



Doc. Cod. 20-225-2021-72-49 Recibido 20/06/2023 CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EMPRESARIAL R.M. N° 005-2000-JUS Expediente N° 20-225-2021- ARB-CCAE-CCLL

CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EMPRESARIAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LA LIBERTAD

EXPEDIENTE N° 20-225-2021

JUAN GERMAN GAMERO CABREJOS

-DEMANDANTE-

VS.

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS -DEMANDADO-

LAUDO ARBITRAL FINAL

ÁRBITRO ÚNICO:

SANDRO PIERO HERNÁNDEZ DIEZ

SECRETARIA ARBITRAL:

JUANITA MERCEDES DÍAZ VERGARA

LIMA, 20 DE JUNIO DE 2023



INDICE

I.	IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS4
II.	DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y LA SECRETARIA ARBITRAL4
III.	TIPO DE ARBITRAJE Y SEDE4
IV.	EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL4
V.	REGLAS PROCESALES APLICABLES5
VI.	LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA5
VII.	ANTECEDENTES PROCESALES5
VIII.	CONSIDERACIONES PREVIAS7
IX.	ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS8
	IX.1. ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE SU PRETENSIÓN ACCESORIA8
	IX.2. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL38
Х.	SOBRE LOS COSTOS47
XI.	MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS Y ARGUMENTOS EXPUESTOS 48
XII.	DECISIÓN49



	GLOSARIO DE TÉRMINOS
CENTRO	CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EMPRESARIAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LA LIBERTAD
CONTRATO	Contrato N° 0191-2020-INEN
DEMANDANTE o SUPERVISOR	JUAN GERMAN GAMERO CABREJOS
DEMANDADO, ENTIDAD o INEN	INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLASICAS - INEN
PARTES	Son conjuntamente el DEMANDANTE y el DEMANDADO
LEY DE ARBITRAJE	Decreto Legislativo Nº 1071
LCE	Ley de Contrataciones del Estado en su texto aprobado por el Decreto Supremo Nº 082-2019-EF (TUO de la Ley 30225)
RLCE	Reglamento de la LCE en su texto aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N°377- 2019- EF, Decreto Supremo N°168- 2020-EF y Decreto Supremo N°250- 2020-EF.
REGLAMENTO DEL CENTRO	Reglamento de Arbitraje del Centro



Resolución Nº 11 Lima, 20 de junio de 2023

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS **REPRESENTANTES** I. **ABOGADOS**

- El presente caso corresponde al proceso arbitral iniciado por Juan Germán Gamero 1. Cabrejos contra el INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLASICAS -INEN.
- El Demandante ha actuado representado por el Abogado Kelvin Sen Villajulca 2. Carranza, con Reg. CAL.L. 3269.
- El Demandado ha actuado representado por la Procuraduría Pública del Ministerio de 3. Salud a cargo del procurador público Carlos Enrique Cosavalente Chamorro.

DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y LA SECRETARIA ARBITRAL II.

- El Árbitro Único, abogado Sandro Piero Hernández Diez fue designado por la 4. Comisión de Arbitraje del Centro, lo cual fue confirmado mediante la Resolución N° 1 de fecha 13 de enero de 2022 al no existir objeción de las partes.
- 5. La Secretaría Arbitral se encontró a cargo de la señorita Juanita Mercedes Diaz Vergara y posteriormente a cargo de Kyara Kimberly Sánchez Carrasco.

TIPO DE ARBITRAJE Y SEDE III.

- De acuerdo con el Contrato y con lo establecido en la Resolución Nº 1 de fecha 13 de 6. enero de 2022, el presente arbitraje es Institucional, Nacional y de Derecho.
- La Sede del Arbitraje se encuentra situada en la ciudad de Trujillo, específicamente 7. en el local del Centro, Jr. Junín N°454 - Centro Histórico de Trujillo, Perú.

EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL IV.

El convenio arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Décima Sexta del Contrato 8. N°0191-2020-INEN ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N°023-2020-INEN de fecha 1 de diciembre de 2020, suscrito entre las partes bajo los siguientes términos:

<u>CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA</u>: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

sue separ antie l'imperies quaeste la quelución del 15 e applica accade de marche la quello de del

Fécultablemente cualquiere de las parios none el sercoro a solicitar una conciliación derrito del piazo de caducicad comesporalente, según lo serialado en el articulo 224 del Regiomento de la tey-



que forman parte del expediente y que también forma parte del presente contrato. De igual forma, se precisa lo siguiente:

Sistema de Contratación

Tarifas (Supervisión de Ejecución de Obra) Suma Alzada (Liquidación de Obra)

V. REGLAS PROCESALES APLICABLES

9. Las reglas aplicables al presente arbitraje quedaron establecidas en el acápite "Reglas del Proceso" de la Resolución N°01 del 13 de enero de 2022. Asimismo, en atención al convenio arbitral suscrito por las partes, es de aplicación el Reglamento de Arbitraje y los lineamientos para realizar los arbitrajes virtuales del Centro, siendo de aplicación supletoria las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071, y a falta de ello, los principios arbitrales o los usos y costumbres arbitrales que estime aplicables al caso.

VI. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

10. De acuerdo con la fecha de convocatoria del proceso de selección del cual deriva el Contrato, la norma aplicable al fondo del presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado en su texto aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019, así como su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N°377-2019-EF, Decreto Supremo N°168-2020-EF y Decreto Supremo N°250-2020-EF.

VII. ANTECEDENTES PROCESALES

- 11. Mediante Resolución N° 02 de fecha 04 de marzo de 2022, se fijaron las reglas definitivas del proceso.
- 12. El 18 de marzo de 2022 el Supervisor presentó su demanda arbitral, estableciendo las siguientes pretensiones:

<u>"PRETENSIÓN PRINCIPAL</u>

PRIMERO.- Se declare la nulidad de la Resolución del Contrato N°191-2020-INEN notificada mediante Carta Notarial N°008-2021-OGA/INEN, de fecha 18 de febrero de 2021.

SEGUNDA.- Se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de enero de 2021.

TERCERA.- Se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de febrero de 2021.

PRETENSIONES ACCESORIAS

PRIMERA.- Se mantenga la vigencia del contrato N°191-2020-INEN y, en caso de ser materialmente imposible su continuación, se indemnice por las utilidades dejadas de percibir y gastos generales del contrato.

SEGUNDA.- Se ordene a INEN que pague las costas y costos derivados de la presente demanda arbitral."

PÁGINA 5 DE 49



- 13. El 08 de abril de 2022, INEN presentó su contestación de demanda arbitral.
- 14. Mediante Resolución N° 03 de fecha 20 de setiembre de 2022, se tuvo por presentadas la demanda y su contestación por parte del Supervisor e INEN, respectivamente.
- 15. Mediante Resolución N° 04 de fecha 18 de octubre de 2022, se admitieron los medios probatorios documentales presentados en la demanda y su contestación, y se establecieron los puntos controvertidos del presente arbitraje en los términos siguientes:

<u>"PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.</u>- Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la Resolución del Contrato N° 191-2020-INEN, notificada mediante Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN, de fecha 18 de febrero de 2021.

<u>SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.</u>- Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de enero de 2021.

<u>TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.</u>- Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de febrero de 2021.

<u>CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.</u>- Determinar si corresponde o no que se mantenga la vigencia del contrato N° 191-2020-INEN.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si en caso de ser materialmente imposible la continuación del contrato, se indemnice por las utilidades dejadas de percibir y gastos generales del contrato.

<u>SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO</u>.- Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN que pague las costas y costos derivados de la presente demanda arbitral."

- 16. Mediante Resolución N° 05 de fecha 04 de noviembre de 2022, se modificó el calendario procesal establecido y, en atención al pedido de INEN, se reprogramó la Audiencia Única para el día 16 de noviembre de 2022 a las 9:00 am.
- 17. Mediante Resolución N° 06 de fecha 09 de noviembre de 2022, se declaró improcedente la reconsideración presentada por INEN, mediante escrito de fecha 09 de noviembre de 2022 en el que señaló "Solicito se sirva reprogramar la citada diligencia a fin de no reprogramar nuestro derecho de defensa".
- 18. El día 16 de noviembre de 2022, con la asistencia de las partes y del árbitro único, se llevó a cabo la Audiencia Única, en donde se ordenó poner a conocimiento del Supervisor los instrumentales (MEMORANDO N° 2021-OIMS-OGA/INEN y sus anexos y el INFORME N° 003-2021-EAP-OIMS/INEN y sus anexos) presentados por



INEN el 15 de noviembre de 2022, a fin de que se pronuncie respecto a su admisibilidad.

- 19. Mediante resolución N° 07 de fecha 18 de enero de 2023, en vista a que el Demandante no se pronunció respecto de los medios probatorios "MEMORANDO N°2021-OIMS-OGA/INEN y sus anexos" y el "INFORME N°003-2021-EAP-OIMS/INEN y sus anexos" presentados por el Demandado, los mismos fueron admitidos y se declaró la conclusión de la etapa probatoria.
- 20. Mediante Resolución N° 08 de fecha 09 de marzo de 2023, se tuvieron por presentados los escritos de alegatos finales de las partes, otorgándose un plazo de 05 días hábiles a INEN para que subsane la ilegibilidad de las imágenes introducidas en su escrito de alegatos.
- 21. Mediante Resolución N° 09 de fecha 14 de abril de 2023, se tuvo por subsanado el escrito de alegatos por parte de INEN y se declaró el cierre de la etapa de instrucción del presente arbitraje, fijándose el plazo para laudar en 30 días hábiles, prorrogable por 15 días hábiles adicionales, lo cual finalmente fue efectuado mediante Resolución N° 10 del 29 de mayo de 2023.

VIII. CONSIDERACIONES PREVIAS

- 22. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:
 - a. El Árbitro Único ha sido debidamente designado por la Comisión del Centro, a su vez, las partes ratificaron su total conformidad en la designación;
 - b. El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Árbitro Único, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
 - c. Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes del proceso, en concordancia con la información que obra en el expediente, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente laudo;
 - d. El Árbitro Único, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;

PÁGINA 7 DE 49



- e. El Árbitro Único se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la resolución de los puntos controvertidos;
- f. Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el juzgador respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo con lo consagrado por los principios generales en materia probatoria, siendo que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo;
- g. El Árbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

IX. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

IX.1. ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE SU PRETENSIÓN ACCESORIA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la Resolución del Contrato N° 191-2020-INEN, notificada mediante Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN, de fecha 18 de febrero de 2021.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se mantenga la vigencia del contrato N° 191-2020-INEN.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si en caso de ser materialmente imposible la continuación del contrato, se indemnice por las utilidades dejadas de percibir y gastos generales del contrato.

POSICIÓN DEL SUPERVISOR

- 23. El Demandante señala que suscribió el Contrato con INEN para la supervisión de la ejecución de la obra: "Reforzamiento de la infraestructura de los módulos 4 y 5 del primer y segundo piso del Instituto Nacional de enfermedades Neoplásicas" por un monto de S/ 242,985.60 y un plazo de ejecución de 150 días.
- 24. Indica que INEN, mediante carta notarial Nº 08-2021-0GA/INEN, recepcionada el 18 de febrero de 2021, le comunicó la resolución del Contrato por haber acumulado "otras penalidades" hasta el 10% del monto del contrato. Como primer argumento de su demanda, el Supervisor señala que esta carta notarial carece de todo efecto legal



porque adolece de la firma del titular del documento, lo cual indica que es causal de nulidad del acto administrativo por no respetar lo establecido en el TUO de la Ley Nº 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en cuyo artículo 4 se precisa que "El acto escrito indica la fecha y lugar en que es emitido, denominación del órgano del cual emana, nombre y firma de la autoridad interviniente". Asimismo, sostiene que la Carta Notarial no fue debidamente notificada a su destinatario sino a una tercera persona que no tiene participación alguna en el contrato.

25. Por otro lado, pronunciándose sobre las "otras penalidades", el Supervisor manifiesta que INEN le aplicó las siguientes penalidades previstas en el Contrato:

Na	PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	PROCEDIMIENTO
2	personal acreditado y debidamente sustituído	0.5 UIT vigente (50% UIT vigente) por cada dia de ausencia del personal	coordinador de obra de la
7	Por ausencia del Jefe de Supervisión autorizado por la ENTIDAD durante la ejecución de obra y equipamiento	1 UIT vigente (100% UIT vigente) por cada día de ausencia.	Según informe del coordinador de obra de la Entidad

26. Señala también que dichas penalidades fueron detalladas en el Informe Nº 003-2021-EAP-OIMS/INEN, emitido por el Ingeniero Civil Enrique Alarco Pimentel de la Oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios del INEN, quien señaló que las ausencias del supervisor y personal clave alcanzan un total de 27.88 UIT, tal como se detalla a continuación:

Personal clave	Total días enero	Incidencias	Días obligatorios	Días asistidos	Dias penalizados	Penalidad En UIT	Penalidades En UIT
Jefe de supervisión	17	100%	17	5	12	1	12
Especialista en estructuras	17	75%	12.75	7	5.75	0.5	2.88
Especialista en seguridad y salud en el trabajo	17	100%	17	7	10	0.5	5
Especialista en costos y presupuesto	17	100%	17	1	16	0.5	8
				TOT	AL PENALIDA	DES EN UIT	27.88

- 27. El Supervisor indica que, en base a este detalle, el Ingeniero Civil Enrique Alarco Pimentel determinó en su referido informe que el monto de penalidad ha alcanzado el máximo permitido del 10% del contrato de supervisión recomendando la resolución del contrato, además de concluir que el monto de la valorización del mes de enero de 2021 asciende a S/ 10,500.00 soles.
- 28. Al respecto, el Supervisor sostiene que el único medio probatorio que sustenta la supuesta ausencia del Jefe de supervisión y del personal clave es el reporte de

PÁGINA 9 DE 49



asistencia del personal de vigilancia del INEN, el cual sirvió de base para el Informe N° 003-2021-EAP-OIMS/INEN del ingeniero Alarco Pimentel (de fecha 02 de febrero de 2021), el Informe Técnico N° 005-2021-0L-OGA/INEN del señor Edy Sánchez Damián (de fecha 05 de febrero de 2021), siendo estos últimos informes los que sustentaron finalmente el Memorándum N° 000164-2021-0IMS-OGA/INEN que dispuso la resolución del contrato.

- 29. El Supervisor alega que el registro de asistencia del personal de vigilancia de INEN carece de verosimilitud y eficacia probatoria dado que en ningún momento se estableció ello como procedimiento formal para el registro de asistencia y control del personal (tanto de la obra como de la supervisión). Sostiene también que nunca se le informó sobre dicho control de asistencia ni que su personal debía registrar su asistencia a través de la vigilancia del INEN. Asimismo, refiere que el INEN presenta varios ingresos que no necesariamente tiene que ver con la puerta de acceso a la obra, sino que existen otros ingresos por los que su personal pudo asistir a sus labores de supervisión.
- 30. Aunado a ello, el Supervisor cuestiona el grado de seguridad jurídica del reporte emitido por el personal de vigilancia de INEN, puesto que no han sido debidamente identificados y no forman parte del procedimiento de control de obra conforme establece el Contrato en cuya cláusula décimo primera señala que el procedimiento para aplicar penalidades se realiza mediante informe del coordinador de obra de la Entidad.
- 31. Así pues, el Supervisor considera que un adecuado registro de la ausencia del personal sería el acta de visita inopinada del coordinador de obra e informada en el día al INEN para que, previo traslado, se pueda justificar cualquier inconcurrencia dentro de un plazo racional.
- 32. En ese sentido, el Supervisor sostiene que el procedimiento para aplicar penalidades establecido en la cláusula décimo primera del Contrato se realiza mediante informe del coordinador de obra de la Entidad, el cual supuestamente no habría participado en la verificación de la asistencia y se basó únicamente en el reporte del personal de vigilancia, lo que afecta la credibilidad de su informe. Asimismo, señala que su derecho de defensa se ha visto afectado toda vez que no existe un acta de visita inopinada del coordinador de obra en el que se verifique la supuesta ausencia del personal, y al no haber sido informados de dicha situación en su debido momento para que pueda efectuar los descargos correspondientes.
- 33. El Supervisor indica que mediante Carta Nº 45-2021-OL-OGA/INEM, de fecha 13 de enero de 2021, se le comunicó el Memorándum Nº 00041-2021-0 IMS/INEN, de fecha 12 de enero de 2021, a través del cual el director de la oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios del INEN se dirigió al director de Logística para solicitar al personal de vigilancia que otorgue facilidades de ingreso y salida, pero no se especificó que el personal de vigilancia realizaría el registro o control de ingreso.



- 34. Además, sostiene que, si bien es cierto que existen anotaciones en el cuaderno de obra por parte del residente que señalan la ausencia del supervisor y del personal clave, tales anotaciones deben ser tomadas con mucha reserva dado que se trata de su contraparte y como tal no presenta suficiente credibilidad y, en todo caso, ameritaba un control y verificación efectiva por parte de la Entidad.
- 35. Finalmente, el Supervisor indica que el cálculo de las penalidades resulta ilógico, ya que estiman que el plazo es de 17 días al 31 de enero de 2021, sin embargo, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución se inició el 12 de enero, el plazo sería de 20 días y no 17 días como lo señala la Entidad, lo que resta credibilidad a las penalidades aplicadas.
- 36. De otro lado, pronunciándose sobre las ausencias de su personal, el Supervisor indica que el 20 de enero de 2021, solicitó mediante Carta Nº 07-2021-JGC la sustitución del jefe de supervisión Ing. Eduardo Martín Tadeo Pariona Gueto por el Ing. Jose Fernando Reyes Olivari, debido a su vulnerabilidad ante la COVID-19 por ser una persona mayor. Señala que esta solicitud fue aprobada mediante el memorándum Nº 0106-2021-0IMS-OGA/INEN del 22 de enero de 2021 y la Carta Nº 93-2021-0L-OGA/INEN del 25 de enero de 2021.
- 37. También sostiene que el 25 de enero de 2021, mediante Carta Nº 14-2021-JGC, informó al director ejecutivo de la Oficina de Logística sobre el contagio por COVID-19 del especialista de costos, metrados y valorizaciones, adjuntando la prueba correspondiente emitida por UNILABS el 23 de enero de 2021. El Supervisor indica que este contagio ocurrió el 19 de enero de 2021, día en que el especialista asistió a la obra y presentó síntomas, por lo que tuvo que ser aislado.
- 38. Además, indica que el 28 de enero de 2021, mediante Carta Nº 021-2021-JGC, informó sobre el descanso médico del nuevo supervisor, ingeniero Jose Fernando Reyes Olivari, acompañando el certificado médico de fecha 27 de enero de 2021 que recomendaba reposo por 15 días debido a un cuadro de celulitis de pie izquierdo. Señala que a pesar de que este documento no fue emitido a través de especie valorada del colegio médico del Perú, está refrendado por un profesional de la salud identificado y goza de verosimilitud.
- 39. Bajo tales argumentos, el Supervisor considera que no se le podría aplicar penalidades porque el cambio de supervisor de obra obedeció a razones estrictamente de orden legal amparado en la normativa de prevención del contagio a la COVID-19 y también por motivos de salud del supervisor José Fernando Reyes Olivari, lo cual indica que es ajeno a su responsabilidad por ser un evento extraordinario, imprevisible e irresistible y como tal no imputable a su persona.
- Siguiendo con sus argumentos, el Supervisor señala que la Entidad pretende penalizar arbitrariamente el incumplimiento de ejecutar la prestación con el personal acreditado,

PÁGINA 11 DE 49



efectuando su respectivo cálculo de acuerdo con la ausencia de cada uno de ellos, lo que ha comportado que se penalice por triplicado, violándose así el principio de tipicidad y legalidad administrativa al penalizar supuestos no regulados en el tipo infractor.

- 41. Adicionalmente, señala que INEN incumplió el Contrato al no proporcionar oportunamente la información descrita en el literal b) numeral 12 de los términos de referencia, por lo que tuvo que requerirlo con Carta N°03-2021-JGC, de fecha 18 de enero de 2021. Al respecto, indica que la información requerida era fundamental para desarrollar sus labores de supervisión ya que sin expediente técnico no podría efectuarse el control de los trabajos del contratista de la obra, como tampoco podría controlar la presencia de sus especialistas pues no contaba con la información del contrato de obra ni de sus profesionales. Indica que recién el 22 de enero de 2021 INEN le remitió al correo electrónico el expediente técnico escaneado y el 26 de enero de 2021 la propuesta económica de la contratista empresa IAG S.A.C. El Supervisor considera que el hecho que la información pueda ser de conocimiento público no es relevante, ya que la entrega de esta documentación es una la formalidad establecida en el artículo 176 del RLCE.
- 42. En cuanto a los puntos controvertidos cuarto y quinto que derivan de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda, el Supervisor señala que, de resultar fundada aquella pretensión principal, esta también deberá ser declarada fundada, dado que, si se declara la nulidad de la resolución del contrato, este se mantendrá vigente.
- 43. Asimismo, indica que, dado el tiempo transcurrido desde que se produjo la resolución del contrato (18 de febrero de 2021) resulta materialmente imposible su continuación puesto que la obra ya ha concluido y, por ende, también la supervisión.
- 44. En tal sentido, el Supervisor solicita que se le indemnice con el pago de las utilidades dejadas de percibir y los gastos generales del contrato de acuerdo a la estructura de costos de su oferta económica presentada a la Entidad para la firma del contrato, en el que se verificaría los siguientes conceptos:

Concepto	A tarifa	A suma alzada	Total
	S/	S/	
utilidades	13,090.00	1,850.00	14,940.00
Gastos generales	33,976.10	7,603.90	41,580.00
		Total	56,520.00

 Considerando ello, el Demandante señala que el costo de utilidades y de gastos generales dejados de percibir asciende al monto de S/ 56,520.00 (Cincuenta y seis mil



quinientos veinte con 00/100 soles), lo cual le habría correspondido por el hecho de ganar la buena pro y firmar el contrato que se vio frustrado por la injustificada resolución del contrato.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

46. INEN indica que la resolución del contrato se dio debido a que el Supervisor superó el 10% máximo de las penalidades, dado que el jefe de supervisión acumuló por su sola inasistencia a la obra una penalidad que asciende a S/ 122,650.00 soles, ello sin tener en cuenta la inasistencia de su equipo, lo cual se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Personal clave	Total dias	Incidencias	Días obligatorios	Dias asistidos	Dias penalizados	Penalidad En UIT	Penalidade En UIT
Jefe de supendado	17	100%	17	5	12	1	1
Especialista en estructuras	17	75%	12.75	7	5.75	0.5	2.8
Especialista en seguridad y salud en el trabajo	17	105%	17	7	10	0.5	
Especialista en costos y presupuesto	17	100%	17	1	15	0.5	

- 47. Asimismo, señala que ambas partes están de acuerdo en que el plazo de ejecución se computa desde el 12 de enero hasta el 31 de enero, que existen registros en el cuaderno de obra que indican la ausencia del Supervisor y que éste conocía, a razón de la Carta 45-2021-OL-OGA-INEN de fecha 13 de enero de 2021, la necesidad de registrar su ingreso a través de la puerta de personal, según se indica en su demanda (párrafo 7 del numeral 3.5 literal b).
- 48. Por otro lado, la Entidad señala que la resolución del Contrato se sustenta en la Cláusula Decimo Primera-Penalidades del Contrato N° 0191-2020-INEN, y en el artículo 164.1 inciso b) del RLCE.
- 49. Además, menciona que, si bien el 18 de febrero de 2021, mediante Carta Notarial Nº 196-2021 del registro de la Notaría MACEDO, se notificó (con una omisión involuntaria de falta de firma) la Carta Nº 008-202OGA/INEN que dispuso la resolución del Contrato, posteriormente la Entidad optó por notificar una segunda carta a fin de cumplir con comunicar válidamente dicha resolución. Así, INEN sostiene que el 26 de febrero de 2021, mediante Carta Notarial Nº 254-2021 del registro de la Notaría MACEDO, notificó al Supervisor la Carta Nº 013-2021-OGA/INEN en el que se le

PÁGINA 13 DE 49



comunicó válidamente la resolución del Contrato bajo la formalidad establecida en el RLCE.

- 50. En tal sentido, la Entidad alega que, aún cuando se determine que la Carta Notarial notificada el 18 de febrero de 2021 es nula, debe considerarse que se cumplió con notificar válidamente la resolución del Contrato mediante la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN.
- 51. En cuanto a la afirmación del Demandante referida a que la notificación de la carta notarial no fue debidamente notificada a su destinatario, sino a una tercera persona que no tiene participación en el Contrato, la Entidad indica que la Ley del Notariado, respecto de la entrega de Cartas Notariales, expresamente dispone que:

"Artículo 100.- El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados."

- 52. Consecuentemente, INEN considera que la diligencia del Notario para la notificación de las cartas notariales no se basa en quién las recibió, sino en que hayan sido entregadas a la dirección del destinatario. Aunado a ello, la Entidad indica que en este caso el domicilio al que se notificó la Carta 013-2021-0GA/INEN es el mismo que el demandante señaló como domicilio para efectos de la ejecución del Contrato.
- 53. Por otro lado, INEN indica que desde las bases se establecieron las "Otras Penalidades" indicadas en el Contrato, estando identificados claramente los supuestos penalizables, su forma de cálculo y el procedimiento para determinar su configuración, sin ser estas objetadas por el Demandante en ningún momento, por lo que las mismas han sido consentidas por ambas partes.
- 54. Además, la Entidad señala que, conforme al procedimiento indicado en el Contrato, la verificación del supuesto a penalizar recae en el Coordinador de Obra y se materializa mediante un informe suscrito por éste. Sobre esa base, indica que en la Carta N° 013-2021-OGA/INEN, mediante la cual se comunicó al Supervisor la resolución del Contrato, se adjuntó el Informe Técnico N° 000005-2021-OL-OGA/INEN, el Memorando N° 000164-2021-OIMS-OGA/INEN y el Informe N° 003-2021-AEP-OIMS/INEN, correspondiendo este último al Coordinador de Obra, en el que se expone y sustenta los incumplimientos penalizados, lo que validaría que la Entidad cumplió con el procedimiento para determinar la aplicación de las "Otras Penalidades", así como con el procedimiento de Resolución de Contrato.
- 55. Continuando con su argumentación, INEN alude que los medios que sustentan la ausencia del Jefe de Supervisión y del personal clave en los informes del Coordinador de Obra son los reportes de asistencia elaborados por la vigilancia del INEN, el



cuaderno de ocurrencias de la puerta Nº 07 (señala también que este es el único acceso a obra) de la empresa de vigilancia y las anotaciones del cuaderno de obra.

- 56. Indica que, además de la ausencia del Jefe de Supervisión y del personal clave, se consideran en los informes otras penalidades como la no presentación de los SCTR del personal clave y por no observar la valorización de trabajos no ejecutados.
- 57. Señala que existen diversas anotaciones en el cuaderno de obra que indican la ausencia del Jefe de Supervisión y del personal clave, las cuales no han sido desmentidas por el Jefe de Supervisión.
- 58. Alega que, para el cálculo de las penalidades se han considerado los días laborables en la obra, que son 17 desde el 12 al 31 de enero, sin contar los días no laborables, por lo que las imputaciones de "ilogicidad" del Demandante no tendrían ningún sustento lógico.
- 59. Finalmente, INEN señala que, aun si no se hubiera penalizado a cada uno del personal clave ausente, se hubiese llegado a la penalidad máxima de S/ 24,298.56 que equivale a 5.52 UIT, ya que la penalidad por la ausencia del Jefe de la Supervisión equivale a 26 UIT, la penalidad del Especialista en Estructuras equivale a 5.63 UTI, la del especialista de Seguridad y Salud en el Trabajo a 6.00 UIT y la del especialista de Costos y Presupuestos equivale a 11.50 UIT, es decir que cualquiera de ellas ya excede la máxima penalidad aplicable, sin considerar las otras penalidades también advertidas en los informe del Coordinador de Obra por no presentar los SCTR (3.09 UIT) y por no observar la valorización de trabajos no ejecutados (0.07 UIT).
- 60. Sobre los puntos controvertidos cuarto y quinto, la Entidad, adicionalmente considera que ha quedado acreditado que el Contrato fue resuelto válidamente, señala que resulta un sin sentido que el Demandante pretenda cobrar gastos generales en los cuales no ha incurrido.
- 61. Asimismo, sostiene que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización). En tal sentido, la Entidad indica que el Demandante no ha acreditado con documentos la existencia de los presuntos gastos generales y que estos se originen por causa directa de INEN.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

62. El árbitro único advierte que la primera pretensión principal está orientada a que se declare la nulidad de la resolución del Contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN, de fecha 18 de febrero de 2021. Resulta claro que lo que cuestiona el Demandante en este arbitraje, más allá del medio con el que

PÁGINA 15 DE 49



se haya efectuado, es la validez de la decisión de la Entidad de resolver el Contrato, pues considera que ésta debió enmarcarse en los requisitos y formalidades previstas en el Contrato, la LCE y su Reglamento, y en la Ley del Procedimiento Administrativo General Nº 27444 (LPAG).

- 63. Evidentemente, la decisión de la Entidad de resolver un contrato es una que se adopta en el marco de la ejecución de una relación contractual que dista de un procedimiento administrativo. No obstante, la normativa especial aplicable a este Contrato permite que la decisión de la Entidad de resolver un contrato pueda ser sometida a arbitraje y, por ende, que finalmente sea un Tribunal Arbitral quien determine si dicha decisión resulta correcta o no. En tal sentido, si tal decisión no reuniera las condiciones y formalidades previstas en la normativa especial (LCE y RLCE) y, por tanto, resultase incorrecta, no podría tener efecto legal, debiendo este árbitro único declarar su nulidad o invalidez.
- 64. Ahora bien, revisadas las posiciones de las partes, el árbitro único advierte que el Supervisor formula cuestionamientos de forma contra la resolución contractual dispuesta por la Entidad, señalando que la Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN de fecha 09 de febrero de 2021, mediante la cual se habría notificado dicha resolución, adolecería de nulidad por haber sido remitida sin firma de la autoridad interviniente y porque supuestamente fue notificada a una tercera persona que no tiene participación en el Contrato. De esta manera, el Demandante concluye que no se habría cumplido el procedimiento de resolución contractual establecido en el RLCE.
- 65. Por su parte, la Entidad reconoce que, en efecto, la Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN no fue firmado debido a un error involuntario; sin embargo, este también alude que el 26 de febrero de 2021, mediante Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, procedió a notificar nuevamente la resolución contractual al domicilio consignado por el Supervisor en el Contrato, por lo que considera que la resolución contractual dispuesta por ella ha cumplido con el procedimiento establecido en la normativa aplicable.
- 66. En tal sentido, a efectos de analizar esta primera discusión, se procede a revisar el procedimiento de resolución contractual previsto en la normativa de contratación pública, lo cual se encuentra establecido en el artículo 165 del RLCE en los términos siguientes:

"Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

- 165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores,



pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

- 165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.
- 165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
- 165.5. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe precisa con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.
- 165.6. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, toda notificación efectuada en el marco del procedimiento de resolución del contrato regulado en el presente artículo se realiza a través del módulo de catálogo electrónico." (Subrayado agregado)
- 67. En atención a esta norma, se debe tener en cuenta que, cuando la resolución contractual se realice por la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, una entidad puede resolver el contrato sin requerimiento previo, bastando solo con comunicar al contratista su decisión de resolver el contrato mediante carta notarial.
- 68. En el presente caso, ambas partes han coincidido en que el contrato fue resuelto por acumulación del monto máximo de las denominadas "otras penalidades"; por lo que, a continuación, se procede a verificar si la resolución contractual efectuada por la Entidad ha cumplido con la formalidad prevista en la norma, esto es, que la decisión de resolver el contrato haya sido debidamente notificada al Supervisor mediante carta notarial.
- 69. Pues bien, en el presente caso, tal como se ha indicado anteriormente, INEN ha señalado que, si bien la Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN no fue suscrita por los funcionarios responsables, ello fue corregido el 26 de febrero de 2021, mediante Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, a través de la cual volvió a notificar su decisión de resolver el Contrato. Además, se aprecia que, sobre esta última carta notarial referida por la Entidad, el Supervisor no ha formulado ningún cuestionamiento. Cabe recordar que durante la audiencia única el árbitro único consultó sobre esta situación, siendo la Entidad clara al señalar que la resolución contractual fue notificada nuevamente con la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, mientras que el Demandante solo se limitó

PÁGINA 17 DE 49



a mencionar que la resolución contractual le fue notificada con la Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN, sin cuestionar ni pronunciarse sobre la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, ni siquiera en su escrito de alegatos post audiencia.

70. Dada esta situación, el árbitro único procede a verificar si, tal como lo señala la Entidad, mediante Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN notificó al Supervisor su decisión de resolver el Contrato. Para tal efecto, se trae a la vista dicha carta notarial que obra como Anexo 1-F de la contestación de demanda:





Carta Notarial Nº 254 - 2021



PERÚ

"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"

Surquitlo, 23 de febrero de 2021.

CARTA Nº O13 -2021-OGA/INEN

ART 107 DEL D.L. 1645-LEY DEL NOTARIA 3. CONTENSO DE LA CARTA, NI DE LA FRE ICEMTIDAD, CAPACIDAD O REPRESENTACIÓN REMITERTE

Señor

JUAN GERMÁN GAMERO CABREJOS

Manzana N, Lote 3, Departamento Nº 401, Urbanización El Ingeniero I, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque.

Presente-

Asunto ; Se le Comunica la Resolución del Contrato Nº 191-2020-INEN.

Mediante la presente me dirijo a Usted, en atención al Contrato Nº 191-2020-INEN, proveniente del proceso do selección "Adjudiscolón Simplificado Nº 023-2020-INEN, para la Contratación del "Servicio de Consultoría de Obra para la Infraestructura de los Módulos 4 y 5 del Primer y Segundo Piso del INEN", el cual fue suscrito con fecha 1 de dicembre del 2020, con d Ingeniero Juan Germán Gamoro Cabrejos, con RUC Nº 10416900553.

Sobre el particular, teniendo en consideración los siguientes documentos:

Mamorando Nº 164-2021-OL-OGA/INEN¹, de la Dirección Ejecutiva de la Oficina de Ingenieria, Mantenimiento y Servicios del INEN.

Informe Técnico Nº 000005-2021-OL-OGA/INEN de la Dirección Ejecutiva de la Oficina de

Con la opinión favorable de las unidedes orgánicas competentes del NEN, se pone en su conocimiento que esta Dirección General?, en aplicación de las disposición contenida en el titeral b) del artículo 1643 del Regiamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF (en adelante EL REGLAMENTO), ha adoptado la decisión de PESOLVER el Contrato Nº 191-2020-INEN suscrito con su persona, a razón de que ha contractual ello del producto contractual ello del producto contractual ello. uscott en el Contrato Nº 191-2020-INEN suscrito con su persona, a razón de que ha uscott dedado acreditado que: La penalidad por mora supera el 10% del monto contractual, ello concordancia con las Cláusulas Décima Primera* y Décimo Segunda del citado contrato, todo de conformidad con el siguiente detalle:

Respecto a la aplicación de la penalidad máxima.

*Contient el Informe N° 003-2021-EAP-CINISINEN.

Rosolución Jefabural N° 05-2021-INEN, se delega facultades a la Oficina General de Administración, entre otras, (i)

Resolución Jefabural N° 05-2021-INEN, se delega facultades a la Oficina General de Administración, entre otras, (i)

*Resolución Des contratos deducados de las procedimientos de selección, probjecto los provenientes de contrataciones dividades por la comunidade en la normalitya de contrafaciones del estado.

*Artícula 184. Causales de resolución.

164.1. La Entidad pueda resolvar el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el

a) incumple injustificadamente obligaciones contractuales, legeles o regiementarias a su cargo, pass a habor sido requerido para ello:

requirido para ero;
b) thaya l'ogado e acumular el mento máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras ponalidades, en la
ejecución de la prestación a su cargo.

(...) Cuando se llegue a cubru el monto máximo de la ponalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de
acredicaso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incamplimiento.

"Cuarquiren de les partes puede resolver el contrato, de conformidad con el numeral 32 3 del artículo 32 y artículo 36 de la
lley de Contrataciones del Estado, y el orticulo 164 de su Regiannento (...).

INETITATO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS Av. Angamos Esis 2520, Lima -34 Test. 201-6503 Fax: 620-4981 Web: <u>www.ingn.eld.eg</u> e-maxi: postmatterginen.eld.ps





71. En efecto, se observa que mediante esta carta notarial la Entidad comunicó al Supervisor la resolución del Contrato por haber acumulado el monto máximo de las otras penalidades. Asimismo, se verifica que esta carta notarial sí contiene la firma del funcionario responsable del INEN.



72. De otro lado, en atención a que el Demandante ha aludido que la primera carta notarial fue notificada a una tercera persona que no forma parte del Contrato, el árbitro considera que resulta únicamente relevante verificar si esta última carta notarial (Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN) fue notificada correctamente al domicilio establecido por el Supervisor en el Contrato, ya que es allí donde se tenían que realizar las notificaciones durante la ejecución contractual, sin importar la persona que lo reciba. Para tal efecto, se procede a revisar la CLAUSULA DECIMA NOVENA del Contrato en el que las partes fijaron sus domicilios en las siguientes direcciones:

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: DOMICILIO PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

Las partes declaran el siguiente domicilio para efecto de las notificaciones que se realicen durante la ejecución del presente contrato:

DOMICILIO DE LA ENTIDAD: Av. Angamos Este Nº 2520, Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima

DOMICILIO DEL CONTRATISTA: Manzana N, Lote Nº 3, Departamento Nº 401, Urbanización El Ingeniero I, Departamento de Chiclayo, Provincia de Lambayeque.

La variación del domicilio aquí declarado de alguna de las partes debe ser comunicada a la otra parte, formalmente y por escrito, con una anticipación no menor de quince (15) días calendario.

Se precisa que el correo electrónico señalado por EL CONTRATISTA pera efectos de notificación, durante la ejecución del contrato es juango 82@bolimail.com

De acuerdo con las bases integradas, la oferta y las disposiciones del presente contrato, las partes lo firman por duplicado en señal de conformidad en la ciudad de Lima, a los 01 días del mes de diciembre de 2020.

- 73. Según se observa, el Demandante estableció en el Contrato como su domicilio la siguiente dirección: "Manzana N, Lote N° 3, Departamento N° 401, Urbanización El Ingeniero I, Departamento de Chiclayo, Provincia de Lambayeque.". Aunado a ello, es de tener cuenta que, en el presente arbitraje, las partes no han aludido que dicha dirección haya sido modificada, ni tampoco obra en el expediente arbitral medio probatorio alguno por el que se advierta tal variación.
- 74. Por tanto, corresponde verificar si la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, fue notificada a dicho domicilio:

Surquillo, 23 de febrero de 2021:

CARTA Nº O13 -2021-OGA/INEN

Señor:

JUAN GERMÁN GAMERO CABREJOS

Manzana N, Loie 3, Departamento Nº 401, Urbanización El Ingeniera I, Provincia de Chicleyo,
Departamento de Lambayeque.

Presente.-



- 75. Visto ello, se observa que la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN fue notificada a "Manzana N, Lote 3, Departamento N° 401, Urbanización El Ingeniero I, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque.", cuando en el Contrato se indicó que el departamento es "Chiclayo" y la provincia "Lambayeque"; sin embargo, ello constituye claramente un error material de redacción en el Contrato (ya que Chiclayo es una provincia y Lambayeque un departamento) que no influye en la correcta notificación de dicha carta. En ese sentido, el árbitro único verifica que la resolución contractual efectuada por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INEN, ha cumplido con la formalidad prevista en el artículo 165 del RLCE.
- 76. Seguidamente, se procede a analizar la discusión generada por las partes sobre el fondo de la resolución contractual efectuada por la Entidad. Sobre el particular, ambas partes coinciden en que las "otras penalidades" aplicadas al Supervisor fueron las establecidas en los numerales 2 y 7 de la Cláusula Décima Primera del Contrato:

No	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	PROCEDIMIENTO
2	En caso EL CONTRATISTA incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado y debidamente sustituido	UIT vigente) por cada	coordinador de obra de la
7	Por ausencia del Jefe de Supervisión autorizado por la ENTIDAD durante la ejecución de obra y equipamiento	1 UIT vigente (100% UIT vigente) por cada día de ausencia.	Según informe del coordinador de obra de la Entidad

77. Asimismo, resulta un aspecto no controvertido que estas penalidades fueron detalladas en el Informe Nº 003-2021-EAP-OIMS/INEN, emitido por el coordinador de la obra de la Entidad, Ingeniero Civil Enrique Alarco Pimentel, siendo este informe incorporado de manera completa como medio probatorio en este arbitraje por la Entidad a través de su escrito de fecha 14 de noviembre de 2022. Cabe agregar que este informe fue anexado también a la Carta Notarial Nº 013-2021-OGA/INE, mediante la cual INEN notificó al Supervisor su decisión de resolver el Contrato, tal como se aprecia en la lista de anexos de dicha carta:

Anexos:

- Contrato Nº 191-2020-INEN, para la contratación del "Servicio de Consultoría de Obra para la Supervisión de la Ejecución de Obra: Reforzamiento de la Infraestructura de los Módulos 4 y 5 del Primero y Segundo Piso del Instituto Nacional de Enfermedades Neoptásicas – INEN".
- ✓ Informe Técnico N° 000005-2021-OL-OGA/INEN.
- ✓ Memorando N° 000164-2021-OIMS-OGA/INEN
- ✓ Informe N° 003 2021-AEP-OIMS/INEN
- 78. A continuación, se procede a revisar el contenido de dicho informe:





PERÚ





Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres "Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

INFORME N°003-2021-EAP-OIMS/INEN

GUILLERMO TREFOGLI ZULOAGA

Director Ejecutivo de la Oficina De Ingenierla Mantenimiento y Servicios

De

ENRIQUE ALARCO PIMENTEL

Ingeniero Civil de la Oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios

Asunto

Informe de ejecución contractual de la Supervisión de obra: "Reforzamiento de la Infraestructura de los Módulos 4 y 5 del Primer y Segundo Piso del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas - INEN*

Referencia

Contrato Nº 0191-2020-INEN

FECHA

Surquillo, 02 de febrero del 2021

Es grato dirigirme a usted para saludarlo y en mérito al asunto y documento de la referencia. tengo a bien informar lo siguiente:

ANTECEDENTES

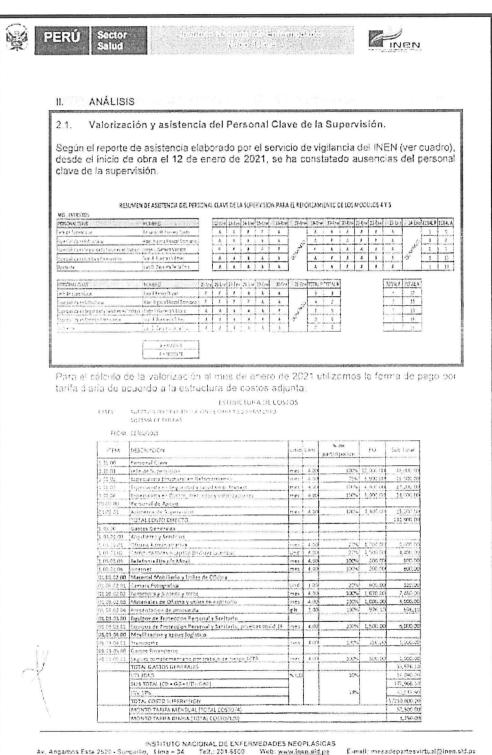
- 1.1. Con fecha 01 de diciembre de 2020, se firma el Contrato Nº 0191-2020-INEN de la AS Nº 023-2020-INEN del *Servicio de Consultoria para la Supervisión de la Ejecución de Obra: Reforzamiento de la Infraestructura de los Módulos 4 y 5 del Primer y Segundo piso del INEN" con el ing. JUAN GAMERO CABREJOS.
- 1.2. Con fecha 15 de diciembre de 2020, se firma el contrato Nº 0198-2020-INEN de "Ejecución de Obra: Reforzamiento de la Infraestructura de los Módulos 4 y 5 del Primer y Segundo piso del INEN" con la empresa IAG S.A.C.
- Mediante CARTA-107-2020-OGA/INEN, del 29.12.2020, el INEN solicita a la Supervisión la aprobación de los documentos presentados por el contratista, IAG S.A.C., (Programa de ejecución de obra, calendario de adquisición de materiales y calendario de utilización de equipos) y se cita a su personal clave para la entrega del terreno el dia 4 de enero de 2021.
- Con fecha 11 de enero de 2021, se firmó el Acta de Entrega del lugar donde se ejecutará la Obra, dándose inicio al plazo de ejecución el 12 de enero, como está indicado en el Asiento 01 del Cuaderno de Obra.
- Con fecha 19 de enero de 2021, el contratista IAG S.A.C. en el Asiento Nº 012 del Cuaderno de Obra, solicita ampliación de plazo parcial por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista, a partir del 16 de enero de 2021, aduciendo como hecho generador la renuncia del Jefe de Supervisión y adjuntando la carta de renuncia del ing. Eduardo Pariona Cueto.
- Mediante CARTA Nº 07-2021-JGC del 20 de enero de 2021, el consultor Juan German Gamero Cabrejos presenta solicitud de sustitución del Jefe de Supervisión, mediante el MEMORANDO Nº 0106-2021-OIMS-OGA/INEN, del 22 de enero de 2021, la OIMS da opinión técnica favorable para el reemplazante del Jefe de Supervisión, lo que es comunicado al Consultor mediante CARTA Nº 93-2021-OL-OGA/INEN del 25 de enero de

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS

Av. Angamos Este 2520 - Surguillo, Linez - 34 Tell.: 201-5500 Web: www.loon.add.or

E-mail: mesadepartesvirtual@isen.sid.pe





Web: www.inen.aid.pa

E-mail: mesadepartesvirtual@inen.sld.ps

Av. Angamos Este 2570 - Surquito, 1 ima - 34







Asistencia del Jefe de Supervisión = 5 días Días hábiles de enero = 26 días Dias por mes = 30 dias

Calculo de costo = 5 x 30 / 26 = 5.7692 días = 6 días

El monto correspondiente al mes de enero seria: Monto de Tarifa Diaria = 1,750.00 Monto a Valorizar = 1,750 x 6 = 10,500 soles

De la anterior se observa que el monto a valorizar en el mes de enero asciende a diez mil quinientos y 00/100 soles.

Otras Penalidades:

En relación a otras penalidades, el cálculo se hace por las causales de las ausencias del Jefe de Supervisión y del personal acreditado

Por ausendia del Jefe de Supervisión autorizado por la Eriódad durante la ejecución		
do otra y equipamiento.	autencia	Enida:

En ciaso el Supernisor incumpla con su coligación de specular la prestación con el personal acradicado o debidartente susitivido.	vicente) nor code din de	Segán informe rel Coordinador de Obra de la Entidad
---	--------------------------	---

	TOTAL DIAS ENERO	INCIDENCIA	DIAS OBLIGATORIOS	DIAS ASISTIDOS	A VIII A	PENAUDAD /DIA/LET	PENASDAD EN SET
PERSONAL CLAVE	9512678	27 10 10					
lefe de Supervision	17	50006	27	5	12	1	12.00
Especialista en Entructuras	13	75%	12.75	3	3.75	0.5	2.89
Especialista en Seguridad y Salud en el Trabajo	17	100%	37	7	33	0.5	5.00
Expecialists en Costos y Everuuestos	. 17	100%	17	- 1	36	0.5	3.00
					TOTALFENALI	DATE PROTECT	27.88

Luego de efectuar el cálculo correspondiente, se obtiene una penalidad acumulada de 27.88 UIT al 31 de enero de 2021, que equivale a S/. 122,650.00 (ciento veintidós mil seiscientos cincuenta soles).

De acuerdo al Artículo 161 inciso 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el monto máximo equivalente de las penalidades solo puede alcanzar un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente. Así mismo, el Artículo 164, inciso 1, literal b) del mismo Reglamento indica que si se llega a cumular el monto máximo de la penalidad, la Entidad puede resolver el contrato.

El monto vigente del contrato de supervisión es de S/ 242,985.60, por tanto, la máxima penalidad a aplicarse a la supervisión, es de S/ 24,298.56 (veinticuatro mil doscientos noventa y ocho con 56/100 soles).

2.3 Cuaderno de Obra

Al 01 de febrero de 2021, se han registrado 30 asientos en el cuaderno de obra digital, de los cuales 8 corresponden a la supervisión y 22 anotaciones a la residencia de obra, se adjunta cuadro resumen y los asientos a este documento.

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS Av. Angamos Este 2520 - Surquillo, Linta – 34 Telf.: 201-6500 Wab: www.inen.asd.ne

E-mail: mesadepartesvirtus@irem.sld.pe





PERÚ



La mayoría de anotaciones están referidas a la ausencia del Jefe de Supervisión y, por consiguiente, impedimentos para avanzar con la obra, también hay numerosas consultas técnicas que la Supervisión no ha resuelto y tampoco lo ha comunicado a la Entidad para derivario al consultor de ser el caso.

Por medio del Asiento Nº 12 del Cuaderno de Obra, del 19 de enero de 2021, el Residente de Obra solicita ampliación de plazo por los retrasos ocasionado por la Supervisión, asimismo, de acuerdo al artículo 198, inciso 2 del RLCE, la solicitud de Ampliación de Piazo Parcial solicitada por el Contratista a través del Cuaderno de Obra debería ser sustentada técnicamente por la Supervisión, emitiendo un informe con su opinión, remitiéndolo a la Entidad. La opinión técnica sobre esta solicitud fue dada por la OIMS con Memorando Nº 0090-2021-OIMS-OGA/INEN del 20 de enero, en cuya conclusión se recomienda que se acuerde una Suspensión de plazo de ejecución, de acuerdo a lo normado en el artículo 176 del RLCE.

REPORTE DE ASIENTOS DEL CUADERNO DE BOTADO DE CONTROLO DE CONTROLO

	45.447	*****	******	1644,4	***	##CD#CPCCC	5 P LA 9 PS	***	**************************************	***
			********	*****	*16.70	20		7 (179 N N		
27	2			******		The factor of th	DANCE DANCE	1	,	
~	59			Carrest Carrest (1997)	N17003.4	to leave the manual engineering and an according to the month of the m	2003 2004 DEEK	ALTOCKY.E.		
1	3*		2001/2017 971	23 1 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2	124.04.4	20 mart record for the section of 70 mg	me matter	31 32 44		.,
8		*			######################################	22 5:50:352 ex in remote a resultant 2	C 1/4	11 6534	3	
Ŧ		**********	20029772	# 25.54 X54 as a a a a a a a a a a a a a a a a a a	77.40.47.40.44	Service and the service of the servi		304 Ge 18		****
7				Every control of the	COMPANSION.	Carre concern as a	1000 A	*********		
155	8	*	25 5 5 22 3 40	Antonio de la compania del compania del compania de la compania del compania de la compania de la compania del compania de la compania de la compania de la compania de la compania del compania del compania del compania del compania del la compania del	25.604	See a see appear on a second on a second of the second on a second		171 274	7	POLAT
200		-	13.471804	# 150 F F T 150 E S 150 F A 50 F	COUNTRILIE		1.45	********		
×	- 91		t se compart	A LOCAL DESCRIPTION OF THE PARTY OF THE PART	to the trans	A to a series of the control of the	Char	*24 36 84		
8 100			274527777		DOMAS DOMESTING AL	10.70. 5.70.	***** * * \$ * * * * * * * * * * * * * *	1.00		
*	• "		wasterna i	SEPTEMBERS	0002	140 40 40 40 40 40 40 40 40 40 40 40 40 4		11 2 3 3 7	7.	
-			244.22.40	CONTRACTOR CONTRACTOR	0.0000 00.0000 00.0000	Security Comments of the Comme	34419 24434	0.000		72
•		40.67.00.00.00	swins in	*** C. OKARA (S. DASHALA) T	15.13	ACAMAN AND AND AND AND AND AND AND AND AND A	2000 1 T C C 200	2118-44	,	=
-	-		240,000	ALCO SIACOSPA	2003					
	2	a 1.76 (Francisco) /-	מוני למווינעם	GATE THE STREET	77040	In the second se	30-10-745h4	01 WX 4 1		
+			SP-18825-1050	(48034 141 70 94 80 13 T K) AF	D0000 1 1 8 4	TAXABLE	2004	570000		
			22,122	211 (1 1 21 X X X X X X X X X X X X X X X X X		12 7 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2	200 F C1 100	05 05 05 05 05 05 05 05 05 05 05 05 05 0	·	
+			96.65 500.600, 1.0600,	6.00 • 6 .00 .00 .aab. 0 6.0 0 • 16.16.	*********	****	-201			
-		*****	(43 av) (48 av)	• 533.7	tar:	Print (2	(1000 E 100 E		130.000	
			******	2000	CONTRACT CON	Device of the second se		100		
					COMPRESSOR	NO STATE OF THE PROPERTY OF TH	TAREN CENN			
	•		Mary Stope 5 of Nove	* Stringer	F1.44***	To present	*****	THE STORA		
	•		400 40000 Me.	(AC) ACCOM 25 CASTELLS	COPPOSICALE		yandan arab maaning	STATE OF THE STATE		*****
-	¥		647.22. 99	Charles of Carrett	CONTRACTOR OF THE CONTRACTOR O	the traction of the common particle.	Charle Zeron		ь	****
"	,		BOTER TO	me	(1999)(X (AX	De terre de grande de mandre de la company d	Carried Chara	OCIONAL.		•:5
***************************************			8-71/2011 ES	·		The record of the contract of the same recording to a first one contract of the same contract	STATES CARES	1		
*			Residence in the control	PALE WOLLD STATE S	201243 20124535593	The hand the constraint of the summer of the constraint of the con	1 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4 (4	SUPPLY OFFI		
-			1700000 600		F 22 40 M X 11 O 24 X	THE MAN AND AND AND AND AND AND AND AND AND A	14000	THE COME	***************************************	****
3			ECOUNTED	######################################	*	The parameter of the property of the property of the parameter of the para	19260	n or cens	1	•
+			beiral to	Table on The Control Control	CAST ACCOUNTS COME	and control from principles only the man and processing and the control of the co	74100	N. 2 . 404	Y	\$100 • 100
1										

PRSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOFLÁSICAS Av. Angamos Esta 2520 - Sumptifio, Lima – 34 Telf.: 201-6555 Web: <u>ANNA INCA. 15.28</u>

E mail, mesadeportesvirtual@irk s,aid.p≠





PERU



La renuncia del Jefe de Supervisión, fue comunicada a la Entidad por la Supervisión mediante Caria Nº 07-2021-JGC el 20 de enero, previamente el Residente de obra asentó la carta de renuncia y solicitó ampliación de plazo a partir del 16 de enero de 2021 y asentado en el cuaderno de obra el 19 de enero.

Al respecto, la OIMS dio opinión técnica favorable sobre la sustitución del Jefe de Supervisión con Memorando Nº 0108-2021-OIMS-OGA/INEN del 22 de enero de 2021, sustitución que fue aprobada y comunicada al Supervisor mediante Carta Nº 093-2021-OL-OGA/INEN del 25 de enero de 2021.

La ausencia del Jefe de Supervisión imposibilitó la ejecución de la obra, ya que como se indica en el artículo 187, inciso 1 del RLCE, el Supervisor es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato (de ejecución de obra).

Así mismo, de acuerdo al artículo 198, inciso 2 del RLCE, la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial solicitada por el Contratista a través del Cuaderno de Obra debería ser sustentada técnicamente por la Supervisión, emitiendo un informe con su opinión, remitiéndolo a la Entidad, a la fecha aun no se ha recibido dicho informe.

Incumplimientos contractuales

A la fecha la Supervisión ha incumplido sus siguientes obligaciones señaladas en los Términos de Referencia y en Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

- a) Aprobación del Calendario de Avance de Obra, Calendario de adquisición de materiales y Calendario de Utilización de Equipo: mediante Carta Nº 107-2020-OGA/INEN del 29 de diciembre de 2020, el INEN remite a la Supervisión dichos documentos elaborados por el Contratista, IAG S.A.C., la Supervisión dio conformidad a dichos documentos diecisiete (17) días después, mediante Asiento 03 del Cuademo de Obra Digital, el 15 de enero de 2021, Cabe indicar que la Supervisión no cumplió con el plazo de siete (07) días señalado en el Artículo 176 inciso 4 del RLCE, además la aprobación no fue realizada mediante un informe a la Entidad conforme lo señala el mismo Articulo del RLCE.
- Informe de compatibilidad del expediente técnico: de acuerdo al Artículo 177 del RLCE el Contratista dispone de 15 días para presentar su informe, desde el inicio del plazo de obra que fue el 12 de enero de 2021, a continuación, la Supervisión tiene 7 días para presentar a la Entidad su informe técnico de revisión del expediente técnico. El Contratista presentó dicho informe el 26 de enero de 2021 dentro de los 15 días posteriores al inicio de obra, el informe técnico de revisión aún no ha sido presentado por la Supervisión, siendo el plazo máximo de presentación el 2 de febrero de 2021.
- c) Presentación de valorización del Contratista: el Contratista presentó la Valorización Nº 01 a la Supervisión, mediante Asiento Nº 26 del cuaderno de obra digital del 29 de enero de 2021. El Supervisor tiene como plazo máximo para aprobar y remitir a la Entidad cinco (05) días a partir del primer día hábil del mes siguiente a de la Valorización. El Jefe de Supervisión mediante Asiento Nº 32 del cuaderno de obra digital recepciona la Valorización el 2 de febrero a las 21:47 horas y le da conformidad el mismo día, mediante el Asiento Nº 33 del cuaderno de obra digital a las 21:55 horas, es decir, su revisión y aprobación la hizo en ocho (08) mínutos y aun no remite a la entidad el informe correspondiente.

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÂȘICAS Av. Angamos Este 2620 - Surquillo, Lima - 34 Telf.: 201-6500 Web: www.inen.sid.pg

E-mail: mesadepartesvirtus@iren.sld.pe





PERÚ

Sector Salud



- d) Absolución de consultas y requerimientos de información presentadas por medio del cuaderno de obra: Según anotaciones en los Asientos Nº 06 del 15 de enero, Asiento Nº 14 del 21 de enero y el Asiento Nº 27 del 29 de enero, el Constructor ha presentado 10 RFI que aun la Supervisión no ha resuelto, es importante tener en cuenta que de acuerdo al Artículo Nº 193 inciso 2 el plazo máximo para dar respuesta es de cinco (05) días.
- e) Control de aspectos ambientales, sanitarios y de seguridad ocupacional: No ha remitido su informe sobre el Plan de Seguridad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente solicitado en los Términos de Referencia 10.1 E de las Bases Integradas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente informe concluye lo siguiente:

- El monto de la valorización de la Supervisión correspondiente al mes de enero 2021 es de S/10,500.00.
- La Supervisión ha incumido en diversos incumplimientos contractuales y en ausencias del personal clave acreditado,
- El monto de la penalidad ha alcanzado el máximo permitido del 10% del contrato de supervisión vigente, equivalente a S/ S/ 24,298 56.

Se recomienda la rescrución del contrato de supervisión siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 165 del RUCE.

Sin otro particular, me despido.

Atentamente,

Ing. Enrique I. Alarco Pimentel Reg. GIP 57596

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS Ax, Angumos Este 1820 - Sorquillo, Lima - 14 Telfi: 2014300 Web <u>ways limit vild se</u> E-mail: mesadepertesvirtual@iren.sid.pe



- 79. Según se observa, el coordinador de la obra consignó en su informe las inasistencias del Jefe de Supervisión y del personal clave, indicando que la suma de las otras penalidades correspondientes alcanzó el máximo permitido del 10% del monto del Contrato (porcentaje que asciende a S/ 24,298.56), por lo que recomendó la resolución contractual. Además, señaló que el monto de la valorización del mes de enero de 2021 asciende a S/ 10,500.00 soles. Cabe precisar que en el decurso del arbitraje se ha señalado por ambas partes que dicho informe fue notificado recién al Supervisor con ocasión de la resolución del contrato.
- 80. Vinculado a esta discusión, el Demandante sostuvo en este arbitraje lo siguiente:
 - Que el único medio probatorio que sustenta la supuesta ausencia del Jefe de supervisión y del personal clave es el reporte de asistencia del personal de vigilancia del INEN, el cual en ningún momento se estableció como procedimiento formal para el registro de asistencia y control del personal, tanto del ejecutor de la obra como de la supervisión;
 - Que nunca fue informado sobre dicho control de asistencia, ni que su personal debía registrar su asistencia a través de la vigilancia del INEN;
 - Sostiene que el INEN presenta varios ingresos que no necesariamente tiene que ver con la puerta de acceso a la obra, pues existen otros ingresos por los que su personal pudo asistir a sus labores de supervisión;
 - Que un adecuado registro de la ausencia del personal sería el acta de visita inopinada del coordinador de obra e informada en el día al INEN para que, previo traslado, se pueda justificar cualquier inconcurrencia dentro de un plazo racional;
 y
 - Que su derecho de defensa se ha visto afectado toda vez que no existe un acta de visita inopinada del coordinador de obra en el que se verifique la supuesta ausencia del personal, y al no haber sido informado de dicha situación en su debido momento para que pueda efectuar los descargos correspondientes.
- 81. En contraposición, la Demandada señala que:
 - El jefe de supervisión acumuló por su sola inasistencia a la obra una penalidad que supera el monto máximo del 10% del valor contractual, ello sin tener en cuenta la inasistencia de su equipo, por lo que, aun si no se hubiera penalizado a cada uno del personal clave ausente, se hubiese llegado a la penalidad máxima de S/ 24,298.56 que equivale a 5.52 UIT;
 - Los medios que sustentan la ausencia del Jefe de Supervisión y del personal clave en los informes del Coordinador de Obra son los reportes de asistencia elaborados por la vigilancia del INEN, el cuaderno de ocurrencias de la puerta Nº 07 (señala también que este es el único acceso a obra) de la empresa de vigilancia y las anotaciones del cuaderno de obra.
 - El Supervisor conocía, a razón de la Carta 45-2021-OL-OGA-INEN de fecha 13 de enero de 2021, la necesidad de registrar su ingreso a través de la puerta de personal;

PÁGINA 29 DE 49



- Conforme al procedimiento indicado en el Contrato, la verificación del supuesto a penalizar recae en el Coordinador de Obra y se materializa mediante un informe suscrito por éste;
- En el Informe N° 003-2021-AEP-OIMS/INEN, el Coordinador de Obra expone y sustenta los incumplimientos penalizados, lo que validaría que la Entidad cumplió con el procedimiento para determinar la aplicación de las "Otras Penalidades", así como con el procedimiento de Resolución de Contrato;
- 82. Vista las posiciones de ambas partes, el árbitro advierte una discusión suscitada entre ellas sobre el procedimiento establecido en el Contrato para la verificación de las "otras penalidades" aplicadas.
- 83. En atención a ello, se estima pertinente traer a colación la norma que regula la figura de "otras penalidades" (artículo 163 del RLCE):

"Artículo 163. Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, <u>siempre y cuando sean objetivas</u>, <u>razonables</u>, <u>congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación</u>.

Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y <u>el</u> procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

- 163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora." (Subrayado agregado)
- 84. Conforme a lo establecido en el artículo citado, las "otras penalidades" previstas en el procedimiento de selección, deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, para lo cual se debe incluir, entre otros, el procedimiento mediante el cual se verifique el supuesto a penalizar.
- 85. Vinculado a ello, en la Opinión Nº 197-2015/DTN, la Dirección Técnico Normativo del OSCE, al referirse a las "otras penalidades", estableció lo siguiente:
 - "(i) La objetividad implica que la Entidad establezca <u>de manera clara y precisa</u> los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, <u>y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;</u>
 - (ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento;



(iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria." (Subrayado agregado)

- 86. Tal como se puede observar, el elemento de objetividad de las "otras penalidades" implica, entre otros, que la Entidad establezca de manera clara y precisa el hecho que será penalizado y la forma o procedimiento mediante la cual se verificará su ocurrencia.
- 87. En esa misma línea, la Dirección Técnico Normativo del OSCE, a través de la Opinión Nº 052-2022/DTN, ante la pregunta "Si una Entidad pública, establece en los documentos del proceso de selección, un procedimiento denominado: Procedimiento para la aplicación de penalidades, el cual está destinado única y exclusivamente a establecer la forma o modo en que se realizará el cobro de las otras penalidades al contratista, mas no está orientado a verificar los incumplimientos materia de penalización. Al respecto, se consulta: ¿Si estos tipos de procedimientos (en atención a los principios de legalidad y el sub principio de predictibilidad), cumplen con el supuesto establecido en el numeral 163.1 del Decreto Supremo 344-2018-EF, o este tipo de procedimientos, simplemente es uno distinto a aquel establecido en la norma citada.?"; señaló lo siguiente:

"2.3.1 (...)

Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que para la correcta aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora ("otras penalidades") la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

En ese sentido, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para <u>verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de "otras penalidades"</u>, dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.

Asimismo, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente un procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de "otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes." (Resaltado agregado)

PÁGINA 31 DE 49



- 88. Es base a esta opinión, se tiene que, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto penalizable, dicha penalidad no podrá ser aplicada. Es en base a estos parámetros que la Entidad debe proceder para la aplicación de "otras penalidades", caso contrario, podría incurrir en arbitrariedades que invalidarían su aplicación.
- 89. Ahora bien, según la redacción de las penalidades previstas en los numerales 2 y 7 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato, se observa que la Entidad estableció cómo supuestos de aplicación de penalidad "En caso el CONTRATISTA incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado y debidamente sustituido" y "Por la ausencia del Jefe de Supervisión autorizado por la Entidad durante la ejecución de la obra y equipamiento"; y como procedimiento común para la verificación de ambos supuestos: "Según informe del coordinador de obra de la Entidad".

M _o	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CALCULO	PROCEDIMIENTO	
2	En caso EL CONTRATISTA incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado y debidamente sustituido	UIT vigente) por cada	Según informe del coordinador de obra de la Entidad	
7	Por ausencia del Jefe de Supervisión autorizado por la ENTIDAD durante la ejecución de obra y equipamiento			

- 90. En este caso, el Demandante sostuvo que el procedimiento para la verificación del supuesto penalizable debía contemplar un registro efectuado cada día por el propio coordinador de la obra de la Entidad, en el que se deje constancia de la ausencia del personal del Supervisor, lo cual debía ser comunicado en el día a INEN para que, previo traslado, se pueda justificar cualquier inasistencia dentro de un plazo racional; mientras que la Entidad alegó que la verificación del supuesto a penalizar recae en el Coordinador de Obra y se materializa mediante un informe suscrito por éste.
- 91. Visto ello, este árbitro único aprecia que no se ha establecido correctamente el procedimiento para la verificación del supuesto penalizable, pues de ninguna forma se puede considerar que un procedimiento para verificar la ausencia de un determinado personal pueda consistir en un "(...) informe del coordinador de obra de la Entidad". Ahonda en este hecho que el propio coordinador de obra de la Entidad ha considerado como medio de verificación de dichas ausencias un registro de asistencias proporcionado por el servicio de vigilancia de INEN, lo cual denota que ello debió, por lo menos, formar parte del procedimiento establecido expresamente en el Contrato y en sus bases para la verificación de los supuestos de aplicación de penalidad vinculados con la ausencia del personal del Supervisor.



- 92. Además, no queda claro si el aludido informe del coordinador de obra de la Entidad se debía realizar diariamente o al final de cada mes, ni tampoco si éste debía ser comunicado al Supervisor para que presente sus descargos correspondientes, considerando que, a diferencia de la penalidad por mora, las "otras penalidades" no son de aplicación automática, sino que al ser necesaria su verificación supone la necesidad de que intervenga la parte afectada al menos teniendo la posibilidad de efectuar sus descargos (lo que supone una comunicación previa de las mismas, considerando que la aplicación de las "otras penalidades" constituye una situación gravosa para el contratista, derivada de las denominadas clausulas exorbitantes que se le reconoce como facultad al Estado en los contratos administrativos o de la administración (como el contrato objeto de controversia), y por ello, debe reconocerse y garantizarse el derecho de defensa del afectado (en este caso el contratista) frente a esta potestad de la Entidad.
- 93. Vinculado a este aspecto, es de tener en cuenta que, durante la audiencia única (min 49:00 de la videograbación), el coordinador de obra, Ing. Enrique Alarco Pimentel señaló, ante las preguntas del árbitro, lo siguiente:

"Árbitro Único: De acuerdo a su contraparte, han señalado claramente y está verificado en el contrato que, para corroborar sus penalidades el procedimiento señala que tiene que haber un informe del coordinador de obra ¿existen los informes del coordinador de obra?

Ing. Enrique Alarco: Existen informes en los cuales hacemos mención, en este caso la OIMS se comunica con la oficina de logística y la oficina de logística le remite las cartas al supervisor indicándole las penalidades. Incluso se le hacen avisos previos sobre la inasistencia del personal.

Árbitro Único: ¿Existen esos documentos? ¿han sido adjuntados al expediente? Para entender la teoría del caso, usted está diciendo que, en efecto, se le ha notificado al contratista, se le ha comunicado estos informes del coordinador de obra, que es lo que dice el contrato, siguiendo el procedimiento y que se le ha comunicado al contratista de manera previa para que pueda subsanar ¿es claro eso?

Ing. Enrique Alarco: Sí claro

(...)

Árbitro Único: Claro lo que pasa es que ustedes están atribuyendo penalidades, y me dicen que han comunicado con cartas estas penalidades, entonces debe haber el sustento correspondiente. Eso forma parte entiendo de lo que ustedes han acreditado en su contestación de demanda para poder verificarla ¿correcto?

PÁGINA 33 DE 49



Dra. Yohana Morales: Sí, incluso parte del sustento como se le comentó, **de las actas y <u>comunicaciones</u>**, se han remitido en estos últimos dos paquetes que son las actas, el certificado médico al que hizo referencia el abogado **y va acompañado de los informes del Ing. Alarco <u>las comunicaciones</u>.**

Árbitro Único: Ok, tendrá que verificarse eso en el expediente ¿algo más que tengan que añadir?"

De acuerdo con los textos resaltados, el propio coordinador de obra de la Entidad consideraba que parte del procedimiento de verificación de las "otras penalidades" consistía en hacer avisos previos al Supervisor sobre la inasistencia del personal a fin de que este pueda subsanarlos o pronunciarse al respecto. Inclusive la abogada representante de la procuraduría pública del INEN, señaló que estas comunicaciones se encontraban acompañadas de los informes del Ing. Alarco presentadas el 15 de noviembre de 2022 por la Entidad. Sin embargo, de la revisión de dicha documentación y de toda la documentación probatoria que obra en este expediente, no se advierte la existencia de tales comunicaciones, previas a la resolución contractual, de aviso al Supervisor de las ausencias de su personal; por el contrario, se puede advertir que recién con la Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INE (mediante la cual se notificó formalmente la decisión de INEN de resolver el Contrato), la Entidad informó válidamente al Supervisor de las ausencias de personal y penalidades indicadas por el coordinador de obra en el Informe Nº 003-2021-EAP-OIMS/INEN. Cabe agregar que ni siguiera en los antecedentes de este informe se hizo referencia a alguna comunicación de aviso previo efectuada al Supervisor:





94. Todo ello refleja que el procedimiento consistente en un "(...) informe del coordinador de obra de la Entidad" no resulta de ninguna forma válido por ser contrario al elemento de objetividad señalado en el artículo 163 del RLCE, pues no permite advertir con claridad y fuera de toda duda a través de que mecanismos se verificarán los supuestos de aplicación de penalidad vinculados con la ausencia del personal del Supervisor. Más aun cunado de acuerdo al dicho de los representantes de la propia Entidad, supuestamente debían existir comunicaciones previas (a la fijación de la penalidad), las cuales no se han acreditado. De este modo, no se advierte un procedimiento objetivo de verificación de los hechos que den lugar a las "otras penalidades" impuestas por la entidad, ni tampoco que se haya garantizado el derecho de defensa del Supervisor frente a la imposición de una sanción pecuniaria.



- 95. Sin perjuicio de lo anterior, y aun si se concluyera que el procedimiento para verificar el supuesto penalizable fuera objetivo, lo cierto es que el mismo, por lo menos, se presta a distintas interpretaciones, tal como lo han denotado las partes en sus posiciones. Pues bien, para determinar la interpretación correcta es necesario recurrir a las técnicas de interpretación, entre las cuales se encuentra la regla de la "interpretatio contra stipulatorem", en virtud de la cual la interpretación de las cláusulas ambiguas de un contrato no deben favorecer a la parte que la ha ocasionado(redactado).
- 96. Cabe recordar que la regla de la "interpretatio contra stipulatorem" ha sido prevista, a su vez, por el artículo 1401 del Código Civil Peruano, en donde se establece que "las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra".
- 97. A mayor abundamiento, esta regla indica que quien redacta un contrato tiene una ventaja frente a quien lo suscribe en ausencia de negociación. Por esta razón se considera que el estipulante debe ser claro en la redacción del contrato y, consecuentemente, cualquier duda o ambigüedad se interpreta en su contra.
- 98. En el presente caso, se tiene que la redacción de las penalidades previstas en los numerales 2 y 7 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato es una que ha sido hecha por la Entidad, por lo que, dada esta dualidad o ambigüedad en la interpretación de del procedimiento de verificación del supuesto de aplicación de penalidad, el árbitro interpreta a este procedimiento como uno consiste en que los informes del coordinador de obra de la Entidad sean comunicados al Supervisor a fin de que se pronuncie sobre ellos oportunamente (garantizando de esta manera su derecho de defensa frente a una sanción a imponer por la entidad), lo cual ha sido finalmente la interpretación que, tanto el Demandante como la Demandada (en la audiencia de informes orales), han efectuado sobre dicho procedimiento.
- 99. Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia que la Entidad no ha acreditado en este proceso que tales comunicaciones se hayan efectuado, es decir, que se le haya comunicado al demandando los supuestos hechos que darían lugar a la imposición de penalidades para que este puede pronunciarse sobre ellos, sino que estos han sido comunicados recién conjuntamente con la resolución del contrato, por lo que no ha existido un procedimiento de verificación de los hechos atribuidos, por lo que este árbitro único concluye que no corresponde aplicar la penalidad impuesta.
- 100. En razón de lo anterior, este árbitro único determina que, al no ser válidas las "otras penalidades" impuestas al supervisor, la resolución contractual notificada por la Entidad con Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INE, al sustentarse sobre dichas penalidades resulta nula al existir un claro vicio en la voluntad de la entidad al sustentar su resolución sobre un supuesto inválido. Por consiguiente, corresponde declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda, dejándose constancia que la







resolución contractual fue notificada con Carta Notarial N° 013-2021-OGA/INE y no con Carta Notarial N° 008-2021-OGA/INEN, como lo ha precisado la propia entidad.

- 101. En lo concierne a los puntos controvertidos cuarto y quinto, derivados de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal (lo cual ha sido indicado expresamente así en la demanda), se tiene que, por efecto de declarar la nulidad de la resolución del contrato, corresponde declarar que el Contrato se mantiene vigente, en aquello que pudiera ejecutarse o para las obligaciones pendientes de las partes.
- 102. Ahora bien, este árbitro no puede dejar de advertir que ambas partes han reconocido que resulta materialmente imposible la continuación de las actividades propias contrato, dado que la obra objeto del servicio de supervisión ya ha concluido, siendo materialmente imposible la continuidad del mismo, estando pendiente únicamente, para su cierre definitivo, la determinación de si existen montos a pagar o resarcir entre las partes, los cuales forman parte de las siguientes pretensiones. De esta manera, la vigencia del contrato estará supeditada únicamente para el cierre del mismo, considerando que al haberse determinado que no son aplicables las "otras penalidades" se debe determinar el monto a pagar al Supervisor.
- 103. Asimismo, previamente a analizar la procedencia de la indemnización también pretendida por el Demandante en esta misma pretensión accesoria, corresponder determinar si la conclusión del Contrato resulta imputable a alguna de las partes, y si ello ameritaría una indemnización, para lo cual corresponde analizar lo previsto en la normativa de contrataciones con el estado:

"Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

- 36.2 <u>Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados</u>. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11." (Resaltado y subrayado agregado)
- 104. Al respecto debemos señalar que, al haberse declarado la nulidad de la resolución del contrato, y, como consecuencia, recobrado vigencia el mismo, se ha señalado también que resulta materialmente imposible continuar con su ejecución, por lo que solo resta verificar la existencia de pagos u obligaciones pendientes.
- 105. En otras palabras, la declaración de nulidad de la resolución del contrato efectuada por la entidad, no nos coloca frente a una resolución del contrato por parte del

PÁGINA **37** DE **49**



contratista, de manera que resulta inaplicable la norma señalada. De esta manera. Cualquier pedido indemnizatorio por alguna de las partes, debe sujetarse a los requisitos establecidos en el Código Civil (aplicable supletoriamente) para este tipo de pretensiones, como son los elementos de la responsabilidad (antijuridicidad, daño, nexo causal y factor de atribución), elementos recogidos también en diversas Opiniones del OSCE, que señalan la necesidad de su acreditación para la determinación de una eventual indemnización.

- 106. De esta manera, correspondía al demandante acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil para determinar si existía algún tipo de daño cuantificado que ameritara ser indemnizado, lo cual no consta en la demanda ni en los escritos posteriores, limitándose a señalar que se le debe indemnizar con las utilidades de dejadas de percibir y los gastos generales, sin fundamentar ni acreditar el derecho alegado.
- 107. Por tanto, corresponde declarar INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal en lo referido al pedido indemnizatorio.
- IX.2. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de enero de 2021.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de febrero de 2021.

POSICIÓN DEL SUPERVISOR

- 108. Sobre el segundo punto controvertido, el Demandante señala que, de acuerdo con lo indicado en el asiento Nº 02 del cuaderno de obra, en el mes de enero de 2021 realizó trabajos de supervisión a partir del día 12. Sostiene que la prestación de sus servicios de supervisión comenzó con el personal ofertado (jefe de Supervisión, Especialista en estructuras, especialista en seguridad y salud en el trabajo y Especialista en costos, metrados y valorizaciones), los cuales concurrieron a la obra durante el mes de enero, pero por causas de fuerza mayor algunos tuvieron que ausentarse. Alega que, conforme lo ha indicado en los argumentos de su primera pretensión, estas situaciones fueron comunicadas oportunamente a la Entidad para que tome las provisiones del caso.
- 109. En ese contexto, el Supervisor considera que, al haber prestado sus servicios de supervisión del 12 al 31 de enero de 2021, siendo la tarifa diaria ascendente a S/





- 1,750.00 soles y computándose 20 días de trabajo, le correspondería el pago de los servicios prestados por un monto un total de S/ 35,000.00 soles.
- 110. En cuanto al tercer punto controvertido, el Demandante alega que realizó trabajos de supervisión durante el mes de febrero de 2021 hasta el día 15, fecha en la que se le comunicó la Carta Nº 08-2021-0GA/INEN, lo que dejó anotado en el asiento Nº 50 del cuaderno de obra.
- 111. El señala también que, como prueba de que presto servicios durante el mes de febrero, obra la carta Nº 011-21-JGGC-SUP.REFORZAMIENTO DEL MODULO 4 Y 5, con la cual la supervisión aprobó la valorización Nº 01 del ejecutor de la obra.
- 112. En tal sentido, sostiene que, al haber prestado sus servicios de supervisión durante febrero de 2021 por un total de 15 días, a una tarifa diaria de S/.1,750.00 soles, corresponde que se le pague el monto total de S/ 26,250.00.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 113. Sobre el segundo punto controvertido, la Entidad indica que el Ing. Enrique Alarco Pimentel, Coordinador de Obra, emitió el <u>Informe Nº 007-2021-EAP-OIMS/INEN</u> del 19 de febrero de 2021, con el Asunto: Evaluación del Informe mensual y cálculo de la liquidación de la consultoría de Supervisión, correspondiente a la ejecución contractual de la Supervisión, que fue remitido a la Oficina de logística con el Memorando N° 0280-2021-OIMS-OGA/INEN del 22 de febrero de 2021.
- 114. Asimismo, señala que en dicho informe se calcula el monto de la valorización del 12 de enero al 15 de febrero de 2021 utilizando la estructura de costos de la tarifa diaria de la supervisión, obteniendo como monto de la valorización reajustada la suma de S/24,870.96 (Veinticuatro mil ochocientos setenta y 96/100 soles). Además, la Entidad sostiene que en dicho informe también se indicó que la penalidad a aplicar a la Supervisión es de S/24,298.56 (Veinticuatro mil doscientos noventa y ocho y 56/100 soles), equivalente al 10% del monto vigente del contrato.
- 115. Respecto al tercer punto controvertido, la Entidad reitera que en el Informe № 007-2021-EAP-OIMS/INEN del 19 de febrero de 2021, se calculó el pago de la Supervisión desde el 12 de enero hasta el 15 de febrero de 2021, concluyendo que ya no corresponde ningún otro pago.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

116. En la segunda pretensión principal de la demanda, el Supervisor solicita que, al haber prestado sus servicios de supervisión del 12 al 31 de enero de 2021 (20 días de trabajo), bajo una tarifa diaria de S/ 1,750.00, se le ordene a la Entidad pagar a su favor el monto total de S/ 35,000.00.

PÁGINA 39 DE 49



- 117. Adicionalmente, a través de la tercera pretensión principal de la demanda, el Demandante alega que realizó trabajos de supervisión durante el mes de febrero de 2021 hasta el día 15, señalando que prueba de ello es la carta Nº 011-21-JGGC-SUP.REFORZAMIENTO DEL MODULO 4 Y 5, con la cual aprobó la valorización Nº 01 del ejecutor de la obra. En tal sentido, al haber prestado sus servicios de supervisión durante febrero de 2021 por un total de 15 días, a una tarifa diaria de S/ 1,750.00, solicita que se le pague el monto total de S/ 26,250.00.
- 118. Al respecto, estando vinculadas ambas pretensiones al pago de los servicios prestados por el Supervisor, el árbitro único estima pertinente verificar lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato vinculada a este asunto:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO.

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en SOLES, y se pagará de la siguiente forma:

Por la prestación del servicio de Supervisión de Obra:

Se pagará de acuerdo a la tarifa ofertada por EL CONTRATISTA, en valorizaciones mensuales contabilizadas hasta el último día del mes de valorización. El cálculo del monto a valorizar deberá sonsiderar la ejecución real de la prestación de acuerdo con la estructura de costos de su oferta, con splicación de la siguiente fórmula:

$$Vo = \frac{T_1 \times P}{30}$$

Donde:

Vo : Monto de valorización bruta de supervisión correspondiente al periodo a

valorizar.

Ta : Tarifa mensual por concepto de supervisión de ejecución de la obra.

P : Periodo a valorizar expresado en días calendario.

Por la prestación de los servicios de recepción de obra, informe final de supervisión y proyecto de liquidación del contrato de obra y equipamiento:

Se pagará en una sola armada, a suma alzada, previa conformidad del Informe Final de Supervisión y consentimiento de la Liquidación Final del Contrato de Supervisión de Obra.

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD debe contar con la siguiente documentación:

 Informe Técnico Sustentatorio de la conformidad de la prestación ejecutada y Acta de Conformidad respectiva, emitida por la Oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios, previo Informe del coordinador designado por dicha oficina.

Solicitud de pago correspondiente.



Cálculo del monto a pagar en función de la tarifa aplicada a cada valorización, de acuerdo al periodo de ejectición efectiva del servicio de supervisión, o el monto fijo a suma alzada aplicable, según corresponda, con los respectivos cálculos de reajuste, amortizaciones y retenciones, según corresponda.

Comprobante de pago.

Luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, se actuará según lo dispuesto en el Artículo 171º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerio en un plazo que no excederá de los quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los diez (10) días calendario siguiente de otorgada la conformidad del servicio, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para 많ilo, bajo responsabilidad del funcionario competente.

En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 171° de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Respecto del reajuste de los pagos, contemplado en el numeral 38.5 del artículo 38º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentra precisado en las Bases Integradas del procedimiento de selección, con la fórmula a aplicar, de ser el caso.

- 119. Según se puede observar, en el Contrato se estableció que el servicio de supervisión se efectuará de acuerdo con la tarifa ofertada por el Supervisor en valorizaciones mensuales, contabilizadas hasta el último día del mes de la valorización, y que el cálculo del monto a valorizar deberá considerar la ejecución real de la prestación de acuerdo con la estructura de costos de la oferta. Asimismo, se dispuso que, para el pago de las contraprestaciones del Supervisor, la Entidad debía contar con la siguiente documentación:
 - Informe Técnico de la conformidad de la prestación ejecutada y Acta de Conformidad respectiva, emitida por la Oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios, previo informe del coordinador designado por dicha oficina.
 - Solicitud de pago correspondiente.
 - Cálculo del monto a pagar en función de la tarifa aplicada a cada valorización, de acuerdo al periodo de ejecución efectiva del servicio de supervisión, o el monto fijo a suma alzada aplicable, según corresponda, con los respectivos cálculos de reajuste, amortizaciones y retenciones, según corresponda.
 - Comprobante de pago.
- 120. Seguidamente, se indicó que, luego de presentada esta documentación, la Entidad debía actuar según lo regulado en el artículo 171 del RLCE que señala lo siguiente:

"Artículo 171. Del pago

171.1. <u>La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes de otorgada la **conformidad** de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las</u>

PÁGINA 41 DE 49



condiciones establecidas en el contrato para ello, bajo responsabilidad del funcionario competente.

- 171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.(...)" (Resaltado y subrayado agregado)
- 121. Además, respecto de la conformidad, en el Contrato se prevé que la misma es otorgada en un plazo que no excederá de los quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario. Idéntica regulación se encuentra prevista en el artículo 168 del RLCE:

"Artículo 168. Recepción y conformidad

- 168.1. La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.
- 168.2. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.
- 168.3. La conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad.
- 168.4. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades." (Subrayado agregado)
- 122. Como se puede observar, tanto el Contrato como la normativa de contratación pública vigente al momento de su convocatoria, dispone que la Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro del plazo de quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de su prestación, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.
- 123. Al respecto, en la Opinión Nº 008-2022/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, se señala lo siguiente:
 - "(...) <u>el procedimiento para brindar la conformidad que regula el artículo</u> 168 del Reglamento implica la previa verificación por parte del funcionario



responsable del área usuaria de la contratación de "la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales", esto porque toda contratación realizada por los órganos u organizaciones del aparato estatal está orientada al cumplimiento de fines públicos; de esta forma —en concordancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley— toda contratación pública debe ser realizada maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten, ser efectuadas de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, y tener una repercusión positiva en la calidad de vida de los ciudadanos.

(...)

Como se advierte, para dar la conformidad de las prestaciones ejecutadas por el contratista, en el marco de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, se requiere que la Entidad realice la verificación del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales pactadas. Dicha conformidad constará en el informe elaborado por el funcionario responsable del área usuaria de la contratación (...)" (Subrayado agregado)

- 124. Ahora bien, teniendo en cuenta el alcance normativo descrito, en el presente caso el árbitro único advierte que, para poder ordenar el pago reclamado por el Demandante, este debió cumplir con presentar en este arbitraje toda la documentación señalada en el Contrato para tales efectos, lógicamente exceptuando la documentación que no le competa a su parte. Como se ha indicado, uno de estos documentos tiene por objeto establecer al cálculo del monto a pagar en función de la tarifa aplicada a cada valorización, de acuerdo al periodo de ejecución efectiva del servicio de supervisión; es decir, solo se debe pagar a la supervisión por los días en los efectivamente ha prestado sus servicios y de acuerdo a la estructura de costos de su tarifa ofertada.
- 125. Por tanto, si el Demandante consideraba que tenía derecho al pago de la totalidad de los 20 y 15 días trabajados en el mes de enero y febrero de 2021, respectivamente, debió acreditar tal hecho ante este árbitro, toda vez que la Entidad ha realizado un menor cálculo de estos montos tomando en cuenta también las ausencias del personal del Supervisor. Aunado a ello, es de tener en cuenta que el propio Demandante no ha desconocido la ausencia de su personal en la obra, sino que ha tratado de justificarlo alegando que algunos miembros de su personal tuvieron que ausentarse de la obra por razones de fuerza mayor.
- 126. No escapa al criterio de este árbitro que el Demandante ha señalado que la carta № 011-21-JGGC-SUP.REFORZAMIENTO DEL MODULO 4 Y 5, con la cual aprobó la valorización № 01 del ejecutor de la obra, sería la prueba de que prestó sus servicios durante el mes de febrero; sin embargo, ello no demuestra que ha brindado servicios por la totalidad de los días indicados por éste.
- 127. Asimismo, este árbitro considera oportuno precisar que, el hecho que al absolver la primera pretensión se haya determinado que no corresponde aplicar las "otras penalidades", ello se ha efectuado en atención a que la entidad no ha cumplido con

PÁGINA 43 DE 49



las formalidades y procedimiento de verificación del hecho a penalizar previsto en la normativa afectando el derecho de defensa del demandante. Sin embargo, ello no significa de modo alguno, que no existan evidencias claras de los incumplimientos por parte del supervisor respecto de las obligaciones a su cargo, entre ellas la de ejecutar la prestación con el personal ofertado, siendo esto de su entera responsabilidad.

128. Siendo ello así, para determinar si corresponde atender lo pedido por demandante, resulta necesario indicar cuáles son los criterios o exigencias probatorios que deben ser satisfechos para que determinados hechos sean considerados acreditados o probados. Para ello, supliendo la ausencia de regulación probatoria específica en el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje), se estima correcto remitirse a la regulación probatoria contenida en el Código Procesal Civil. En el artículo 188° de dicho cuerpo normativo, se ha dispuesto lo siguiente:

"Finalidad.-

Artículo 188.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones."

129. Debe considerarse que las finalidades probatorias no se logran exclusivamente en base a medios probatorios, ya que los hechos pueden tenerse como acreditados, también, recurriendo a los sucedáneos de los medios probatorios, como lo son los indicios, las presunciones o las ficciones, lo cual se encuentra establecido en los siguientes artículos del Código Procesal Civil:

"Idoneidad de los medios de prueba. -

Artículo 191.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, (...) son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188. Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos."

"Finalidad de los sucedáneos. -

Artículo 275.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos."

- 130. Es oportuno apuntar, entonces, que tanto los medios probatorios como los sucedáneos de los medios probatorios son conducentes a la acreditación de los hechos expuestos por las partes. Con todas estas herramientas probatorias, este árbitro podría generarse la convicción de si le corresponde a la Entidad pagar o no, a favor del Supervisor los montos calculados por este último.
- 131. Cabe señalar que los medios probatorios, así como los sucedáneos o indicios, deben ser sometidos a un proceso crítico de valoración a fin de que se genere la convicción sobre la probabilidad de los hechos alegados por las partes. La forma de valoración de los medios probatorios se encuentra regulada en el artículo 197 del Código



Procesal Civil y en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en los que se ha dispuesto textualmente lo siguiente:

"Valoración de la prueba.-

Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión."

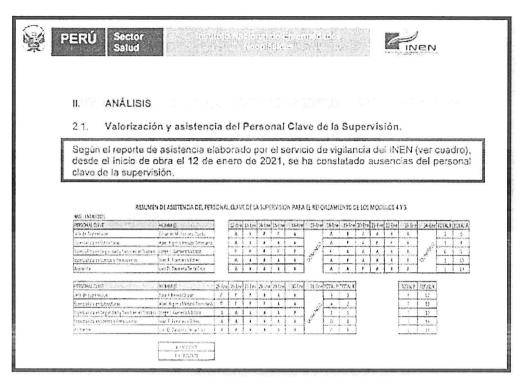
"Artículo 43.- Pruebas.

- 1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. (...)."
- 132. Por ende, la forma de valorar los medios probatorios no constituye una actividad rígida que se basa exclusivamente en corroborar lo que se desprende literalmente o de la manera más evidente de un instrumento probatorio. Así, este árbitro considera que el registro de asistencia es un indicio que, aunado a las anotaciones del cuaderno de obra, pueden probar y generar convicción de las inasistencias determinadas por el coordinador de obra en su informe.
- 133. Teniendo en cuenta lo señalado, se observa que en el numeral 2.1. del Informe Nº 003-2021-AEP-OIMS/INEN, el coordinador de obra señaló que: "según el reporte de asistencia elaborado por el servicio de vigilancia del INEN (ver cuadro), desde el inicio de la obra el 12 de enero de 2021, se ha constatado ausencias del personal clave de la supervisión.":

PÁGINA 45 DE 49



9



134. Adicionalmente, en el segundo párrafo del numeral 2.3. del Informe N° 003-2021-AEP-OIMS/INEN, el coordinador de obra señaló lo siguiente:

2.3. Cuaderno de Obra

Al 01 de febrero de 2021, se han registrado 30 asientos en el cuaderno de obra digital, de los cuales 8 corresponden a la supervisión y 22 anotaciones a la residencia de obra, se adjunta cuadro resumen y los asientos a este documento.

La mayoría de anotaciones están referidas a la ausencia del Jefe de Supervisión y, por consiguiente, impedimentos para avanzar con la obra, también hay numerosas consultas técnicas que la Supervisión no ha resuelto y tampoco lo ha comunicado a la Entidad para derivario al consultor de ser el caso.

- 135. Como se puede apreciar, el coordinador de obra de la Entidad usó como medio de prueba para acreditar la ausencia del Jefe de Supervisión, el "reporte de asistencia elaborado por el servicio de vigilancia del INEN", así como varios asientos del cuaderno de obra, los cuales evidencian la ausencia del jefe de supervisión y de algunos de los especialistas (personal clave) lo cual habría afectado la ejecución de la obra, dado que el ejecutor de la misma planteo ampliaciones de plazo sobre la base de las ausencias del supervisor y la demora de este en atender las consultas del ejecutor de obra y aprobar las valorizaciones presentadas.
- 136. En ese sentido, según los reportes de asistencia y anotaciones en el cuaderno de obra anexos al Informe N° 003-2021-AEP-OIMS/INEN (documentación incorporada a este



proceso por la Entidad a través de su escrito presentado el 15 de noviembre de 2022, sin oposición ni cuestionamiento alguno por parte del Demandante), existen varias fechas en las que, tanto los reportes de asistencia como las anotaciones efectuadas en el cuaderno de obra por el residente, coinciden en que no asistió la Supervisión o los especialistas, o no se encontraban en la obra de manera permanente.

- 137. Adicionalmente, se tiene presente que el propio Supervisor indicó en este arbitraje que el 20 de enero de 2021, mediante Carta Nº 07-2021-JGC, solicitó la sustitución del jefe de supervisión, Ing. Eduardo Martín Tadeo Pariona Gueto, por el Ing. Jose Fernando Reyes Olivari, debido a su vulnerabilidad ante la COVID-19 por ser una persona mayor, siendo esta solicitud aprobada con el memorándum Nº 0106-2021-0IMS-OGA/INEN del 22 de enero de 2021 y comunicada al Supervisor con la Carta Nº 93-2021-0L-OGA/INEN del 25 de enero de 2021. Por ende, es innegable que el Jefe de Supervisión tuvo varios días de ausencia en la obra.
- 138. Consecuentemente, no existiendo medios probatorios que acrediten que el Demandante prestó efectivamente sus servicios de supervisión de acuerdo con su estructura de costos ofertada y por la cantidad de días indicados en su demanda (20 días por el mes de enero y 15 por el mes de febrero de 2021), y, por el contrario, existiendo documentación probatoria que evidencia que se han producido ausencias del personal del Supervisor en la Obra que ameritaban un posible reajuste en las valorizaciones mensuales de la supervisión, y no existiendo información probatoria adecuada que permita determinar los montos que efectivamente deberían reconocerse a la supervisión, ni tampoco se ha presentado información respecto a si se ha efectuado algún pago al Supervisor, siendo esta actividad probatoria atribuible a quien lo exige, este árbitro no puede reconocer el pago de los montos reclamados, quedando habilitado a efectuarlo en las instancias correspondientes.

X. SOBRE LOS COSTOS

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a INEN que pague las costas y costos derivados de la presente demanda arbitral.

- 139. Vistos los medios probatorios que obran en el expediente arbitral y las posiciones de las partes, el árbitro único no advierte algún pacto acerca de la distribución de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje.
- 140. Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, establece que los "costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".
- 141. De igual manera el artículo 70 del Decreto Legislativo Nº 1071, precisa lo siguiente:

PÁGINA 47 DE 49



E

"Artículo 70.- Costos.

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

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."
- 142. En atención a las normas citadas, se advierte que se ha declarado FUNDADA la primera pretensión principal del demandante y FUNDADA en parte la pretensión accesoria a ésta; por lo tanto, teniendo en cuenta también los hechos por los cuales se suscitó la presente controversia, el Árbitro Único considera que la Entidad debe asumir el 50% de los gastos por honorarios arbitrales y de los gastos Administrativos del Centro, debiendo cada parte asumir los costos incurridos en su defensa.
- 143. Ahora bien, el Árbitro Único verifica que la liquidación de los gastos arbitrales es la siguiente:

Concepto	Monto Neto	Monto Total (incluidos impuestos)
Honorarios del Árbitro Único	S/ 2,125.97	S/ 2,508.64 incluido IGV
Gastos Administrativos del Centro	S/ 2,194.97	S/ 2,590.06 incluido IGV

144. Al respecto, la Secretaría Arbitral informa que el Supervisor cumplió con acreditar el pago de la totalidad de la tasa del Centro y del pago de los honorarios del árbitro único, ascendentes a la suma de S/ 5,098.70 (incluidos impuestos). En este sentido, corresponde que INEN devuelva a JUAN GERMAN GAMERO CABREJOS la cantidad de S/ 2,549.35 (Dos mil quinientos cuarenta y nueve con 35/100 Soles).

XI. MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS Y ARGUMENTOS EXPUESTOS

145. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado los argumentos de defensa expuestos en el presente arbitraje, así como los medios probatorios presentados en autos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el principio de la libre valoración de la prueba de conformidad al artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071- Decreto Legislativo que norma el arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia planteada en autos, al margen que alguna de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos no hayan sido expresamente citados en el presente laudo arbitral.



XII. DECISIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, la Árbitro Único LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal: "Se declare la nulidad de la Resolución del Contrato N°191-2020-INEN notificada mediante Carta Notarial N°008-2021-OGA/INEN, de fecha 18 de febrero de 2021."

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal: "Se ordene a *INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de enero de 2021.", por no haberse acreditado adecuadamente los montos a reconocer, pudiendo ejercer su derecho en la vía correspondiente.*

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Principal: "Se ordene a INEN reconozca y cancele el pago de los trabajos realizados por la supervisión durante el mes de febrero de 2021.", por no haberse acreditado adecuadamente los montos a reconocer, pudiendo ejercer su derecho en la vía correspondiente.

<u>CUARTO</u>: Declarar **FUNDADA** la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal en el extremo que señala: "Se mantenga la vigencia del contrato N°191-2020-INEN" e **INFUNDADA** en el extremo que señala: "en caso de ser materialmente imposible su continuación, se indemnice por las utilidades dejadas de percibir y gastos generales del contrato."

QUINTO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Accesoria respecto de: "Se ordene a INEN que pague las costas y costos derivados de la presente demanda arbitral.", y se establece que cada parte asuma el 50% de los costos correspondientes a los honorarios arbitrales y de la secretaria arbitral, por lo que se ordena al INEN reembolsar al Supervisor la suma de S/ 2,549.35 (Dos mil quinientos cuarenta y nueve con 35/100 Soles), correspondiendo que cada parte asuma los gastos en los que pueda haber incurrido para su defensa. Notifíquese a las partes. —

SANDRO PIERO HERNÁNDEZ DIEZ Árbitro Único

SECRETARIA ARBITRAL
JUANITA MARCEOES DIAZ VERGARA

PÁGINA 49 DE 49

