

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

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 occasionado 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 52º de la Ley, y el artículo 215º 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 184º, 199º, 201º, 209º, 210º y 212º 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 219º del Reglamento, la parte que reciba una solicitud de arbitraje de conformidad con el artículo 218º del Reglamento, deberá responderla por escrito dentro

6

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

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.

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 reconvenCIÓN, en la contestación de la reconvenCIÓN. El Tribunal Arbitral, deberá resolverlas como cuestión previa y antes de expedir el laudo.

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.

7

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

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.

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.

8

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

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.

H
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.

Tercera Pretensión Principal:

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

U
E

9

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

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 irrogue.

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.

6

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.

10

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

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

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

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.
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:

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

- 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.

W

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:

M

E

13

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

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.

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

10

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

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”.

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.
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

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

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:

13

"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 52º 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 cinco 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 por el contratista,

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".

14

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 (...)." 15

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.

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

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 170º y 209º 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

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

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.
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 170º 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.

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

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.

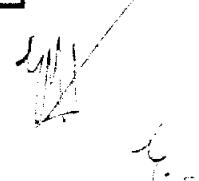
18

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 económicaamente 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 cuanlo 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.





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

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.

19

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.

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

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:

W

4

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

de la aplicación del artículo 206º 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”.

21

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.

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

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:

Que, mediante carta N° 054-2016-ATA-SINCHI ROCA de fecha 14 de marzo del 2016 la supervisora 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, intensificando 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 insolencia 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. La 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.

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

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 económicaamente 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 económicaamente 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 inciso 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.

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.

Argumentos de Derecho de SERPAR:

113. SERPAR sustentó su posición en conformidad con los artículos 25º y 26º de la Resolución Nº 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 168º 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 3º y 6º de la Ley Nº 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General.

Posición del Tribunal Arbitral

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

"Artículo 206º.- 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

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 Nº 001-2003/CONSUCODE/PRE, en la que se precisa lo siguiente:

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

"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

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 169º 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 169º 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).

29

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

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

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).

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.

M.
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)

31

W

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

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.

H

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.

M. B.

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.

33

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.

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 grasa 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.
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

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

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.

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 inejecutar 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.

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 SIMP: 218885, por parte del contratista, CONSORCIO SOM LIMA NORTE, el ingeniero JORGE GALVAN PEÑA identificado con DNI N°: 06604963 Residente de Obra, por la supervisión de obra, ASESORES TECNICOS ASOCIADOS S.A., el Ingeniero WILMER GONZALES QUEVEDO con DNI N°: 16692849, por parte de SERVICIOS DE PARQUES DE LIMA, la Ingeniera MARÍA ICELA ALAYO con DNI N°: 40393246 Jefatura de la División de Proyectos y Supervisión Obras; el Ingeniero MILAR CORNEJO PODESTA con DNI N°: 09775133 Especialista en Control de Obras, el Ingeniero MANUEL GUZMAN VASQUEZ 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".

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

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

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

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 dicho plazo bajo apercibimiento de resolver el referido contrato.

40

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.

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

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 apercibimiento 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.
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.

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

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

111
E

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.
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;

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.

44

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 168º 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 40º 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.
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) *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.”*

46

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 trabajo 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

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

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

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 frente 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; iii) 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,

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

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 206º 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 169º 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”.

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

Posición del Tribunal Arbitral.-

Sobre el Primer Punto Controvertido

231. La Carta Notarial Nº 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 168º, 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 168º. - Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º 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 Nº 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 Nº 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

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

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 Nº 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”.

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.

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

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

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 reaunudar 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 168º inciso 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 168º. - Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º 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).

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 168º 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 1426º y 1427º 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 1426º del Código Civil, como una excepción de caducidad de plazo teniendo en cuenta el artículo 1427º del Código Civil, los que a la letra dicen:

“Artículo 1426º.- 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).

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

"Artículo 1427º.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreveniese 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 opongan 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 adimplenti 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 cumple 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 CONSORCIO 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 peticionado 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.

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

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 Nº 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 Nº 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:

56

"(...) 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).

AS

W

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.

W E

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.

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

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 20 de febrero de 2017, lo que llevó a la resolución del mismo.

58

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

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.

Argumentos de Derecho del CONSORCIO:

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

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:
- “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.

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

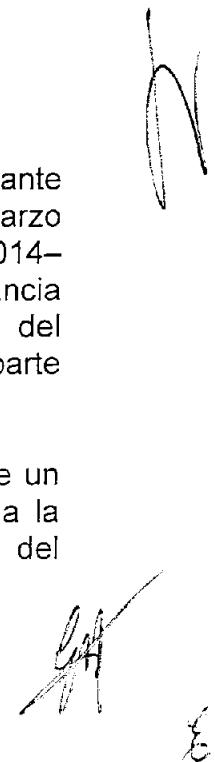
300. En ese sentido, el numeral 1.8 del escrito de fecha 26 de marzo de 2018 presentado por SERPAR, señala que la caducidad *"importa la extinción y terminación del derecho de acción, por no haber ejercitado el derecho o por vencimiento del plazo fijado"*.
301. De este modo, el CONSORCIO considera que 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.-

305. SERPAR contesta la acumulación de la demanda indicando que mediante la Resolución de Secretaría 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.



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. 209º 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 209º, 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 64º 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 44º de la Ley.

63

H

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

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 confirmado que con fechas 06, 08, 13 y 15 de abril del 2016 se realizaron los actos de
- H. E.

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.”

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 (...).”

“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:

“(...) 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.

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

Posición del Tribunal Arbitral.-

Respecto del Sexto Punto Controvertido:

322. Mediante las Cartas Notariales Nº 5868 y Nº 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 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone lo siguiente:

"Artículo 169º. - 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).

66

323. En las Cartas Notariales señaladas en el numeral 321 de este Laudo, el CONSORCIO 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
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 Nº 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:

“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 170º 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 169º 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 irroque.

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 73º 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 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que Norma el Arbitraje, dispone lo siguiente:

"Artículo 70º.- Costos

68

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 73º 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 prorrtear estos costos entre las partes:

“Artículo 73º.- 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 prorrtear estos costos entre las partes, si estima que el prorrteo 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 prorrteo 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.
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.

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 reconvención 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 reconvención hicieron un total de S/. 52,500.00 (Cincuenta y dos mil y 00/100 Soles).
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.
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

70

74

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

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

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).

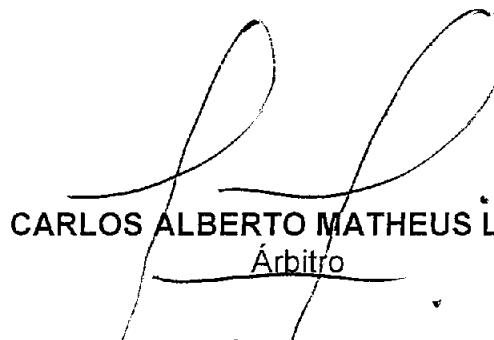
OCTAVO.- FIJAR los gastos arbitrales en la suma de S/. 399,000.00 (Trescientos noventa y nueve mil y 00/100 Soles).

75

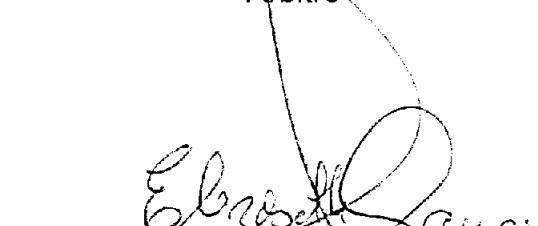
Tribunal Arbitral Ad-Hoc
CONSORCIO SOM LIMA NORTE vs. SERPAR LIMA
Tribunal Arbitral
Elvira Martínez Coco
Carlos Alberto Matheus López
Dwight Falvy Bockos

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


ELVIRA MARTINEZ COCO
Presidenta


CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro


DWIGHT FALVY BOCKOS
Árbitro


ELIZABETH RAMOS LARA
Secretaria Arbitral