrió en el incumplimiento de obligaciones esenciales y, por lo tanto, no es parte fiel del Contrato.
257. Cabe anotar que en la Carta N° 1049-2016-SOM LIMA NORTE de fecha 16 de marzo de 2016, el CONSORCIO señaló a la letra lo siguiente: "En consecuencia, conociendo la situación financiera de incertidumbre actual del proyecto, no es posible para nosotros seguir ejecutando más trabajos. Por ello, en aplicación de lo establecido en los artículos 1426° y 1427° del Código Civil, procedemos a suspender los trabajos en la Obra hasta que (i) la Entidad cumpla con efectuar los pagos que están pendientes y (ii) garantice que podrá realizar los pagos futuros".
258. Así tenemos que el CONSORCIO planteó en la mencionada carta tanto una excepción de incumplimiento sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1426° del Código Civil, como una excepción de caducidad de plazo teniendo en cuenta el artículo 1427° del Código Civil, los que a la letra dicen:

"Artículo 1426°.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento". (El subrayado es nuestro).

“Artículo 1427°.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniere el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”. (El subrayado es nuestro).

- 259. Las dos excepciones (la de incumplimiento y la de caducidad de plazo) tienen como nota común que pueden oponerse en los contratos con prestaciones recíprocas; sin embargo, no es posible que respecto de un mismo contrato se opongán ambas excepciones.
- 260. La excepción de incumplimiento sólo procede en los contratos cuyas prestaciones se ejecutan de manera simultánea, porque lo que se persigue con la *exceptio non adimpleti contractus*, o excepción de incumplimiento, es suspender el cumplimiento simultáneo de la prestación a cargo de quien la opone hasta que el otro cumpla con la suya, porque en el momento que tenían que cumplirla simultáneamente, uno estuvo dispuesto a hacerlo y el otro no. Por ello, la doctrina ha resumido esta excepción en la frase “yo no cumplo hasta que tú no me cumplas”.
- 261. Ahora bien, el contrato materia de este arbitraje es un contrato con prestaciones recíprocas; sin embargo, sus prestaciones no son de ejecución simultánea, sino que son de ejecución en oportunidades diferentes. Así pues, el CONSORCIO debía ejecutar primero la obra, valorizarla mensualmente y después de ello, se le pagaría la valorización efectuada. La prestación del CONSOCIO debía ejecutarse siempre primero y la de SERPAR con posterioridad.
- 262. Siendo así las cosas, el CONSORCIO no podía oponer una excepción de incumplimiento. Lo que podía más bien era oponer una excepción de caducidad de plazo, como efectivamente lo hizo.
- 263. Al respecto, el Tribunal Arbitral quiere dejar en claro que no se le ha petitionado que efectúe ningún pronunciamiento sobre las excepciones de carácter sustantivo que el CONSORCIO dedujo en el Cuaderno de Obra. Por ello, solamente deja constancia que la oposición de las mencionadas excepciones han sido analizadas y entendidas por el Tribunal Arbitral como una prueba de la constancia dejada por el CONSORCIO del incumplimiento a esa fecha por parte de SERPAR de las siguientes obligaciones a su cargo: (i) La falta de pago de Gastos Generables Variables de las Ampliaciones de Plazo aprobadas N° 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 13; (ii) La falta de pago de reajustes de las valorizaciones aprobadas; (iii) La desposesión de la obra; y (iv) El incumplimiento al deber de dirección, colaboración y buena fe.

55

4.

Sobre el pago de Gastos Generables Variables de las Ampliaciones de Plazo aprobadas

264. En el Laudo Arbitral del 14 de diciembre de 2017 (Anexo 49-A del escrito del CONSORCIO de fecha 30 de noviembre de 2018) del arbitraje Ad Hoc² entre las mismas partes, en el cual el Tribunal estuvo compuesto por el doctor Raúl Salazar Rivera (presidente), Erick Mendoza y Vicente Tincopa. En dicho Laudo se declaró fundada en parte la pretensión del CONSORCIO sobre los gastos generales variables, por lo que se reconoció la suma de S/. 2'355,881.81 (Dos millones trescientos cincuenta y cinco mil ochocientos ochenta y un con 81/100 Soles) con referencia a las ampliaciones de plazo N° 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 13.

Sobre el pago de reajustes de las valorizaciones aprobadas

265. En esa misma línea, el Laudo Arbitral mencionado reconoció al CONSORCIO la suma de S/. 5'505,413.30 (Cinco millones quinientos cinco mil cuatrocientos trece con 30/100 Soles) por concepto de reajustes de las valorizaciones pagadas hasta la N° 14.
266. Por lo tanto, habiendo ya un pronunciamiento de otro Tribunal Arbitral, este punto de la controversia ha adquirido calidad de cosa juzgada, a la que Cantuarias Salaverry se refiere en los siguientes términos:

“(...) deberá ser contemplada en su doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el/los árbitro/s con tal de que exista una identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida. Es decir, con este efecto se consagra la irrevocabilidad e inmutabilidad del laudo arbitral. Concretamente el efecto de cosa juzgada material del laudo puede operar de dos formas: de forma negativa, impidiendo que se replantee un ulterior juicio sobre la controversia sometida a arbitraje; y, de forma positiva, imposibilitando que se juzgue de forma contraria a lo fallado”.³ (El subrayado es nuestro).

267. Esto quiere decir que este Tribunal Arbitral no se puede pronunciar sobre lo laudado en el mencionado proceso anterior.

² Tribunal estuvo compuesto por el doctor Raúl Salazar Rivera (presidente), Erick Mendoza y Vicente Tincopa.

³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Ejecución de Laudos Arbitrales Dictados en el Perú*, 2005, Lima, Derecho y Sociedad.

268. Ahora bien, a pesar de existir un Laudo en su contra, este colegiado aprecia que SERPAR siguió incumpliendo con sus obligaciones de pago, por lo que el CONSORCIO paralizó la obra justificadamente. En el mismo sentido, los actos de SERPAR fueron contrarios a la buena fe contractual, lo que causó el desequilibrio económico del Contrato en perjuicio del CONSORCIO, tal como quedó demostrado en el Dictamen Pericial del Ingeniero Guillermo Vega obrante en autos.

Sobre el Cuarto Punto Controvertido.-

269. SERPAR notificó la Resolución Parcial del Contrato mediante la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016 (Anexo 2-Q de la demanda).

270. En la mencionada Carta, SERPAR señaló que: "(...) a la fecha el contratista no ha tomado las medidas correspondientes para levantar su incumplimiento de las estipulaciones contractuales, habiendo transcurrido el plazo otorgado para levantar el mismo, encontrándose la Entidad facultada a resolver el contrato por incumplimiento contractual".

271. Este Tribunal ya se pronunció sobre los incumplimientos alegados por SERPAR contra el CONSORCIO en los numerales precedentes, señalando que no correspondía su imputación al CONSORCIO.

57

272. Siendo ello así, la resolución parcial efectuada por SERPAR es inválida.

273. En conclusión, este Tribunal debe declarar fundadas las pretensiones del CONSORCIO plasmadas en el Primer, Segundo y Cuarto Punto Controvertido.

XV. SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR EL CONSORCIO.

274. En este punto se analizarán los siguientes Puntos Controvertidos:

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017.

Séptimo Punto Controvertido:

Determinar si el pedido del Contratista para que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el Consorcio Som Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017, es extemporánea conforme a las normas de contrataciones con el estado aplicables al contrato o ha caducado.

Posición del CONSORCIO

275. El CONSORCIO ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Respecto del Sexto Punto Controvertido.-

276. El CONSORCIO señala que con fecha 10 de enero de 2017 cursó dos cartas notariales a SERPAR, informándole que se encontraba en una situación de incumplimiento de sus obligaciones esenciales, solicitándole que sean subsanadas en un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolución del Contrato.

277. Las razones por las cuales el CONSORCIO resolvió el Contrato se fundaron en los siguientes cuatro incumplimientos esenciales; i) falta de pago de reajustes de valorizaciones; ii) falta de pago de gastos generales variables de las Ampliaciones de Plazo N° 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 13; iii) desposesión de la obra; e iv) Incumplimiento al deber de dirección, colaboración y buena fe.

278. Sin embargo, según el CONSORCIO, SERPAR en vez de subsanar sus incumplimientos para culminar con el Contrato, prefirió guardar silencio sobre los legítimos requerimientos del Contratista.

279. En respuesta, el CONSORCIO debido a la omisión y ante la persistencia de los incumplimientos, tomo la decisión de resolver el Contrato con fecha 21 de febrero de 2017 a través de la carta notarial siguiente:

58


CARTA NOTARIAL **CARGO**

Señores:
SERVICIO DE PARQUES DE LIMA
Avda. Natividad Sánchez N° 220, Oficina 001
Jesús Mina

Atención: Sr. Jorge Hurtado Herrera
Secretario General

Asunto: Resolución del Contrato

Referencia:
a) Contrato N° 000-2011-000000000-000000000 de fecha 10 de noviembre de 2010 por el cual se adjudicó el Estudio Técnico, ejecución de obra y equipamiento del proyecto Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Recreativos, Culturales y Deportivos de las instalaciones del parque Zona Santa Rosa;
b) Carta Notarial N° 0004 de fecha 03 de diciembre de 2016 y cargo de notificación Notarial de fecha 11 de enero de 2017;
c) Carta Notarial N° 0005 de fecha 05 de diciembre de 2016 y cargo de notificación Notarial de fecha 11 de enero de 2017.


ANTONIO ROSALES SEPÚLVEDA
 NOTARIO DE LIMA
 CARTA NOTARIAL
 09 FEB 2017
 Calle La Compañía 405
 SAN JORDO
 Teléfono 4423543

DOCUMENTO REDACTADO EN ESTA OFICINA

44

b

GA

60

- 280. Según el CONSORCIO, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, establecen que SERPAR contaba con un plazo de quince (15) días hábiles para manifestar su desacuerdo con esta decisión. Sin embargo, nunca sometió a conciliación y/o arbitraje la resolución contractual efectuada por su representada.
- 281. Por lo tanto, como no se sometió a arbitraje la Resolución de Contrato que realizó, por mandato de la Ley de Contrataciones del Estado, SERPAR consintió esta decisión y todos los incumplimientos que mantenía respecto de sus obligaciones contractuales en base al artículo 170° antes mencionado.
- 282. Finalmente, el CONSORCIO hace un detalle de los hechos que SERPAR ha consentido y por lo tanto no son controvertidos.
- 283. Así, a entender del CONSORCIO, la resolución de contrato formulada por SERPAR nunca fue eficaz, debido a que el CONSORCIO la cuestionó mediante el inicio del presente proceso arbitral, siendo materia de la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral. No obstante, el CONSORCIO menciona que la resolución contractual que realizó sí es eficaz considerando que SERPAR no la cuestionó y, por el contrario, la dejó consentir. Es así que, por imperio del artículo 170° del Reglamento, este acto de resolución de contrato, según lo anotado por el CONSORCIO, adquirió plenos efectos jurídicos.
- 284. Por ello, el CONSORCIO manifestó que en el Contrato, los efectos del consentimiento de la resolución del Contrato formulada por éste importan que los incumplimientos (falta de pago) sean aceptados como válidos y ciertos.
- 285. Por los argumentos expuestos, el CONSORCIO menciona que el consentimiento de SERPAR frente a la resolución practicada por el propio CONSORCIO, la dota de eficacia, por lo que corresponde que su pretensión sea declarada fundada.

59

Argumentos de Derecho del CONSORCIO:

A:

- 286. El CONSORCIO pretende demostrar que su resolución de contrato es válida y ha sido consentida, para dicho efecto señala que al ser un contrato que involucra financiamiento con recursos públicos, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como establece su artículo 3° "(...) 3.2. La presente ley se aplica a las contrataciones que deban realizar las Entidades (...) con fondos públicos".
- 287. En ese contexto, en lo referente a la resolución del Contrato, la Ley y el Reglamento establecen las causales por las cuales se puede invocar esta

N

Handwritten marks and initials at the bottom right of the page.

institución jurídica y el procedimiento que deben observar las partes para estos efectos.

288. El CONSORCIO, en su fundamentación jurídica emplea y cita los siguientes artículos de la Ley y el Reglamento: el literal c) del artículo 40° de la Ley respecto a la resolución de contrato por incumplimiento; el artículo 44° de la Ley que establece la resolución de los contratos; y el artículo 168° del Reglamento que desarrolla las causales que se consideran incumplimientos graves que pueden activar el procedimiento descrito en el artículo 169° de resolución de contrato.

289. De un análisis conjunto de las normas mencionadas, el CONSORCIO concluye que los siguientes presupuestos son necesarios para resolver el Contrato por parte de SERPAR: i) La existencia de un incumplimiento injustificado; ii) el requerimiento previo para su cumplimiento, excepto en los casos que señale el Reglamento (penalidad máxima incurrida); iii) el plazo de subsanación del incumplimiento que será necesariamente no menor a quince (15) días; iv) la remisión de la decisión de resolver el Contrato debidamente justificada; v) debiendo la decisión ser aprobada por autoridad de igual o superior jerarquía a quien suscribió el Contrato; y vi) que tal decisión debe ser notificada por la vía notarial.

290. Adicionalmente, el CONSORCIO señala que, en el marco legal de un contrato de obra pública, la vía idónea para manifestar desacuerdo respecto de un acto contractual está señaladas en Ley de Contrataciones del Estado, la cual menciona lo siguiente:

60

“52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...).”

291. Por lo tanto, para el CONSORCIO no iniciar oportunamente el mecanismo de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) es interpretado por la Ley de Contrataciones del Estado como una renuncia a cuestionar el acto contractual efectuado por una de las partes.

292. Respecto al consentimiento de la resolución del contrato, el CONSORCIO la define como el momento en que queda firme la resolución del contrato y surte todos sus efectos legales no pudiendo ser desconocida ni impugnada por la parte que no la cuestionó. De este modo, se cierra cualquier controversia entre las partes, limitando la competencia de cualquier órgano jurisdiccional,

293. En ese sentido, el CONSORCIO se basa en la siguiente normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento:

**“Artículo 170.- Efectos de la resolución
(...)”**

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

- 294. En base a lo anterior, el CONSORCIO indicó que el consentimiento genera efectos jurídicos, dotando de firmeza la decisión de una de las partes por el simple silencio de la otra, que con su falta de accionar en sentido contrario válida la decisión de su contraparte.
- 295. Por otro lado, el CONSORCIO fundamenta su posición refiriéndose al Código Civil en su artículo 142°, el cual establece que: *“el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”*.
- 296. En ese sentido, el silencio ante una decisión de resolver un contrato es interpretado como una manifestación expresa de consentimiento a dicho acto en virtud de lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 297. En el presente caso, el CONSORCIO señala que su decisión de resolver el Contrato no fue cuestionada por SERPAR, en consecuencia, se ha admitido el incumplimiento sistemático que mantuvo en la ejecución de la obra.

Respecto del Séptimo Punto Controvertido.-

- 298. Con fecha 23 de mayo de 2018, el CONSORCIO a través de su escrito N° 38 manifestó que como los argumentos señalados por SERPAR en el escrito donde deduce excepción, de fecha 14 de febrero, guardan identidad con respecto a los señalados en la pretensión acumulada por ésta última mediante escrito presentado el 18 de enero de 2018; en ese sentido para no ser reiterativo, procedió a absolver la excepción de caducidad remitiéndose a los argumentos desarrollados en su escrito N° 31 de fecha 1 de febrero de 2018.
- 299. Sin perjuicio de lo anterior, el CONSORCIO indica que SERPAR entiende que ha operado el plazo de caducidad para cuestionar en la vía arbitral las controversias sobre la resolución contractual formulada por el CONSORCIO.

Handwritten mark

Handwritten mark

Handwritten mark

Handwritten mark

300. En ese sentido, el numeral 1.8 del escrito de fecha 26 de marzo de 2018 presentado por SERPAR, señala que la caducidad *"importa la extinción y terminación del derecho de acción, por no haber ejercitado el derecho o por vencimiento del plazo fijado"*.
301. De este modo, el CONSORCIO considera que existe consenso entre las partes respecto que ha operado la caducidad para accionar cualquier controversia referida a la resolución de contrato del CONSORCIO efectuada con Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017. La consecuencia de esta caducidad importa justamente el consentimiento de esta resolución contractual.
302. Por lo tanto, la resolución de contrato formulada por SERPAR nunca fue eficaz además de contener sendos vicios que el CONSORCIO ya ha explicado en otros puntos controvertidos.
303. No obstante, el CONSORCIO anota que se debe tener en cuenta que la resolución sí es eficaz considerando que SERPAR no la cuestionó y, por el contrario, la dejó consentir, confirmado nuevamente con la pretensión que absolvemos.
304. Por tanto, el CONSORCIO basándose en lo expresado en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, afirma que este acto de resolución de contrato adquirió plenos efectos jurídicos y no puede ser cuestionado en la vía arbitral. En ese sentido, considera que los argumentos dados por SERPAR sólo confirman su resolución contractual y por ello se debe amparar su posición.

62

Posición de SERPAR

Respecto del Sexto Punto Controvertido.-

- 44.
305. SERPAR contesta la acumulación de la demanda indicando que mediante la Resolución de Secretaria General N° 062-2016 de fecha 28 de marzo de 2016, decidieron resolver parcialmente el Contrato N° 002-2014-SERPAR-LIMA/MML, suscrito con el CONSORCIO en total concordancia con los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; cuyos antecedentes motivaron y forman parte de los de la mencionada resolución.
306. Ante ello, SERPAR advierte que el CONSORCIO, ha iniciado más de un proceso arbitral, sin haber incluido en alguno de ellos lo referente a la Quinta Pretensión Principal sobre consentimiento de la resolución del contrato por parte de éste.
- h
 E

- 307. De lo dicho, SERPAR anota que con fecha 10 de enero de 2017 y con la remisión de las Cartas Notariales N° 5868 y N° 5869, después de más de 285 han resuelto el contrato suscrito entre las partes.
- 308. Sin embargo, el CONSORCIO requiere a SERPAR el cumplimiento de obligaciones contractuales otorgando un plazo de quince (15) días a fin de que subsane dicho incumplimiento. Esta situación generó que de manera posterior con fecha 20 de febrero de 2017, a 329 días de la resolución parcial del contrato, se emitiera la Carta Notarial N° 6256, donde se le comunicó a SERPAR la decisión de resolver el contrato y lo siguiente:

Por otro lado, si bien el Art. 209° del Reglamento establece que corresponde fijar en este acto fecha para la constatación física e inventario, no corresponde citar a dicha diligencia atendiendo a que esta ya ha sido llevada a cabo, tal como se señala en las Actas de Constatación Notarial de fechas 06 y 08 de abril de 2016 para el caso de la constatación física, y en las Actas de fechas 13 y 15 de abril de 2016 para el caso del inventario.

- 309. Además, SERPAR menciona que el artículo 209°, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

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

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

- 310. En ese sentido, SERPAR señala que además de encontrarse el Contrato indebidamente resuelto, al haber sido resuelto un año antes de manera parcial; el CONSORCIO no comunicó a la entidad la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra.
- 311. Por su parte, SERPAR indica que el CONSORCIO está confirmando que con fechas 06, 08, 13 y 15 de abril del 2016 se realizaron los actos de

constatación física y de inventario de obra, las cuales fueron levantadas unilateralmente, puesto que no habían sido informadas, ni remitidas en copia a SERPAR.

- 312. Además, SERPAR no considera posible que se realice una constatación notarial en el mes de abril del 2016 y se proceda a la resolución del contrato por parte del CONSORCIO en febrero del 2017.
- 313. Por último, SERPAR indica que el CONSORCIO, al iniciar más de un proceso arbitral, ha solicitado la acumulación respecto de la resolución de contrato de la demanda al Tribunal Arbitral, que consideran no debe admitirse por extemporánea, al haber transcurrido 329 días de la resolución parcial del contrato realizada por SERPAR.

Respecto al Séptimo Punto Controvertido.-

- 314. Partiendo de lo mencionado por las partes en el Sexto Punto Controvertido, SERPAR señala lo establecido en el segundo párrafo de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato, que indica lo siguiente:

“Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad prevista en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o en su defecto, del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.”

64

- 315. En esa línea de ideas, SERPAR también menciona el numeral 52.5 y el numeral 52.2 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, que establecen lo siguiente:

“52.5. Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 52.2 del presente artículo (...).”

A.

“52.2 Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo

de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento”

316. De acuerdo a lo expresado, SERPAR considera que el CONSORCIO debió someter a arbitraje su controversia dentro del plazo de quince (15) días posteriores al vencimiento de los quince días iniciales para cuestionar la resolución de contrato efectuada por el contratista el 21 de febrero de 2017.
317. En ese sentido, SERPAR pudo cuestionar la Carta Notarial N° 6256, por la cual el CONSORCIO le comunicaba la resolución del contrato, hasta el 14 de marzo de 2017, vencido dicho plazo, el contratista tuvo hasta el día 04 de abril del 2017 para iniciar su arbitraje solicitando el consentimiento de la resolución contractual por ellos incoada.
318. De otro lado, SERPAR define la caducidad como la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud de no haberse propuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por Ley. De acuerdo a SERPAR, desde el punto de vista jurídico la caducidad importa extinción y terminación del derecho de acción, por no haber ejercitado el derecho o por vencimiento del plazo fijado.
319. Adicionalmente, SERPAR argumenta su posición citando a Ticona Postigo, que sobre caducidad señala que:

65

“(…) si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico, por lo que no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el nuevo le concede al Juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda, si aparece el dolo examen de ésta al momento de su calificación inicial. Asimismo, el demandado que considere que el efecto letal del tiempo ha destruido el derecho que sustenta la pretensión dirigida en su contra, puede pedir la declaración de caducidad”

320. Por las razones expuestas, SERPAR considera que la fecha límite para que el CONSORCIO pudiera someter a arbitraje la controversia fue el 04 de abril del 2017, fecha que venció en exceso, puesto que el CONSORCIO planteó su nueva pretensión vía acumulación recién el 31 de octubre de 2017.
321. Finalmente, SERPAR pide al Tribunal Arbitral que se pronuncie y resuelva si el pedido del CONSORCIO está o no dentro del plazo según nuestra normativa de contrataciones, ya que lo contrario sería dejar en indefensión al Estado Peruano, en este caso representado por SERPAR.

Posición del Tribunal Arbitral.-

Respecto del Sexto Punto Controvertido:

322. Mediante las Cartas Notariales N° 5868 y N° 5869 de fecha 5 de diciembre de 2016 (Anexo 30-A del escrito de Demanda Acumulada), el CONSORCIO comunicó a SERPAR los incumplimientos de esta última y le otorgó un plazo de subsanación de quince (15) días bajo apercibimiento de resolver el Contrato, de acuerdo al artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone lo siguiente:

“Artículo 169°. - Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras”. (El subrayado es nuestro).

323. En las Cartas Notariales señaladas en el numeral 321 de este Laudo, el COSORCIO señaló que los incumplimientos de SERPAR consistían en:

- La falta de pago de reajustes de valorizaciones;
- La falta de pago de gastos generales variables de las Ampliaciones de Plazo N°2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 13;
- La desposesión de la obra; y
- El incumplimiento al deber de dirección, colaboración y buena fe

Handwritten mark: A.

Handwritten mark: h

324. Ha quedado probado en el presente proceso que SERPAR no cumplió con subsanar los mencionados incumplimientos, por lo que, por medio de la Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017 (Anexo 30-B del escrito de Acumulación de Demanda) el CONSORCIO notificó a SERPAR la Resolución del Contrato.

325. Como este Tribunal expuso en el Análisis de la Excepción de Caducidad planteada por SERPAR, éste no inició ninguno de los mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 52.1 de la Ley de Contrataciones del Estado:

Handwritten signature

Handwritten mark: st.

"52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)" (El subrayado es nuestro).

326. Ahora bien, los efectos que recaen sobre SERPAR al no haber sometido a arbitraje la Resolución efectuada por el CONSORCIO, son los establecidos en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que indica lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

(...)

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

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

67

327. Por lo tanto, SERPAR incurrió en incumplimiento, fue notificado correctamente por el CONSORCIO de acuerdo al artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones; y, por último, SERPAR no sometió a arbitraje la Resolución efectuada por el CONSORCIO, quedando esta consentida. En consecuencia, este Tribunal debe declarar válida la Resolución del Contrato efectuada por el CONSORCIO.

XVI. SOBRE EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS.

328. En este punto se analizará el siguiente Punto Controvertido:

Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no ordenar al Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA el pago de los costos y costas que el presente arbitraje irrogue.

Posición del CONSORCIO.-

329. El CONSORCIO se remite a la cláusula arbitral del Contrato indicando que esta no hace referencia alguna a los costos y costas del arbitraje, por

lo que corresponde aplicar lo previsto en el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, el cual precisa que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

- 330. De acuerdo al numeral 1 del artículo mencionado señala que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
- 331. Por ello, el CONSORCIO considera que tras declararse fundadas sus pretensiones corresponde a SERPAR hacerse cargo de los costos arbitrales incurridos por parte del Contratista al término del presente arbitraje.

Posición de SERPAR

- 332. En la contestación de demanda, SERPAR solicitó al Tribunal Arbitral que disponga que el CONSORCIO asuma la totalidad de costos y costas del presente proceso.

Posición del Tribunal Arbitral.-

- 333. Sobre este punto, es necesario indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que Norma el Arbitraje, dispone lo siguiente:

“Artículo 70°.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.***
- b. Los honorarios y gastos del secretario.***
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.***
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.***
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.***
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.” (El subrayado es nuestro)***

- 334. De igual manera, el numeral 1. del artículo 73° de la citada ley, se señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje

serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

"Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos

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

335. En el Contrato materia de la presente controversia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

336. Sobre el particular, la doctrina⁴ respecto a la distribución de los costos señala que la regla general es el criterio de que "los costos siguen el evento", es decir, que, en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

337. Es así que, puede afirmarse que SERPAR es la "parte perdedora" en este proceso, por lo que corresponde disponer que SERPAR asuma el pago de la totalidad de los gastos arbitrales (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); debiendo cada parte asumir los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Hi

N

338. En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el CONSORCIO, se tiene que conforme a los numerales 55) y 56) del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 05 de agosto de 2016, se fijaron los honorarios arbitrales netos para cada uno de los árbitros, en la suma de S/. 84,000.00 (Ochenta y cuatro mil y 00/100 Soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales la suma de S/. 42,000.00 (Cuarenta y dos mil y 00/100 Soles). Ello implica que los gastos arbitrales totales del arbitraje hicieron un total de S/. 294,000.00 (Doscientos noventa y cuatro mil y 00/ 100 Soles).

⁴ ESCURRA RIVERO, Huáscar. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, 2011, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje.

Handwritten signature

Handwritten mark

339. Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por el CONSORCIO, es decir la demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de SERPAR, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 12, N° 16, N° 20 y N° 25 de fechas 10 de octubre y 21 de diciembre de 2016, 31 de enero y 22 de marzo de 2017, respectivamente.

340. Asimismo, es importante recordar que mediante Resolución N° 29 de fecha 05 de mayo de 2017, se liquidó por la complejidad que ha tomado el proceso para resolver las controversias del presente arbitraje, fijándose como honorarios arbitrales netos para cada uno de los Árbitros, en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil y 00/100 Soles), y como honorario neto de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales la suma de S/. 7,500.00 (Siete mil quinientos y 00/100 Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la reconvencción hicieron un total de S/. 52,500.00 (Cincuenta y dos mil y 00/100 Soles).

341. Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por el CONSORCIO, es decir la demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de SERPAR, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 33 y N° 38 de fechas 23 de junio y 31 de agosto de 2017, respectivamente.

342. Finalmente, mediante Resolución N° 55 de fecha 09 de marzo de 2018, se liquidó por la presentación de la demanda acumulada por parte del CONSORCIO, fijándose como honorarios arbitrales netos para cada uno de los Árbitros, en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil y 00/100 soles), y como honorario neto de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales la suma de S/. 7,500.00 (Siete mil quinientos y 00/100 Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la reconvencción hicieron un total de S/. 52,500.00 (Cincuenta y dos mil y 00/100 Soles).

70

H.

343. Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por el CONSORCIO, es decir la demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de SERPAR de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 68 y N° 74 de fechas 23 de julio y 24 de octubre de 2018, respectivamente.

W

344. En ese sentido, estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que SERPAR asuma los gastos arbitrales, tenemos que en total ascienden a S/. 399,000.00 (Trescientos noventa y nueve mil y 00/100 Soles), monto que debe ser asumido por SERPAR.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la excepción de caducidad formulada por el Servicio de Parque de Lima – SERPAR LIMA respecto de la Quinta

Handwritten signature and initials.

Pretensión Principal, referida a que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO SOM Lima Norte mediante Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017".

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda porque el Servicio de Parque de Lima – SERPAR LIMA incumplió con los requisitos establecidos por la norma aplicable pactada para intervenir económicamente la Obra; y en consecuencia, **DECLARAR** que la intervención económica realizada por Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA es indebida, inválida y carece de sustento técnico, legal y económico.

TERCERO.- DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia **DECLARAR** que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 33720-2016 de fecha 16 de febrero de 2016.

CUARTO.- DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia **DECLARAR** que carece de sustento el requerimiento realizado por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 135013 de fecha 10 de marzo de 2016.

QUINTO.- DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia **DECLARAR** inválida e ineficaz la resolución parcial del Contrato efectuada por el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA a través de la Carta Notarial N° 34095 de fecha 01 de abril de 2016.

71

H. **SEXTO.- DECLARAR FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia, **DECLARAR CONSENTIDA** la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO SOM Lima Norte mediante la Carta Notarial N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017; y **DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Acumulada del Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA de la demanda por considerarse que el pedido del contratista para que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución de Contrato efectuada por el CONSORCIO SOM Lima Norte mediante la Carta N° 6256 de fecha 21 de febrero de 2017, no fue extemporánea.

SÉPTIMO.- DISPONER que el Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA, asuma los gastos arbitrales por ser la parte vencida en este proceso; y en consecuencia, **ORDÉNESE** al Servicio de Parques de Lima – SERPAR LIMA que pague al Consorcio SOM Lima Norte, la suma ascendente a S/. 399,000.00 (Trescientos noventa y nueve mil y 00/100 Soles).

OCTAVO.- FIJAR los gastos arbitrales en la suma de S/. 399,000.00 (Trescientos noventa y nueve mil y 00/100 Soles).

[Handwritten signature]

Tribunal Arbitral Ad-Hoc
CONSORCIO SOM LIMA NORTE vs. SERPAR LIMA
Tribunal Arbitral
Elvira Martínez Coco
Carlos Alberto Matheus López
Dwight Falvy Bockos

NOVENO.- ENCARGAR a la Presidenta del Tribunal Arbitral que registre en el sistema del SEACE del OSCE el presente Laudo Arbitral.


ELVIRA MARTÍNEZ COCO
Presidenta


CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro


DWIGHT FALVY BOCKOS
Árbitro


ELIZABETH RAMOS LARA
Secretaria Arbitral