



LAUDO ARBITRAL

ANA CONSUELO CISNEROS IBANA

- UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Expediente N° S-90-2015/SNA-OSCE

Lugar y fecha de expedición:

El presente Laudo de Derecho se expide en la ciudad de Lima, a los 27 días del mes de enero del año dos mil diecisiete.

DEMANDANTE: ANA CONSUELO CISNEROS IBANA

(en adelante el Contratista)

DEMANDADO: UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

(en adelante la Entidad)

ARBITRO UNICO: RENATO MICK ESPINOLA LOZANO

SECRETARIA ARBITRAL:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Convenio Arbitral

Está contenido en el Contrato N° 026-2014 –UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para la contratación del servicio de consultoría de obra: supervisión de obra “Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria”, con fecha

15 de abril de 2014, en el cual las partes acordaron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del citado contrato, se resolverán mediante arbitraje, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado y bajo el sistema SNA - OSCE.

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El 10 de marzo de 2016 se reunió el Dr. Renato Mick Espinola Lozano, como Arbitro Único; con la asistencia de Ana Consuelo Cisneros Ibana y, de la otra parte la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 184-2008-EF. Asimismo se regirá por el TUO del Reglamento de Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución No. 016-2004-COSUCODE/PRE del 15 de enero del 2004 (modificado mediante Resolución No. 172-2012.OSCE/PRE del 02 de julio del 2012.

En lo no regulado por el citado reglamento el presente proceso se regirá por el del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.

IV.- DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR ANA CONSUELO CISNEROS IBANA

Mediante Escrito N° 1 de fecha 12 de mayo de 2015, la señora Ana Consuelo Cisneros Ibana, interpone demanda arbitral contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre controversias derivadas del Contrato N° 026-2014 -UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para la contratación del servicio de consultoría de obra: supervisión de obra "Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria".

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:

Declaración de nulidad y/o eficacia del oficio N° 603-OGIU-DGA-2015, de fecha 20 de abril de 2015, así como, de la decisión administrativa mediante la cual se dispone unilateralmente la resolución del contrato de supervisión N° 026-2014-UNMSM/ADP clásico 004-2014-UNMSM-1, de la obra: instalación de la escuela de postgrado en la Ciudad universitaria de la UNMSM, por presunto incumplimiento de funciones como supervisora.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:

Declaración de Nulidad y/o INEFICACIA de la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, así como, el acto administrativo que decide:

a).- La retención del pago de las valorizaciones: No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de S/. 22.224.96.

b).- La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato No. 026-2014UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1" a su representada ascendente a la suma de S/. 38,690.00.

c).- La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", fijados

en la suma de SI. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes:
A).- SI. 38,690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- SI. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 11 y C).- SI. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 12.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:

La declaración de la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "CONTRATO No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1", derivado del otorgamiento de la buena pro en la adjudicación Directa Pública N° 004-2014-UNMSM, para la contratación del servicio de consultoría de obra: Supervisión de Obra: "Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria", a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL:

Se disponga el pago inmediato de las valorizaciones No. 11 por la suma de SI. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de SI. 22,224.96, así como, los intereses legales generados como consecuencia del incumplimiento, por haberse cumplido con realizar la prestación.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL:

El pago de los servicios prestados a la demandada y de los daños y perjuicios del lapso comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior, los mismos que deberán ser determinados en ejecución de Laudo Arbitral.

SEXTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la UNMSM asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

V.- FUNDAMENTOS DEL PETITORIO:

A.-ANTECEDENTES:

1- Con fecha 26.MAR.2014, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la ADJUDICACION DIRECTA PUBLICA No. 004-2014-UNMSM para la contratación del servicio de consultoría de obra: SUPERVISION DE OBRA "INSTALACION DE LA ESCUELA DE POST GRADO EN LA CIUDAD UNIVERSITARIA" a CISNEROS IBANA ANA CONSUELO.

2.- Con fecha 15.ABR.2014 se suscribió el documento denominado: "**CONTRATO No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1**", celebrado entre la solicitante y la demandada, cuyo monto total es la suma de SI 386,900.00 Nuevos Soles; **teniendo por objeto la supervisión de Obra.** Cabe mencionar que, las cláusulas contenidas en dicho documento, rigen la actividad contractual y a tenor de lo dispuesto por la cláusula décimo sexta, lo que no se encuentra previsto es de aplicación supletoria la Ley de contrataciones del Estado y su reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativas especiales que resulten aplicables, se utilizaran las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás normas concordantes.

3.- Desde el inicio de la relación contractual, la demanda mostró una actitud hostilizatoria sin que exista motivo alguno para ello. Así mediante Carta Notarial No. 01/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014, la demandada me impuso el incumplimiento del contrato exponiendo que la recurrente no cumplía con su obligación de permanecer en la obra a tiempo completo como Jefe de Supervisión, requiriéndome el Cumplimiento de dicha obligación contractual.

Así mismo, con fecha 12.DIC.2014, mediante carta notarial No. 022/2014/OGIU. se imputa una presunta irresponsabilidad por mi parte ante la inasistencia a una reunión, actos que fueron rechazados en forma inmediata mediante comunicaciones notariales expresas, negando la existencia de, veracidad de dichas afirmaciones. Cabe indicar que con posterioridad a los documentos en referencia, no ha existido solicitud alguna de incumplimiento contractual, habiendo cumplido con prestar el servicio contratado y la demandada con pagar el servicio de acuerdo al cronograma previamente establecido.

4.- Mediante OFICIO No. 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015 suscrito por el Jefe de la OGIU (OFICJNA GENERAL DE INFRAESTRUCTURA UNIVERSITARIA) Ing. Félix Sánchez Benites, exponiendo haber incumplido las obligaciones contractuales derivadas del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1" y sustentando la misma con los antecedentes expuestos en las Cartas Nos. 01/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014 y No. 022/2014/OGIU de fecha 12.DIC.2014, decide RESOLVER EL CONTRATO No. 026-2014 UNMSM/ADP CLÁSICO 004-2014-UNMSM-1, exponiéndome así mismo, la existencia de penalidades que en forma posterior debía ser comunicada.

5. - Con fecha 29.ABR.2015, la demandada me remite la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU. en la cual decide Imputarme haber cometido daños a su representada como consecuencia del presunto Incumplimiento determinando los mismos en la suma de S/. 96.410.17 (NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS DIEZ NUEVOS SOLES CON DIECISIETE CENTIMOS DE NUEVO SOL), y que los cobrará con el monto de las liquidaciones insolutas Nos. 11 y 12, además del fondo de Garantía por FIEL CUMPLIMIENTO, otorgado por la recurrente a la suscripción del contrato y obligada a devolver, establecida en la suma de S/. 38,690.00.

6. - Mediante recurso de reconsideración de fecha 04.MAY.2015, la recurrente ha pretendido que los representantes de la demandada reconsideren su actitud indebida e ilegal, sin que a la fecha hayan cumplido con siquiera contestar la misma, lo que evidencia una actitud sostenible respecto al acto violatorio de mi derecho, debiendo el despacho como ente regulador determinar la existencia de razón en el derecho que reclamo.

VI.- PRONUNCIAMIENTO Y SUSTENTACION DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES DEMANDADAS:

B.1.- Primera pretensión demandada: Declaración de NULIDAD y/o INEFICACIA del Oficio No. 603-OGIU-DGA-2015, de fecha 20 de Abril de 2015, así como, la decisión, mediante el cual dispone unilateralmente la "Resolución del contrato de Supervisión No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM- 1", de la Obra: Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria de la UNMSM" por presunto incumplimiento.

Esta parte postula como primera pretensión la declaración de nulidad y/o ineficacia del Oficio No. 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015, que contiene la decisión de RESOLVER el contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", por presunto incumplimiento contractual.

A.- DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACTO CONTRACTUAL:

7.- El contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1, acredita que la recurrente entre otras, se obligó a:

- a) Se encargara bajo responsabilidad de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la Obra. En consecuencia, el supervisor será responsable de que la Obra se ejecute dentro de las características técnicas de calidad estipuladas en los documentales técnicos y dentro del plazo establecido en el Expediente Técnico actuando según lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- b) La ocurrencia de una contingencia, como una variación del proyecto, o un evento compensable, la modificación del proyecto a favor de la obra, con el fin de reforzar la seguridad y/o mejorar la funcionalidad de la misma deberá ser informado al Sub-Gerente de obras y/o al ingeniero proyectista, a fin que adopte las medidas correctivas que el caso amerite.
- c) Anotar en el cuaderno de obras el control diario las recomendaciones necesarias para el buen desempeño de la obra, así como, el control de los materiales, equipos y maquinarias del contratista, sin perjuicio de las demás circunstancias ocurridas en la ejecución del estudio.
- d) Los servicios de Supervisión que preste el supervisor serán a tiempo completo y a dedicación exclusiva. En consecuencia, deberá supervisar las obras, en forma personal y permanentemente durante los días de labor a efectos de llevar un eficiente y estricto control del avance de la obra, así como resolver las concurrencias que pudieran surgir.
- e) Formular oportunamente recomendaciones, a los procedimientos de trabajo, así como, proporcionar soluciones inmediatas en la ejecución del proyecto.
- f) Ejecución integral de supervisión y control de la obra, verificando constante y oportunamente que los trabajos se ejecuten estrictamente de acuerdo a las especificaciones técnicas y en general de toda la documentación que contenga el expediente técnico NO estando autorizado para realizar modificación alguna.

- g) Verificar la calidad de los materiales y equipos que intervengan en la obra, mediante protocolos de prueba.
- h) Ejecutar el control físico de la obra efectuando detallada y oportunamente la medición y valorización de la cantidad de obra ejecutada.
- i) Disponer la realización de controles de calidad que a su juicio permitan garantizar la buena calidad técnica de la obra.
- j) Vigilar y hacer que el contratista cumpla con las normas de calidad e higiene.
- k) Controlar que el contratista cumpla con la programación de avance establecido, informando oportunamente sobre las desviaciones que se pudieran presentar indicando las causales y las acciones correctivas a adoptar.
- l) Mantener la estadística general de la obra y preparar los informes mensuales, los cuales deberán indicar detalladamente los avances físicos, económicos y financieros.

*** De los actos de hostilización realizado por la demandada:**

8.- Durante la ejecución del contrato, la demandada la venido realizando actos de hostilización contractual, mediante la modalidad de requerimiento notarial por incumplimiento presunto, así lo acreditan las cartas notariales 01/2014/OGIU y N° 022/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014 y 12.DIC.2014.

Tales argumento, resultan ser inverosímiles, pues, de la carta de contestación de fecha 06.JUN.2014 y 19.DIC.2014, se ha acreditado que la imputación de incumplimiento contractual nunca existió. Una prueba que corrobora nuestra afirmación, es que, desde el envío de los mencionados documentos no existe otro requerimiento, teniéndose en consideración que el servicio fue prestado y cumplido a satisfacción.

*** De la imputación de "incumplimiento de funciones del supervisor", que**

han sustentado la decisión resolutoria del contrato:

9.- Conforme se aprecia del oficio No. 603.0GIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015, la demanda decide resolverme el contrato de supervisión No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", imputándome las siguientes causales:

9.1. - Nunca presento al equipo técnico, con el que gano la licitación a pesar de haberle notificado notarialmente (carta Notarial No. 022/2014/OGIU).

9.2. - Incumplió con las funciones de supervisor siguientes:

- a) .- No controlo el cumplimiento de los programas de avance de obras.
- b) .- Al no anotar en el cuaderno de obra las ocurrencias que se vienen presentando en la obra.
- c) .- Al no hacer cumplir al personal asignado a la obra, a dedicación exclusiva por el tiempo señalado en la propuesta técnica.
- d) .- Al no permanecer en obra a tiempo completo como Jefe de Supervisión; a pesar que se le notificó mediante el documento del anexo b) (Carta Notarial No. 022/2014/OGIU).
- e) .- Al no hacer cumplir al personal de la Supervisión no observó las normas de seguridad é higiene de la obra ya que no se presentaron.
- f) .- Al no contar con el laboratorio de campo y equipo topográfico necesario para realizar el control de la obra y los diseños de las modificaciones o cambios realizados al proyecto.
- g.- Al no presentar los informes mensuales de las actividades técnico-económicas - administrativo de la obra, en original y dos copias.

*** De la falsedad de las imputaciones de incumplimiento contractual..**

10. - Esta parte acredita que las comunicaciones notariales contenidas en las cartas Nos. 01/2014/OGIU y No. 022/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014 y

12.DIC.2014, han sido actos de hostilización contractual, derivado de la animadversión existente entre el Inspector de la obra designado por la Entidad Ing. Juan Agurto Herrera con la recurrente.

Con fecha 29.MAY2014. la Oficina General de Infraestructura Universitaria, me cursa carta notarial No. 01/2014/OGIU, en la cual alegan un incumplimiento de mi permanencia a tiempo completo como Jefe de Supervisión en la Obra. Detallando que mi personal y la recurrente incumplimos con la permanencia, así mismo, que con fecha 27.MAY2014 el Coordinador de la Obra mediante informe No. 469-JAH-OOI-OGIU-2014 manifiesta que continua mi inasistencia habiendo informado con 02 días de anticipación que se realizaría el vaceado de columnas y no me encontraba presente.

Mediante carta notarial No. 025-2014-A.C.C.I./CONSULTOR de fecha 06.JUN.2014, tramitada por la Notaría GONZALES LOLI. EL documento expresa que la recurrente en ningún momento ha incumplido con la permanencia a tiempo completo en la obra ACREDITANDO TAL HECHO DE FALSEDAD CON EL REGISTRO FOTOGRAFICO del día 27.MAY.2014, en la cual demuestra la permanencia de la recurrente en el acto de llenado de columnas, cuya imputación en contrario fue motivo de la carta en referencia. Así mismo, la carta expresa que el coordinador de la Obra el ingeniero Juan Agurto Herrera, ha extremado el tema de las faltas sobre las responsabilidades, funciones y obligaciones del supervisor, toda vez que no existe evidencia de que por alguna causal atribuible a la recurrente se haya producido atraso de obra.

11- Lo que el COORDINADOR DE OBRA, el Ingeniero Juan Agurto Herrera, realizo en el tiempo de mi supervisión es extralimitarse a sus funciones lanzando adjetivos inadecuados que no corresponden, realizando en ocasiones labores que corresponden exclusivamente a la Supervisión de obra, siendo su FUNCION la de COORDINAR LAS ACCIONES CONJUNTAS con el objeto de ATENDER LAS NECESIDADES DE LA OBRA EN LO QUE CORRESPONDA.

12- Mediante-oficio No. 2207-OGIU-DGA-2014, se comunica la realización de una reunión que se llevaría a cabo el día viernes 12 del mismo mes a horas

10.00 am, adjuntando un informe elaborado por el coordinador de obra el Ing. Juan AgurtoHerrera, en donde detalla Incumplimiento de obligaciones de la supervisión manifestando que:

* La recurrente no ha cumplido con la asistencia del personal señalado en mi propuesta

' Que solo ha asistido el Jefe de Supervisión Ing. Alberto Díaz, asistente de la Jefa de Supervisión

* Que la contratista ha presentado diversas consultas no absueltas por el especialista competente por parte de la supervisión por no estar presente en la obra, y que dichas consultas han sido trasladadas a la Entidad generando ampliaciones de plazo.

13- El día 12.DIC.2014, se comunicó a través de la carta notarial No. 022/20114/OGIU, que la reunión pactada para las 10.00 am del mismo día, no se llevó a cabo debido a la inasistencia del equipo profesional de supervisión, solicitando con carácter de muy urgente que en el plazo de 48 horas se apersone el equipo de trabajo a la Oficina General de Infraestructura Universitaria. Esta carta fue rebatida con la carta No. 124-2014-A.C.C.I./CONSULTOR, recepcionada el 19.DIC.2014 por la demandada.

Respecto a ambas comunicaciones, debemos dejar en claro, que la demandada posterior a la recepción de ambas cartas NO TOMO NINGUNA DECISION RESOLUTORIA, habiéndose continuado con la ejecución de la supervisión por parte de la recurrente.

* Cuaderno de obra contradice los fundamentos de incumplimiento expuesto por la demandada.-

14.-Es necesario mencionar que se actuó de acuerdo al literal g) y h) de la CLAUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO, respecto a las obligaciones de las concurrencias del Cuaderno de Obra, en el cual detalle diversas sugerencias y precisiones respecto a la labor y el desempeño del Contratista, tal y como se puede corroborar con:

- **Asiento N° 120 de la supervisión 15 de julio de 2014**

1. Se verifica el encofrado de columnas en 2º piso, (...)
2. Se comunica el contratista que tiene personal obrero con EPP, muy desgastado, el cual debe ser cambiado, polo, zapatos y chalecos, así también deben eliminar de la obra las escaleras hechizas y reemplazarlas por escaleras metálicas.

- **Asiento N° 140 de la supervisión 26 de julio de 2014**

1. Se comunica al contratista que debe tomar las medidas de seguridad de todo el personal que trabaja en altura, proveyendo de EPP adecuado.

- **Asiento N° 242 de la supervisión 30 de setiembre de 2014**

1. Se prosigue con la verificación de los trabajos de vaciado de falso piso en concreto simple en aula 103.
2. Se solicita al contratista que debe alcanzar a esta supervisión los certificados de control de calidad del concreto para la verificación.

- **Asiento N° 246 de la supervisión 02 de octubre de 2014**

1. Se verifican los trabajos de terrajeo en 2º nivel, con resultados conformes.
2. El contratista debe mejorar el acceso al 2º y 3º nivel con escalera tipo andamio, para seguridad del personal.

- **Asiento N° 256 de la supervisión 09 de octubre de 2014**

De acuerdo a lo consultado por la contratista en el asiento N° 255.

1. El empalme de agua potable se hará a la tubería existente que pasa por la fachada del pabellón de sistemas (muro).

- **Asiento N° 352 de la supervisión 09 de enero de 2015**

1. Se verifica trabajos de instalación de piso porcelanato en 2º y 3º nivel, también se aprecia poco cantidad de trabajadores, por lo que el contratista deberá afrontar los partidos de puestas, ventanas, rejas, jardines para no atrasar la obra.

• **Asiento N° 382 de la supervisión 12 de febrero de 2015**

1. Se verifica trabajos de colocación de marcos de puertas en diferentes ambientes.
2. Se verifica el cableado de alumbrado.
3. El contratista deberá aumentar el número de trabajadores con la finalidad de no atrasar la obra.

• **Asiento N° 438 de la supervisión 20 de abril de 2015**

1. Esta supervisión deja constancia que comunicara a la entidad el término de los servicios de supervisión que venció el 16 de marzo de 2015, recomendando a la entidad el nombramiento de un Ingeniero Inspector para que se haga cargo de la supervisión de la obra.

15.- Ante ello y rebatido los documentos en referencia, solo queda analizar el oficio No. 063-DGIU-DGA-2015, de fecha 20.ABR.2015, que contiene la decisión de resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones. Respecto a la resolución del pacto contractual son aplicables para ambos las disposiciones contenidas en el artículo 40 incisos c) y 44 del Decreto Legislativo No. 1017 y los artículos 167 y 168 del reglamento.

Como se ha manifestado, el mismo documento establece las facultades legales resolutivas. El artículo 40 inciso C", establece en forma literal lo siguiente:

❖ **Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos**

Los contratos regulados por la presente norma Incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

C).- RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO:

En caso de incumplimiento por parte del contratista de algunas de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en que se manifiesta esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato....”.

16 - Para utilizar como causal de resolución contractual esta facultad, en aplicación al último párrafo del artículo 168 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, es obligatorio realizar el trámite establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo de leyes, que establece lo siguiente: “Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga, en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato”. De ello se deduce, que no se ha cumplido con la ley, por cuanto:

- **Inexistencia de requerimiento para el cumplimiento de obligaciones:**

Se aprecia del mencionado documento, que la demandada me ha imputado el incumplimiento de obligaciones contractuales siguientes:

- a) .- No controlo el cumplimiento de los programas de avance de obras.
- b) .- Al no anotar en el cuaderno de obra las ocurrencias que se vienen presentando en la obra.
- c) .- Al no hacer cumplir al personal asignado a la obra, a dedicación exclusiva por el tiempo señalado en la propuesta técnica.
- d) .- Al no hacer cumplir al personal de la Supervisión no observó las normas de seguridad e higiene de la obra ya que no se presentaron.
- e) .- Al no contar con el laboratorio de campo y equipo topográfico necesario para realizar el control de la obra y los diseños de las modificaciones o cambios realizados al proyecto.

- f) Al no presentar los informes mensuales de las actividades técnico-económicas -administrativo de la obra, en original y dos copias.
- g) Al no presentar los informes mensuales de las actividades técnico económico- administrativo de la obra en original y dos copias.

Estas obligaciones incumplidas según la demandada que forman parte de las causales por las que se resolvió el contrato, NO HAN SIDO REQUERIDAS PREVIAMENTE PARA SU CUMPLIMIENTO en aplicación al artículo 169 último Párrafo de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, requisito sine quanon para proceder en disponer la resolución del contrato. En aplicación en contrario sensu de la norma aludida, si no hay requerimiento previo de cumplimiento por un plazo de 5 días, no puede haber causal de resolución conforme lo establece el dispositivo legal en referencia.

- **No existe coeterinidad de los hechos con el documento:**

El requerimiento establecido en la norma es que ja parte perjudicada requiera la satisfacción del cumplimiento de las obligaciones otorgándole un plazo no mayor de cinco días para ello. En mérito a ello, los documentos de requerimientos aludidos datan de fecha 29.MAY.2014 y 12.DIC.2014 (solamente refieren al incumplimiento presunto de no permanecer en obra a tiempo completo) y que al no haber existido dentro del término dispuesto por Ley, la resolución del contrato, debe entenderse que ambos requerimientos fueron cumplidos a su satisfacción, acreditándose con este acto, la falta de veracidad de la afirmación por parte de la demandada.

- **No existe el requerimiento de la aplicación del apercibimiento de resolver el contrato en caso de incumplir con satisfacer las obligaciones contractuales:**

El artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado, establece el derecho de EL CONTRATISTA de ser requerido para cumplir con sus obligaciones contractuales, en caso exista, siendo así, y al no contener ninguno de los dos documentos el requerimiento y la facultad

resolutiva, se ha incumplido la norma.

- **No se ha resuelto el contrato mediante comunicación notarial:**

El artículo 169 2do. Párrafo parte in fine del Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado, establece que ".Si vencido dicho plazo el incumplimiento continua, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial COMUNICANDO MEDIANTE CARTA NOTARIAL LA DECISION DE RESOLVER EL CONTRATO". Conforme podrá apreciar, la resolución del contrato realizada por la demandada se ha realizado mediante Oficio No. 603- OGIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015, el mismo que no reviste la formalidad prevista por la Ley, por lo que la comunicación resulta ser ineficaz.

No se ha cumplido con acreditar la aprobación de la decisión resolutoria por parte de la autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato:

Uno de los requisitos formales que establece el artículo 40 inciso c) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es que el documento notarial que contenga la decisión justificada de resolver el contrato de consultoría celebrado con la recurrente es la APROBACION DE LA DECISION RESOLUTORIA POR PARTE DE LA AUTORIDAD DEL MISMO NIVEL O SUPERIOR NIVEL JERARQUICO DE AQUELLAQUE SUSCRIBIO EL CONTRATO.

Este requisito y formalidad no ha sido cumplido por la demandada, pues, conforme aparece del oficio No. 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015, la decisión ha sido tomada por el Jefe de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Mayor de San Marcos Mg. Félix Sánchez Benites. De acuerdo al Organigrama estructural de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Oficina General de Infraestructura Universitaria, es un ente dependiente de la DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION (DGA) con el cual la recurrente suscribió el contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1, tal y como aparece del referido documento, la persona que

representaba al momento de la suscripción del mismo era don: CARLOS EDMUNDO NAVARRO DE PAZ. El contrato también establece que es esta persona quien se encuentra facultada por RESOLUCION RECTORAL, a la suscripción del contrato ya referido.

A este hecho debe agregarse, que conforme aparece del Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Universidad Mayor de San Marcos, el JEFE DE LA OFICINA GENERAL DE INFRAESTRUCTURA UNIVERSITARIA, solo tiene la función de: J).- Supervisar el avance en la elaboración de estudios y ejecución de obras contratadas, significando que nuestro cuestionamiento al cumplimiento de esta formalidad se encuentra debidamente acreditado.

Finalmente, consideramos que el medio de prueba Idóneo (CUADERNO DE OBRA), que anexamos en calidad de prueba, acredita de forma plena, que la recurrente ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

B.2.- Segunda Pretensión Demandada:

Declaración de Nulidad y/o INEFICACIA de la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, Así como el acto administrativo que decide.

- a) .- La retención del pago de las valorizaciones: No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización N° 12, por la suma de S/. 22,224.96.
- b) .- La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1" a su representada ascendente a la suma de S/. 38,690.00.
- c) .- La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", fijados en la suma de S/. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes: A).- S/. 38,690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- S/. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización N° 11 y C).- S/. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la

valorización N°12.

• **Determinación de las penalidades y su aplicación en la norma:**

17. Desde el concepto genérico, las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató, infiriéndose que la penalidad constituye un instrumento que tiene como finalidad dar seguridad a las partes respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato. Sin embargo, en el caso de la contratación pública, por imperio legal se establecen penalidades en la ejecución contractual; pero siempre a favor de la Entidad. No obstante lo antes expresado, se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

• **Cuantificación de los daños en la responsabilidad contractual:**

18. - La regla para la determinación y cuantificación de daños y perjuicios se encuentra establecida en el artículo 1321 del Código Civil, aplicable en forma supletoria por disposición de la cláusula décima sexta del contrato. El dispositivo establece lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Así mismo, en la determinación y cuantificación de los daños, derivados de la responsabilidad contractual el artículo 1332 del cuerpo de leyes aludido, expresa.

Valoración del resarcimiento

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

19.- Dentro de estos conceptos se ubica la aplicación del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado quien solo SANCIONA CONPENALIDAD DIRECTA LA MORA EN LA EJECUCION DE LA PRESTACION, siendola misma Ley contenida en el artículo 166, quién establece que el cálculo de otras penalidades deben ser calculadas en forma independiente, por lo tanto es imposible que se aplique el mismo criterio que la PENALIDAD POR MORA.

20.-La jurisprudencia también, establecida por el OSCE, ha determinado que la aplicación de otras penalidades que no sea la mora y que se encuentren establecidas dentro del concepto genérico del artículo 166 del Reglamento, antes de su imposición debe de seguir los siguientes criterios:

1. - Las Bases pueden establecer las penalidades distintas, ello quiere decir que tienen distinta naturaleza e incompatibilidades con las reguladas por el artículo 165. Por lo tanto no se aplican concurrentemente, para evitar el abuso del Derecho.
2. - Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.
3. - El monto máximo equivalente es el 10% del monto del contrato vigente ó del ítem que debió ejecutarse.
4. - Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora; es decir, no se aplica la fórmula a que se refiere el artículo 165 ni pueden ser concurrentes con aquellas.

21- Dentro de la aplicación de estos criterios, establecidos por el OSCE (SUBDIRECCION DE CAPACITACION DEL OSCE - MODULO IV - CAPITULO IV), la imposición de la penalidad aplicable por la demandada mediante carta notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29.ABR.2015. no solo es indebida, ilegal, sino abusiva, por cuanto:

a.- La penalidad por presunto incumplimiento de funciones derivada de la relación contractual con la recurrente, NO SE ENCUENTRA ESTABLECIDA EN LAS BASES.

b.- No existe sustento lógico, objetivo, razonable y congruente que exige la norma para la aplicación de una penalidad por incumplimiento de funciones, más aun, cuando en su carta resolutoria, NO HA MANIFESTADO CUALES SON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO a que se alude, requisito sine quanon dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil Vigente.

c- NO se ha sustentado CUAL ES LA APLICACIÓN DE LA FORMULA en la cual se ha determinado la imposición de S/. 96,410.17 como penalidad.

d- La penalidad aplicada de SI. 96,410.17 (Noventa y seis mil cuatrocientos diez nuevos soles con diecisiete céntimos de nuevo sol), resulta ser más del 10% del monto del contrato vigente, porcentaje que el artículo 166 del Reglamento lo prohíbe.

De todo lo manifestado, esta parte concluye que existe una animadversión e intención dolosa de pretender inventar un motivo aparente con la finalidad de evitar el pago de las valorizaciones por los servicios YA PRESTADOS y de devolverme la garantía de fiel cumplimiento entregada a la entidad, hecho que no permitiré llegando a reclamar mi derecho mediante el presente proceso.

- Aplicación del principio de Trascendencia en la determinación de la invalidez del pago de penalidades impuestas:

22.- Que teniendo en consideración que se ha cuestionado mediante el presente recurso la validez de la decisión que dispone resolver el contrato y que las penalidades son consecuencias de dicha decisión, en aplicación al principio de trascendencia, de ampararse lo expuesto en el presente recurso se debe reconsiderar también la ilegalidad de las penalidades ya referidas, dejándolas sin efecto.

B.3.- Tercera Pretensión demandada:

Declaración de la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "Contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", derivado del otorgamiento de la buena pro en la adjudicación Directa Pública N° 004-2014-UNMSM, para la contratación del servicio de consultoría de obra: Supervisión de Obra: "Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria", a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales.

*** De los plazos de vigencia del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1"**

23- Conforme aparece del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1" el plazo de duración de la relación contractual se encontraba establecida en 327 días calendarios, computados de la siguiente manera: a).- Plazo de ejecución de la obra: 237 días calendarios y b).- Etapa de liquidación y recepción de obra: 90 días calendarios.

24- Durante el desarrollo de la ejecución de la obra, los plazos se han ido incrementando, por culpa directa de la demandada. En efecto, conforme se demuestra con la carta No. 021-2015-CONC-ORSIO POSTGRADO/UNMSM de fecha 14.ABR.2015 remitido por la unidad ejecutora CONSORCIO POSTGRADO a la recurrente, se ha dejado establecido que la obra a la culminación del plazo de contratación de la Supervisión, ha tenido OCHO

AMPLIACIONES DE PLAZO, los mismos que han sido otorgados por la demandada, aplicándose el silencio administrativo positivo en todas las veces, ES DECIR, que los plazos se han ampliado sin que la demandada haya realizado NINGUNA OBJECION Y/O se haya opuesto a ello.

25- Ante estos hechos y conforme se acredita con la carta No. 120-2014-ACCI/CONSULTOR de fecha 18.DIC.2014, recepcionada por la demandada el mismo día, se le solicito antes del cumplimiento del plazo la AMPLIACION DEL CONTRATO DE SUPERVISION, precisándose que a la mencionada fecha de la carta (18.DIC.2014), se tenía por concedido la ampliación del plazo No. 1. 2 y 3. LA CARTA EM REFERENCIA NUNCA FUE CONTESTADA POR LA DEMANDADA.

26- Siendo así, mediante carta N°17-2015-ACCI/CONSULTOR de fecha 29 ABR.2015, recepcionada el mismo día por la demandada se le comunicó la culminación del contrato y la conclusión de nuestro servicio, exponiéndole que el plazo de vigencia había concluido el 16.MAR.2015.

27- A pesar de ello, la recurrente ha venido prestando servicios efectivos cumplido ya el plazo de contratación contenido en el contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-r, así con fecha 11.MAR.2015, a través de la Carta No. 08-2015-ACI/C.ACI/CONSULTOR. se da respuesta a la carta No. 018- POSTGRADO-JFAH-OOI-OGIU de fecha 10 de marzo de 2015 donde el Consorcio alcanzó a la Supervisión el Expediente del Adicional de Obra No. 08 y Deductivo Vinculante No. 01, a fin de efectuar la revisión correspondiente, concluyendo que es conforme aprobar tanto el Expediente del Adicional de Obra No. 08 como el Deductivo Vinculante No. 01, además se pone en conocimiento mediante esta carta, que a la fecha no se ha ejecutado ninguna etapa o parte de lo establecido en el Adicional de Obra No. 02, adjuntando la absolución de consultas del Contratista. Demostrando una vez más, la efectiva labor que junto a mi equipo de trabajo venía desempeñando, a través de la absolución de las cartas absueltas al día siguiente de su recepción, definiendo de esta manera la eficacia en mi labor, tal y como se estipula en el contratoabsolver las consultas efectuadas por el contratista en un plazo máximo

de cinco (05)días calendario.

28- La Carta No. 08-2015-ACI/CONSULTOR manifiesto que la obra se encuentra adelantada puesto que lo programado para el mes de febrero era el avance al 83.96%, y el avance que se había obtenido era de 85.36% de la obra. Es también, que mediante Carta No. 12-2015-ACI/CONSULTOR de fecha 08.ABR.2015 manifiesto que la obra se encuentra atrasada, presentando la obra un avance de 92.64%, y que la contratista ha presentado la ampliación del Plazo parcial No. 07, por 15 días calendario. Una de las tantas ampliaciones solicitadas por la contratista y aceptadas mediante silencio administrativo positivo por parte de la Oficina de Infraestructura, tal y como se puede corroborar con la Carta N° 021-2015-CONSORCIO POSTGRADO/UNMSM donde el CONSORCIO POSTGRADO solicita la ampliación parcial N° 08 para la ejecución de la obra, así como se puede apreciar el detalle de las diversas ampliaciones solicitadas por la Contratista, a consecuencia de ellas, es el retraso del desarrollo y por tanto la finalización a tiempo de la Obra.

29. - La Carta No. 16-2015-ACI/C.AC/C/CONSULTOR. en el desempeño de mi labor como Supervisora de Obra, recomiendo al Jefe de Oficina de Infraestructura declarar PROCEDENTE este pedido de ampliación parcial N° 08 teniendo como nueva fecha termino de obra el día 30 de abril de 2015, adjuntando mi respectivo informe de obra detallado para conocimiento del área, desempeñando la supervisión según la cláusula segunda del contrato de supervisión correspondiente a los términos de referencia, en los ítems de las obligaciones. Actuando de acuerdo a las obligaciones pactadas, ítem k) respecto a emitir informe específico dentro de los siete (07) días calendarios siguientes a la solicitud de prórroga de plazo vigente.

30.- En el mes de Abril de 2015, el Contratista CONSORCIO POSTGRADO entrega la Valorización del avance de obra correspondiente al mes de Marzo de 2015, donde se obtiene un monto por cobrar ascendiente a S/ 789.46 (Setecientos Ochenta y Nueve con 46/100 nuevos soles) incluido IGV, para lo cual luego de efectuar la revisión de los cálculos y de la documentación remitida, la Supervisión, a través de Carta No. 013-2015-ACI/CACI/CONSULTOR de

fecha 08.ABR.2015 recomienda el pago del monto solicitado como pago por la Valorización No. 10. Carta que indica una vez más, el desempeño de mi labor, que mi compañero de trabajo el Coordinador Ing, Juan Agurto Herrera trata de calificar como Deficiente, labor que por más de 24 años vengo cumpliendo a través de la supervisión de innumerables obras ganando un prestigio incuestionable en el campo de la supervisión de obras públicas.

31. Finalmente, debe tenerse en consideración el artículo 175 del Reglamento, cuando establece que las ampliaciones de plazo, proceden cuando el hecho que genera el atraso o la paralización de un contrato no es imputable al contratista, en este caso SUPERVISOR La norma en referencia, establece que la ampliación del plazo es procedente, cuando existan los requisitos siguientes:

- A.- La aprobación de un adicional que afecte el plazo de ejecución de un contrato.'
- B - Los retrasos o paralizaciones no imputables al contratista.
- C- Los atrasos o paralizaciones imputables a la Entidad.
- D- Caso fortuito o de fuerza mayor.

La norma en referencia también refiere que las ampliaciones en contratos debientes o para la prestación de servicios, darán lugar al pago de gastos generales debidamente acreditados. Respecto a ello, se incluyen dentro de estos a los contratos de supervisión, por ser uno de prestación de servicios genérico.

B.4.-Cuarto pretensión demandada:

Se disponga el pago inmediato de las valorizaciones No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización N° 12, por la suma de S/.22,224.96, así como, los intereses legales generados como consecuencia del incumplimiento, por haberse cumplido con realizar la prestación.

* Las obligaciones contractuales derivadas del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1"

32.-De acuerdo a la cláusula cuarta del contrato, el pago por la prestación del servicio, es mediante valorizaciones mensuales en forma proporcional. La carta No. 010-2015-ACCI/CONSULTOR de fecha 25.MAR.2015, recepcionada el 27.MAR.2015 acredita haberle solicitado a la demandada el pago de LA DECIMA PRIMERA ARMADA, correspondiente al mes de febrero del 2015, por un monto de SI. 35,495.41, insoluto a la fecha.

Así mismo, la carta N° 019-2015-ACCI/CONSULTOR de fecha 07 MAR.2015 recepcionada el mismo día acredita haberle solicitado a la demandada el pago de la DUODECIMA ARMADA, correspondiente al mes de marzo del año 2015, por un monto de SI. 22,224.76, insoluto a la fecha.

33.-Estas valorizaciones deben ser pagadas puesto que la recurrente ha cumplido con prestar el servicio en la época que fueron giradas y que la demandada retiene en forma indebida en virtud de la resolución del contrato y la aplicación indebida de la penalidad. Así mismo en virtud de la cláusula en referencia, deberán aplicarse los intereses que establece el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, al retener el pago.

B.5.- Quinta pretensión demandada:

Pago de los servicios prestados a la demandada y de los daños y perjuicios del plazo comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior, los mismos que deberán ser determinados en ejecución de Laudo Arbitral.

***Prueba que acredita el cumplimiento del servicio de supervisión real y efectivo, con posterioridad a la culminación del contrato:**

34.-El cuaderno de obra que anexo y las cartas ya referidas en este recurso, acreditan de modo expreso que la recurrente ha tenido una labor real y efectiva con la prestación del servicio de SUPERVISION hasta el 28.ABR.2015, pues, el 29.ABR.2015, se le comunicó a la demandada la culminación del contrato en referencia. Siendo así, ha existido una labor adicional de 45 días, los mismos que deberán ser determinados al momento de ejecutarse el laudo arbitral.

B.6.- Sexta Pretensión demandada:

Que la demandada (UNMSM) asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

35.-Teniéndose en consideración que conforme a lo expuesto en el presente recurso, no existe ningún derecho conculado a la demandada y que no le ha asistido el derecho a resolver el contrato, considero que ésta debe ser sancionada con el pago del 100% de las costas y costos del proceso arbitral.

VII.- FUNDAMENTO DE DERECHO DE LAS PRETENCIIONES:

Las pretensiones se amparan en lo que dispone:

1. - Contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", de supervisión de la obra: Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria de la UNMSM, que determina las obligaciones establecidas por las partes.

2. - Artículo 204 del reglamento que establece la vigencia del contrato, el cual expone que este tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o en su caso desde la recepción de la orden de compra o de servicios. Para el caso de ejecución y consultaría de obra el contrato rige hasta que el consentimiento de la liquidación.

3. - Las normas legales invocadas en el desarrollo de cada uno de los fundamentos de hecho.

**VIII.- CONTESTACION DE DEMANDA A LAS PRETENCIIONES POR PARTE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

Mediante Escrito N° 1 de fecha 17 de Junio del 2015, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presenta su contestación de demanda.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.-

- Con fecha 15.04.2014 la Entidad suscribió el contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 servicio de consultoría de obra: Supervisión de Obra: Instalación de la Escuela de Posgrado en la Ciudad Universitaria, con la contratista: ANA CONSUELO CISNEROS IBANA.
- En la cláusula décimo octava se estableció el convenio arbitral que indica:" Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184,199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa. En cuyo caso se considerará un árbitro único.
- De darse el caso de recurrir al arbitraje, estará a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y su normativa, o del que haga sus veces, en caso de cambiar la normatividad.

Alternativamente las partes podrán recurrir a la conciliación extrajudicial".

1.-Sobre la primera pretensión demandada, el oficio N° 603-QGIU-DGA-2015 de fecha 20.04.2015.-

Mediante Oficio N° 603-QGIU-DGA-2015 de fecha 20.04.2015 se indicó a la contratista que había incumplido el contrato, manifestando que "Nunca presentó a su equipo técnico con que ganó la licitación, a pesar que se le solicitó en reiteradas veces, llegando hasta notificarla mediante el documento del anexo b), en alusión a la carta notarial N° 022/2014/OGU de fecha 12.12.2014 a través de la cual se le requirió la presencia de su equipo profesional en la Entidad señalando que de lo contrario se tomarían las acciones legales que corresponden. Asimismo en el mencionado oficio se señaló que "Tampoco cumplió sus funciones como Supervisor:

- a) Al no controlar el cumplimiento de los programas de avance de obra.
- b) Al no anotar en el cuaderno de obra las ocurrencias que se viene presentando en la obra.
- c) Al no hacer cumplir al personal asignado a la obra, a dedicación exclusiva por el tiempo señalado en la propuesta técnica
- d) Al no permanecer en obra a tiempo completo como jefe de Supervisión; a pesar que se le notificó mediante el documento del anexo b)
- e) Al no hacer cumplir al personal de la Supervisión no observo las normas de seguridad de higiene en la obra, ya que no se presentaron
- f) Al no contar con laboratorio de campo y equipo topográfico necesario para realizar el control de obra y los diseños de las modificaciones o cambios realizados del proyecto
- g) Al no presentar los informes mensuales de las actividades técnico-económico- administrativo de la obra, en original y dos copias".

También se demuestran sus incumplimientos con: la carta notarial N° 01/2014/OGIU de fecha 29.05.2014 y la carta notarial N° 022/2014/OGU de fecha 12.12.2014 antes mencionada, las cuales no se tratan de actos de

hostilidad como pretende hacer creer la demandante, sino que fueron actos en los que se le acusó incumplimientos en los que venía incurriendo la contratista.

Dichos incumplimientos no han sido desvirtuados por la demandante. La carta de fecha 06.06.2014 y la de fecha 19.12.2014 que alude la demandante y que serían la carta N° 025-2014- A.CC.I/CONSULTOR y la carta N° 124-2014.CCI/CONSULTOR de la supervisión no desvirtúan sus incumplimientos señalados con la carta notarial N° 01/2014/OGIU de fecha 29.05.2014 y la carta notarial N° 022/2014/OGU de fecha 12.12.2014. Además la Entidad estaba en su derecho manifestar su disconformidad y adoptar las medidas pertinentes con relación a los incumplimientos contractuales de la demandante.

Tampoco se desvirtúan sus incumplimientos con las fotos que la demandante sostiene que serían del día del llenado de columna, ya que ello no acredita su permanencia en la obra ni siquiera en el día que señala haber estado, ello no causa certeza y rechazamos categóricamente como Entidad que no es cierto lo que afirma la demandante lo cual acreditamos con el Informe N° 469- JAH- OOI-OGIU-2014 de fecha 27.05.2014,a través del cual el Coordinador de Obra de la Oficina General de Infraestructura Universitaria informó que ese día, 27.05.2014 se había programado el vaciado de concreto en las columnas y que se le hizo presente a la supervisión con dos días de anticipación debido a los antecedentes de incumplimiento de obligaciones de la Supervisión; pero que habiéndose apersonado a la obra el mencionado coordinador, éste manifiesta que: "3. (...) no se encontró a la Supervisión, sólo se encontró al técnico en construcción Carlos Carrillo", que "4. Se llamó por teléfono a la Supervisión, quien estando presente se excusó con otra persona de responder la llamada", que "5. Se le dio el encargo de estar dentro de una hora en la obra, con apercibimiento de rescindirle su contrato, pero igualmente no se presentó".

Asimismo se confirma el incumplimiento de la contratista con la carta notarial N° 01/2014/OGIU en la cual el propio Jefe de la Oficina General de Infraestructura Universitaria ha manifestado que la contratista no se encontraba en dicho momento en la obra.

Es pertinente resaltar que es atribución de la Entidad verificar el cumplimiento de las obligaciones de la supervisora es la Entidad, en tal sentido producto de dicha verificación es que la Entidad encontró incumplimientos de la contratista y por ende es sus derecho considerar no ejecutada la prestación y aplicar las penalidades que correspondan.

Sobre los asientos del cuaderno de obra, la demandante pretende sustentar el cumplimiento de sus obligaciones con dichos asientos, debiendo precisar al respecto que según Informe N° 0510- OOI-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) (área usuaria) señala: 'El y/o (s) contenidos de los asientos de la supervisión de obra inscritos en el y/o los cuaderno (s) de obra 1, 2, y 3 se corrobora tácitamente que en ningún folio se acredita que la demandante ha efectuado coordinación o coordinaciones técnicas concluyentes en cuanto a la aceptación y/o cumplimiento de decisión técnica-administrativa por la exigencia de la ejecución de la obra y/o las ampliaciones de plazo de obra, y adicionales de obra, y deductivos de obra'.

Asimismo mediante Informe N° 527-OOI-OGIU-2015, el Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería ha señalado que "Los Asientos de Obra: en donde debería suscribir las ocurrencias de obra el Supervisor no se encuentran arreglados a Ley, al amparo de los artículos 193 y 194 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Se adjunta copias fotostáticas de los folios 62, 63, 64, 65 y 66 del cuaderno de obra N° 03, que pertenece a las ocurrencias de la obra desde el 20/enero/2015 al 28/enero/2015; sólo para corroborar que los asientos 360, 362, 364, 366, y siguientes que pertenece a la empresa supervisora, cuya jefe de Supervisión ANA CONSUELO CISNEROS IBAÑA, REG CIP N° 38616 deja espacios de texto vacío"

No obstante, la demandante ha presentado con su demanda dichos asientos con anotaciones por lo cual cabría preguntar ¿cómo es que habían asientos dejados vacíos y que ahora aparecen con anotaciones?, ello no evidenciaría más que la mala fe y falta de credibilidad en lo que argumenta la demandante y que deberá ser tomado en cuenta por el señor Arbitro.

Además es pertinente mencionar que la obligación de anotar en el cuaderno de obra es una de las obligaciones contractuales de la contratista **pero no la única por lo que no puede ampararse sólo en ellos para pretender el pago por obligaciones que no cumplió.**

Asimismo cabe señalar que en la cláusula 2º del contrato se estableció como obligación del contratista la Relación de profesionales que comprometía para la ejecución del contrato Asimismo en el Capítulo III de las Bases Administrativas que forman parte del contrato se indicó la responsabilidad y obligaciones del contratista y su plantel técnico, LO CUAL DEBE TENERSE PRESENTE.

El Art. 49 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que "Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como en los incisos 2) y 3) del artículo 1774º del Código Civil".

Asimismo el Art. 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece:

"Toda obra contará de modo PERMANENTE Y DIRECTO con un inspector o con un supervisor, (...)" En concordancia el Art. 193 del mismo Reglamento establece: "La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tienen como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. (...)"

Por lo tanto en el contrato se establecieron puntualmente las obligaciones de la contratista y siendo que la contratista está obligada a cumplir con TODAS sus obligaciones contractuales como señala el Art.49 y que la Entidad en ejercicio de sus facultades para evaluar el cumplimiento de la contratista, a través del oficio N° 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20.04.2015 indicó los incumplimientos incurridos por la contratista, ello es válido y acorde al contrato y a la normativa de contrataciones del Estado.

De otro lado la misma demandante ha reconocido en el numeral 7 de su demanda que el contrato establece sus obligaciones las cuales no ha demostrado con su demanda haber cumplido.

Además se corrobora lo expuesto con el Informe N° 0510-OOI-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) (área usuaria) que señala que la contratista demandante no ha efectuado sus funciones de supervisión tampoco los profesionales que indica

en dicho documento. En éste informe se señala que "habiéndose presentado las valorizaciones mensuales y revisado cada uno de los folios presentados por la demandante desde los folios N°001 al folio N°356 no acredita los Informes mensuales de los profesionales en donde se refleje la coordinación respectiva ; y asimismo, el y/o lo (s) contenidos de los asientos de la supervisión de obra Inscritos en el y/o los cuaderno (s) de obra 1, 2, y 3 se corrobora tácitamente que en ningún folio se acredita que la demandante ha efectuado coordinación o coordinaciones técnicas concluyentes en cuanto a la aceptación y/o cumplimiento de decisión técnica-administrativa por la exigencia de la ejecución de la obra y/o las ampliaciones de plazo de obra, y adicionales de obra, y deductivos de obra; por lo tanto efectuar la Declaración de Nulidad del Oficio N° 603-OGIU-DGA-2015, ES IMPROCEDENTE, NO VIABLE, POR LA EXISTENCIA DE CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES DEL SUPERVISOR DE OBRA Y SU EQUIPO DE PROFESIONALES ACREDITADOS EN LA BUENA PRO DE LA ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-!"

Por lo que el incumplimiento de la supervisora y su plantel técnico en relación a las funciones de supervisión constituye incumplimiento contractual y contraviene a la normativa. En tal sentido existen causales de incumplimiento para la resolución del contrato.

2.- Sobre la segunda pretensión demandada, carta notarial N° 003/2015/OGIU de fecha 29.04.2015.-

Mediante carta notarial N° 003/2015/OGIU de fecha 29.04.2015 se Indicó nuevamente a la contratista el incumplimiento de sus obligaciones señalándose:

"(...) ha venido incumpliendo sus principales funciones tales como:

- No hizo presentación de su equipo técnico profesional con que ganó la licitación.
- El no permanecer en la obra a tiempo completo como Jefe de

Supervisión.

- El no hacer cumplir al personal asignado a la obra, la dedicación exclusiva por el tiempo señalado en la propuesta técnica.
- El no contar con laboratorio de campo y equipo topográfico necesario para realizar el control de la obra y los diseños de las modificaciones o cambios realizados que el proyecto ameritaba.
- El no controlar el cumplimiento de los programas de avance de obra.
- El no anotar en el cuaderno de obra las ocurrencias que se presentaron en la obra, y otros más indicados en los documentos de la referencia".

Asimismo se indicó que por tales motivos se aplicaría la penalidad de la cláusula 13°, y que se cobraría de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por el monto de S/. 38,690 nuevos soles (10% del monto del contrato) por inasistencia a la supervisión por 81 días y por concepto de indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento del contrato se retendrían las valorizaciones N° 11 (S/. 35,495.41 nuevos soles) y la valorización N° 12 {S/. 22,224.76 nuevos soles}.

Tanto la cláusula 13° como el Art 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado establece la penalidad en caso de retraso injustificado en la ejecución de la prestación, indicando que la UNMSM aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, en concordancia con el Art. 165 del Reglamento. Además dichas estipulaciones señalan: "esta penalidad será deducida de los pago a cuenta, del pago final o en la liquidación final: o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencia de propuesta".

Asimismo indican: "*En todos los casos, LA PENALIDAD SE APLICARÁ AUTOMÁTICAMENTE (...)*

Por lo tanto la penalidad está contemplada en el contrato y en la normativa, asimismo lo está la atribución de la Entidad de aplicar la penalidad automáticamente y deducirla de los pagos cuenta, del pago final o si fuese necesario del monto resultante de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que es acorde lo señalado en dicha carta respecto a la facultad de la Entidad para el cobro de la penalidad.

También debe señalarse que a través del Informe N° 527-OOI-OGIU-2015 de fecha 15.06.2015, el Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la UNMSM (área usuaria) ha explicado lo siguiente:

"Tomando en cuenta que EL JEFE DE SUPERVISIÓN MEDIANTE CARTA N° 07- 2015/ACI/CONSULTOR, en donde indica su escrito: ... "recomendamos cancelar al contratista la cantidad S/. 89,581.95 inc el I.G.V. como pago de valorización N° 11 correspondiente al mes de Febrero del 2015" firma ANA Consuelo Cisneros Ibana (no existe informes de los especialistas en estructuras, arquitectura, ISN eléctricas, INS. sanitarias) /omisión y/o incumplimiento a las obligaciones.

Entonces, según el Contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1: Item 3g/página 7; sobre documentación que deberá presentar el supervisor como resultado de la prestación del servicio indica: ... "Los informes mensuales de las actividades Técnico-Económico Administrativo de la Obra, en Original y dos copias, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente"...

Expresado lo anterior, el contratista ejecutor de la obra, mediante Carta N° 010-2015-CONSORCIO POSTGRADO/UNMSM presenta su valorización N° 11 el 03/mar/2015, consecuentemente el día 06/mar/15, el Supervisor mediante Carta N° 07-2015/ACI/CONSULTOR, recomienda dicho pago a favor del contratista la cantidad de S/. 89,581.95 inc el IGV, por ejecución de obra. **OMITIENDO EL CONTENIDO ITEM 3G/PÁG 7 DE SU CONTRATO.**

Ahora si contabilizamos desde el día siguiente 07/mar/2015, a la fecha del 16/jun/2015, han transcurrido 102 días de penalidad en el cumplimiento de presentación del servicio; al amparo del ítem 3d/ (d).-/PÁGINA 5 Y 6; Y EL ITEM 3G/PÁGINA 7; DEL Contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 por el contenido que en su oportunidad debió presentar ante la entidad UNMSM, entonces se tiene lo siguiente:

PENALIDAD POR MORA= S/. 653.00 (x día de penalidad x 102 días= S/. 66.606.00 nuevos soles inc. IGV, monto mucho mayor debiendo ser el monto máximo al diez por ciento (10%) del monto del valor del servicio de la prestación siendo por S/. 386,900.00 (...)

PENALIDAD POR MORA = 10% X s/. 386,900.00 = s/. 38,690.00 (son treinta y ocho mil seiscientos noventa y 001/100 nuevos soles)." ."

POR LA VALORIZACIÓN N° 12/MARZO 2015:

Expresado lo anterior, el contratista ejecutor de obra, mediante Carta N° 018-2015-CONSORCIO POSTGRADO/UNMSM presenta su valorización N° 12, el 06/ abr /2015, consecuentemente el día 08/abr/15, El Supervisor mediante Carta N° 13-2015/ACI/CACI/CONSULTOR, recomienda dicho pago a favor del contratista la cantidad de S/. 789.46 inc el IGV, por ejecución de obra, omitiendo el contenido ítem 3g/pag 7 de su contrato.

Ahora, si contabilizamos desde el día siguiente 09/abr/2015, a la fecha del 16/jun/2015, han transcurrido 69 días de penalidad en el cumplimiento de presentación del servicio, al amparo del ítem 3d//(d).-/página 5 y 6; Item3g/página 7, del Contrato N° 026-2014-UNMSM7ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 por el contenido que debió en su oportunidad presentar ante la entidad UNMSM; entonces se tiene lo siguiente:

PENALIDAD POR MORA= S/. 653.00 (x día de penalidad) x 69 días = S/. 45,057.00 nuevos soles inc IGV, monto mucho mayor, debiendo ser el monto máximo al diez por ciento (10%) del monto del valor del Servicio de la Prestación siendo por S7. 386,900 (...).

PENALIDAD POR MORA = 10% x S/. 386,900.00 = S/. 38,690 (son treinta y ocho mil seiscientos noventa y 00/100 nuevos soles)"

"**MONTO PENALIDAD TOTAL**, el monto total a cancelar por parte de EL SUPERVISOR se establece con la sumatoria de las Penalidades establecidas en el CONTRATO N° 026-2014- UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM1) y el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

RESUMEN DE LA PENALIDADES TOTALES

A	POR VALORIZACION	SI. 38,690.00	Art. N° 163
B	POR VALORIZACION	SI. 38,690.00	Art. N° 163
	Total penalidades	SI. 77,381.00	

(Son setenta y siete mil trescientos ochenta y uno y 00/100 nuevos soles)

ef **CONCLUYENDO:** La UNMSM, AL AMPARO DE LA CLASUULA DÉCIMO TERCERA DEL CONTRATO N° 026-2014-UNMSM /ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 indica: "cuando se llegue a cubrir el monto máximo de penalidad, LA UNMSM podrá resolver el contrato por Incumplimiento" entonces: la PENALIDAD MÁXIMA QUEDA ESTABLECLIDA EN EL 10% DEL MONTO CONTRACTUAL. IGUAL A 10% x S/. 386,900.00 = S/. 38,690.00 (son treinta y ocho mil seiscientos noventa y 00/100 nuevos soles), entonces solo se toma en cuenta la penalidad máxima que se establece en parte conformante de la segunda pretensión principal de la supervisora de la demanda arbitral".

En consecuencia la penalidad ha sido calculada tomando en cuenta los días de atraso injustificado con el límite del 10 % del monto del contrato vigente como señala la cláusula 13º y el Art. 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Además es pertinente señalar que la acumulación de la penalidad máxima es causal de resolución del contrato además es una situación que no se puede revertir por lo cual no se requiere previo requerimiento para resolverse un contrato. (Arts. 165 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)

Respecto a las valorizaciones como forma de pago, en la cláusula 4º del contrato se estableció la forma de pago mediante valorizaciones mensuales en forma proporcional al plazo de ejecución del servicio hasta un 90% del monto del contrato de supervisión, que deberá contar con la conformidad del servicio de la Oficina General de Infraestructura Universitaria. Asimismo se estableció que el 10% restante se cancelará en la liquidación final del contrato de supervisión.

También se estableció en la misma cláusula que:

"De acuerdo con el artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- ❖ Recepción y conformidad de la Oficina General de Infraestructura.
- ❖ Informe del funcionario responsable del área usuaria emitiendo su conformidad de la prestación efectuada.
- ❖ Comprobante de pago.
- ❖ Valorización mensual de la Oficina General de Infraestructura Universitaria".

En concordancia, citaremos el Art. 176 del Reglamento que señala:

"La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, (...).

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

(...)"

El Art. 176 del Reglamento en mención estipula:

"La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

(...)

"cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

(...)"

Asimismo el Art. 177 del Reglamento que indica:

"Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista (...):"

Ahora bien, en el contrato se indicó con toda precisión las obligaciones contractuales, así en la cláusula 2º del contrato está consignado las condiciones y características del servicio a realizar y las obligaciones del contratista. En la págs. 4, 5 y 6 se detalla todo al respecto.

En el numeral 3. INFORMACIÓN ADICIONAL de la cláusula 2º del contrato se señala:

A. Obligaciones

- I) Mantener la estadística general de la obra, preparar los informes mensuales, los cuales deberán indicar detalladamente los avances físicos, económicos y financieros.

B. Funciones específicas del supervisor

Presentar los informes de las Actividades Técnico- Económico-Administrativo de la Obra, en original y dos copias, elaboradas conjuntamente con El Contratista, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente, contados a partir del primer día hábil. Cualquier desfase en la fecha de su presentación, y que genere reclamos de mares costos por el contratista serán de responsabilidad de EL SUPERVISOR. El informe debe contener y anexar lo siguiente.

- 01.0 Generalidades
- 01.1 Datos Generales de la Obra
- 01.2 Antecedentes
- 01.3 Descripción de la Obra precisando metas del proyecto
- 02.0 Control de Avance
- 02.1 Descripción
- 02.2 Avance físico de la Obra
- 02.3 Cronograma de Avance de la Obra y comentario específico
- 02.4 Control del Calendario de Adquisiciones de materiales
- 03.0 Control de Obra
- 03.1 Control de Campo
- 03.2 Descripción de las Ocurrencias Técnicas Realizadas en Obra.
- 03.3 Control de Calidad de Materiales y pruebas de Ensayos - Pruebas de calidad de agregados a utilizar

- Pruebas de calidad de la Mezcla (Diseño de Mezclas)
Protocolo de Pruebas Hidráulicas
Otros ensayos encargados por la Entidad y que se consideran de carácter obligatorio
- 03.4 Recurso utilizados durante el mes de relación valorizada)
 - 03.5 Control de Personal en Obra y Equipo Utilizado
 - 03.5 Comentarios y recomendaciones del Supervisor
 - 04.0 Control Económico de la Obra
 - 04.1 Análisis económico de valorización mensual (Formato E-1)
 - 04.2 Control de Valorizaciones Tramitadas
 - 04.3 Control de Amortización de Adelanto Directo y Materiales si fueron utilizados
 - 04.4 Verificación de caducidad de cartas fianzas
 - 05.0 Cambios y/o modificaciones al proyecto Original
 - 05.1 Sustento Técnico y Base Legal
 - 05.2 Planos de Replanteo y/o Esquemas
 - 05.3 Anexos
 - 05.4 Copias de Cartas del Contratista
 - 05.5 Copias del Cuaderno de Obra
 - 05.6 Certificados de control de calidad y protocolo de pruebas en el mes valorizado
 - 05.7 Certificado de Habilidad vigente del Residente y Supervisor
- ✓
Memoria Fotográfica del Proceso ejecución de la Obra.

DOCUMENTACIÓN QUE DEBERÁ PRESENTAR EL SUPERVISOR COMO RESULTADO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

El Supervisor deberá presentar a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos la siguiente documentación, como resultado de la prestación del servicio Las valorizaciones mensuales por Avances de Obra e Informes de las Actividades Técnico- Económico- Administrativo de la Obra, en original y dos copias, elaboradas conjuntamente con el Contratista, dentro de los Cinco (5)

días calendario del mes siguiente, contados a partir del primer día hábil, discriminando los Gastos Generales.

Informes mensuales de las Actividades Técnico- Económico-administrativo de la Obra, en original y dos copias, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente, debiendo contenerlo siguiente:

Área de Supervisión

- Actividades desarrolladas por el Supervisor, memoria explicativa de los asuntos más saltantes.
- Relación de todos los ensayos realizados en la obra y controles efectuados por el Supervisor, indicando ubicación, fecha en que fueron realizados, resultados e interpretación, estadísticas, asimismo deberá indicar las medidas correctivas y responsabilidades.
- Personal empleado por el Supervisor durante el período comprendido en el informe.
- Estado contable del contrato de supervisión.
- Panel fotográfico
- Copia de las comunicaciones más importantes intercambiadas con el Contratista
- Copia del Cuaderno de Obra.

Área El Contratista

- Informe acerca de los avances físicos valorizados de la obra y cuadros gráficos que muestren el avance final en comparación con el programado.
- Datos generales de la obra, incluyendo las modificaciones que se hubieran producido (adicionales, Reducciones, ampliaciones de plazo, etc.)
- Calendario Valorizado de Avance de Obra vigente
- Presentar la documentación por la cual certifique que los materiales y equipo cumplen con las especificaciones técnicas.
- Lista de personal, herramientas y equipo del Contratista durante el

periodo respectivo, indicando desviaciones con lo programado, si lo hubiera. Informes sobre ocurrencias extraordinarias como paralizaciones de obra, incumplimientos del Contratista, desabastecimiento de materiales y/o equipos escasez o exceso de personal, entre otros, dentro de los tres días calendario siguiente de producida la ocurrencia.

- Igualmente, se considera como obligación la revisión y aprobación de los planos de replanteo, metrados finales y memoria descriptiva valorizada de la obra terminada, todo lo cual deberá ser incluido en el informe final.

"La demora en la misma será motivo para aplicar la penalidad correspondiente"

En tal sentido en el Informe N° 0510-OOI-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) se señala que la contratista no ha cumplido: el ítem 3d) de la cláusula 2º del contrato: "**los servicios de supervisión que preste EL SUPERVISOR serán a tiempo completo y a dedicación exclusiva...**", siendo ésta obligación de la supervisora y de su equipo de profesionales asimismo que ha incumplido el ítem 3g) "verificar la calidad de los materiales y equipos que intervienen en la obra, mediante Protocolo de Pruebas", el ítem 3k) "controlar que el contratista cumpla con la programación de avance establecido, informando oportunamente sobre las desviaciones que se pudieran presentar indicando las causales y las acciones correctivas a adoptar", asimismo indica que no ha cumplido con sus funciones de supervisión regulados en los artículos 193, 194, 195, 196 y 197 del Reglamento.

Además el Jefe de Oficina de Obras e Ingeniería ha mencionado en dicho Informe N° 0510-001- OGIU-2015 que sí se revisan las valorizaciones N° 11 y 12 del ejecutor de la obra, "no contienen los protocolos exigidos, no tiene copias de los asientos del cuaderno de obra, no contiene las fotografías sobre las partidas contractuales de ejecución de obra, no cuenta con

recomendaciones, sobre la ejecución de obra , sobre el deductivo N° 01 (...) no se tiene conclusiones de los informes mensuales de obra, por lo tanto la medición, cuantificación, acciones de control de avance de obra, acciones de coordinación con la oficina de infraestructura de la UNMSM, no existe, prácticamente no ha tenido presencia física Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA CON LA OFICINA GENARAL DE INFRAESTRUCTURA UNIVERSITARIA DE LA UNMSM con al demandante y su equipo de profesionales, por lo tanto es concluyente que la retención del pago es en cumplimiento de nuestra legislación y se encuentran establecidos en el artículo 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado indica: ..."todos los pagos que la entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación".

También señala que para efectos del pago la Entidad debe contar con la recepción y conformidad de la Oficina General de Infraestructura Universitaria, lo cual no tiene la contratista.

Al respecto, señalan que la supervisión se limitó a remitir en cada caso la carta N° 12-2015- ACI/CACI/CONSULTOR de fecha 08.04.2015 y la carta N° 013-2015-ACI/CACI/CONSULTOR de fecha 08.04.2015, de una hoja a las que- según señalaron -adjuntaban un informe y valorización del ejecutor de la obra (de las valorizaciones 11 y 12) MÁS NO PRESENTÓ SUS PROPIOS INFORMES Y VALORIZACIONES DE SUPERVISION QUE LE CORRESPONDIA NI LA DEMÁS

DOCUMENTACIÓN A LA QUE ESTABA OBLIGADA SEGÚN LO INDICADO EN LA CLÁUSULA 2º NUMERAL 3 DEL CONTRATO DE SUPERVISIÓN

Asimismo a través del Informe N° 527-OOI-OGIU-2015 de la Oficina General de Infraestructura Universitaria, reiteran que la contratista no cumplió con sus

obligaciones contractuales para el pago de las valorizaciones 11 y 12.

Por lo tanto conforme al contrato y la normativa, para el pago se requiere haber presentado la documentación que se estableció en el contrato y la recepción y conformidad de la Entidad, en este caso de la Recepción y conformidad de la Oficina General de Infraestructura, lo cual no se ha emitido, por el contrario, como señalan el Informe 0510- OOI-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria e Informe N° 527-OOI-OGIU-2015 la contratista no ha cumplido con presentar los informes y demás documentos que indica el numeral 3 de la cláusula 2º, en consecuencia no habiendo cumplido con presentar la documentación establecida en el contrato no acredita haber prestado los servicios y además no existiendo conformidad de la Entidad no procede el pago.

En tal sentido es válido que la Entidad retenga el pago de las valorizaciones por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. NO SE PUEDE OBLIGAR A LA ENTIDAD A EFECTUAR EL PAGO DE OBLIGACIONES INCUMPLIDAS ELLA CONTRAVIENE LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y LA OBLIGACIÓN DE VELAR POR EL USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.

Por lo tanto no procede la segunda pretensión demandada.

4.- Sobre la tercera pretensión demandada, continuidad y prórroga del contrato de supervisión.-

En el numeral 25 de su demanda, la demandante manifiesta que mediante carta N° 17-2015- ACCI/CONSULTOR de fecha 29.4.2015 comunicó la conclusión de su contrato el día 16.03.2015, por lo que la propia demandante ha manifestado el término de la relación contractual por lo que no es coherente

que solicite por otro lado su continuación, ello refleja la inconsistencia de sus argumentos.

Cabe manifestar que la Entidad no ha suscrito adenda alguna de ampliación del plazo del contrato de supervisión.

Más aún la Entidad ha dejado expresa constancia de que la contratista venía incumpliendo sus obligaciones, muestra de ello son justamente el Oficio N° 603- OGIU-DGA- 2015 y la carta notarial N° 003/2015/OGIU, por lo que la Entidad no ha prorrogado el contrato de la supervisora. No puede compelirse a la Entidad a que prorogue el plazo de un contrato cuya ejecución no ha satisfecho las obligaciones contractuales asumidas con la Entidad. Es un Principio de la contratación pública el Principio de Eficiencia establecido en el artículo 4 inc. f) de la Ley de Contrataciones del Estado que establece:

"Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia".

En tal contexto, se reitera que la contratista incurrió en incumplimientos, como ya se ha señalado anteriormente al referirnos a las valorizaciones N° 1 y 12, no cumpliendo con emitir su propio informe de la supervisión de Actividades Técnico-Económico-Administrativo de la Obra en original y dos copias contenido lo indicado en la cláusula 2º del contrato, numeral 3, d) FUNCIONES ESPECÍFICAS DE SUPERVISOR como se señala en el Informe N° 0510-001- OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria, lo cual evidencia que los actos de la contratista no se ajustan al Principio de Eficiencia a la que estaba obligada como tal, en consecuencia la Entidad no acepta la pretensión de continuarse con el contrato.

Respecto a la carta N° 08-2015-ACI/CONSULTOR, la carta N° 12-2015-ACI/CONSULTOR, carta N° 013-2015-ACI/CACI/CONSULTOR, carta N° 16-2015-ACI/CACI/CONSULTOR que menciona la demandante en el punto B3 Tercera Pretensión demandada, no sustentan la continuación del plazo de su contrato, máxime cuando su contenido no se ajusta al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato.

5.-Sobre la cuarta pretensión demandada, pago de las valorizaciones N° 11 y 12.-

Con relación al pago de las valorizaciones N° 11 y 12, ya en párrafos anteriores se ha hecho referencia, no obstante se reitera que NO PROCEDE SU PAGO por cuanto la contratista no cumplió sus obligaciones contractuales contenidas en la cláusula 2º del contrato.

Se precisa que además de la normativa de contrataciones del Estado igualmente ya referida, el contrato establece expresamente las obligaciones de la demandante, especialmente en el numeral 3, literales:

A.-OBLIGACIONES

- I) Mantener la estadística general de la obra, preparar los Informes mensuales, los cuales deberán indicar detalladamente los avances físicos, económicos y financieros.

B.-FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL SUPERVISOR

Presentar el informe de las Actividades Técnico- Económico-Administrativo de la Obra, en original y dos copias, (...) El informe deben contener y anexar lo siguiente:

- 01.00
06.04

DOCUMENTACIÓN QUE DEBERÁ PRESENTAR EL SUPERVISOR COMO RESULTADO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

El Supervisor deberá presentar a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos la siguiente documentación, como resultado de la prestación del servicio Las valorizaciones mensuales por Avances de Obra e Informes de las Actividades Técnico- Económico- Administrativo de la Obra, en original y dos copias, elaboradas conjuntamente con el Contratista, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente, contados a partir del primer día hábil, discriminando los Gastos Generales.

Informes mensuales de las Actividades Técnico- Económico-administrativo de la Obra, en original y dos copias, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente, debiendo contener lo siguiente.

Área de Supervisión

- Actividades desarrolladas por el Supervisor, memoria explicativa de los asuntos más saltantes.
- Relación de todos los ensayos realizados en la obra y controles efectuados por el Supervisor, indicando ubicación, fecha en que fueron realizados, resultados e interpretación, estadísticas, asimismo deberá indicar las medidas correctivas y responsabilidades.
- Personal empleado por el Supervisor durante el período comprendido en el informe.
- Estado contable del contrato de supervisión.
- Panel fotográfico
- Copia de las comunicaciones más importantes intercambiadas con el Contratista
- Copia del Cuaderno de Obra.

Área El Contratista

Informe acerca de los avances físicos valorizados de la obra y cuadros gráficos que muestren el avance final en comparación con el programado.

- Datos generales de la obra, incluyendo las modificaciones que se hubieran producido (adicionales, reducciones, ampliaciones de plazo, etc.)
- Calendario Valorizado de Avance de Obra vigente.
- Presentar la documentación por la cual certifique que los materiales y equipo cumplen con las especificaciones técnicas.
- Lista de personal, herramientas y equipo del Contratista durante el período respectivo, indicando desviaciones con lo programado, si lo hubiera.
- Informes sobre ocurrencias extraordinarias como paralizaciones de obra, incumplimientos del Contratista, desabastecimiento de materiales y/o equipos escasez o exceso de personal, entre otros, dentro de los tres días calendario siguiente de producida la ocurrencia.
- Igualmente, se considera como obligación la revisión y aprobación de los planos de replanteo, metrados finales y memoria descriptiva valorizada de la obra terminada, todo lo cual deberá ser incluido en el informe final.

La demora en la misma será motivo para aplicar la penalidad correspondiente"


Es más, mediante el oficio N° 729-OGIU-DGA-2015, que la propia demandante ha presentado, se puede apreciar que la Entidad devolvió las valorizaciones N° 11 y 12.

Además la misma área usuaria, Oficina General de Infraestructura Universitaria a través del Informe N° 0510-OOI-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) ha manifestado que la contratista demandante no ha efectuado sus funciones de supervisión tampoco los profesionales que indica en dicho documento y

además precisa: "habiéndose presentado las valorizaciones mensuales y revisado cada uno de los folios presentados por la demandante desde los folios N°001 al folio N°356 no acredita los informes mensuales de los profesionales en donde se refleje la coordinación respectiva ; y asimismo, el y/o lo (s) contenidos de los asientos de la supervisión de obra inscritos en y/o los cuaderno (s) de obra 1, 2, y 3 se corrobora tácitamente que en ningún folio se acredita que la demandante ha efectuado coordinación o coordinaciones técnicas concluyentes en cuanto a la aceptación y/o cumplimiento de decisión técnica-administrativa por la exigencia de la ejecución de la obra y/o las ampliaciones de plazo de obra, y adicionales de obra, y deductivos de obra ; por lo tanto efectuar la Declaración de Nulidad del Oficio N° 603-OGIU-DGA-2015, ES IMPROCEDENTE, NO VIABLE, POR LA EXISTENCIA DE CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES DEL SUPERVISOR DE OBRA Y SU EQUIPO DE PROFESIONALES ACREDITADOS EN LA BUENA PRO DE LA ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-I"

Asimismo ha señalado que la contratista no ha cumplido: el ítem 3d) de la cláusula 2°del contrato: "los servicios de supervisión que preste EL SUPERVISOR serán a tiempo completo y a dedicación exclusiva...", siendo ésta obligación de la supervisora y de su equipo de profesionales asimismo que ha incumplido el ítem 3g) "verificar la calidad de los materiales y equipos que intervienen en La obra, mediante Protocolo de Pruebas", el ítem 3k) "controlar que el contratista cumpla con la programación de avance establecido, informando oportunamente sobre las desviaciones que se pudieran presentar indicando las causales y las acciones correctivas a adoptar", asimismo indica que no ha cumplido con sus funciones de supervisión regulados en los artículos 193, 194, 195, 196 y 197 del Reglamento.

Además el Jefe de Oficina de Obras e Ingeniería ha mencionado en dicho Informe N° 0510-001- OGIU-2015 que si se revisan las valorizaciones N° 11 y

12 del ejecutor de la obra, "no contienen los protocolos exigidos, no tiene copias de los asientos del cuaderno de obra, no contiene las fotografías sobre las partidas contractuales de ejecución de obra, no cuenta con recomendaciones, sobre la ejecución de obra , sobre el deductivo N° 01 (...) no se tiene conclusiones de los informes mensuales de obra, por lo tanto la medición, cuantificación, acciones de control de avance de obra, acciones de coordinación con la oficina de infraestructura de la UNMSM, no existe, prácticamente no ha tenido presencia física Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA CON LA OFICINA GENERAL DE INFRAESTRUCTURA UNIVERSITARIA DE LA UNMSM con al demandante y su equipo de profesionales, por lo tanto es concluyente que la retención del pago es en cumplimiento de nuestra legislación y se encuentran establecidos en el artículo 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado indica: ... "todos los pagos que la entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación".

De los Art. 176 y 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se desprende que es facultad de la Entidad verificar la conformidad de las prestaciones y de los documentos que se requieren para el pago; un presupuesto para el pago es que exista tal conformidad, si no la hay, no se puede compelir a la Entidad a realizar el pago. El Art. 176 del Reglamento de la Ley señala que la recepción y conformidad compete a la Entidad, la cual verifica la cantidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, incluso realiza pruebas que sean necesarias. Asimismo señala que cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas la Entidad no efectuará la recepción y se considera no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que corresponda.

Por lo que quedan claros los incumplimientos contractuales de la contratista, y la falta del requisito que la norma prevé para que proceda un pago, cual es la conformidad, ya que la Entidad NO HA OTORGADO LA CONFORMIDAD, por lo tanto conforme a lo estipulado en el contrato y en el Art. 176 del

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, NO PROCEDE EL PAGO SOLICITADO POR LA DEMANDANTE.

6.- Sobre la quinta pretensión demandada, pago de servicios y daños y perjuicios.-

Respecto al pago de servicios que pretende la demandante reiteramos lo ya expresado anteriormente rechazando una vez más el pago pretendido por las razones ya esgrimidas.

Es preciso señalar que en la contratación pública el pago como contraprestación debe obedecer al cumplimiento de la prestación debida en las condiciones pactadas, lo que supone que debería existir una relación contractual formal y válida. Ya se ha demostrado los incumplimientos de las condiciones pactadas, incurridos en la ejecución del contrato, además sobre el plazo de prórroga que pretende la demandante no existe adenda suscrita con la Entidad por lo cual no hay una vinculación contractual en dicho período, además los Arts. 176 y 177 del Reglamento han establecido expresamente como requisito para el pago, el otorgamiento de la conformidad por parte de la Entidad, la cual en el presente caso no ha sido otorgada. La demandante no ha demostrado contar con dicha conformidad, en consecuencia de acuerdo a los citados Arts. 176 y 177 del Reglamento mencionado, no procede pago alguno.

Con relación a los daños y perjuicios el Art. 1321 del Código Civil establece:

"Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

Por lo tanto, debe existir una inejecución de obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, debe haber un daño que sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, es decir debe haber una vinculación directa entre la inejecución y el supuesto daño.

En el presente no existe inejecución de obligaciones de la Entidad, la cual ha actuado en ejercicio de sus atribuciones de velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la contratista conforme a lo pactado y a satisfacción de la Entidad. Tampoco la demandante ha probado un daño que sea consecuencia inmediata y directa de una inejecución por parte de la Entidad. En consecuencia no habiéndose producido los supuestos para un resarcimiento por daños y perjuicios tampoco puede asignarse un determinado valor.

Por lo tanto no procede el pago de la quinta pretensión demandada.

7.- Sobre la sexta pretensión demandada, costas y costos del proceso.-

Por los mismos motivos ya expuestos, no habiendo probado la contratista sus pretensiones no procede el pago de costos, costos y/o todo aquello que el contratista refiere como gastos arbitrales.

IX AUDIENCIA DE SANEARIENTO PROCESAL, FIJACION Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

Con fecha 22 de noviembre del 2016 se celebró la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

**Puntos controvertidos de la demanda presentada por el ANA
CONSUELO CISNEROS IBANA con fecha 12 de mayo de 2015 y
subsanada con fecha 25 de mayo de 2015:**

1.-PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no " la declaración de nulidad y/o ineeficacia del Oficio N° 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20 de abril de 2015, así como, de la decisión administrativa mediante i a cual se dispone unilateralmente la "Resolución del contrato de Supervisión N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", de la Obra: Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria de la UNMSM" por presunto incumplimiento de funciones como supervisora.

2.- SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no "la declaración de nulidad y/o ineeficacia de la Carta Notarial N° 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, así como el acto administrativo que decide:

- a) La retención del pago de las valorizaciones: N° 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización N° 12 porta suma de S/. 22,224.96.
- b) La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 a su representada ascendente a la suma de S/. 38,690.00.
- c) La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1, fijados en la suma de S/. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes:
A).-S/. 38,690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- S/. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización N° 11 y C).- S/. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la valorización N° 12.-sic".

3.- TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no "la declaración de la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "CONTRATO N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMASM-T' (...), a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales".

4.- CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no "se

disponga el pago inmediato de las valorizaciones No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de S/. 22,224.96, así como, los intereses legales generados como consecuencia del incumplimiento, por haberse cumplido con realizar la prestación".

5.-QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no "el pago de los servicios prestados a la demandada y de los daños y perjuicios del lapso comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior, los mismos que deberán ser determinados en ejecución de Laudo Arbitral".

6.-SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no "que la UNMSM asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral".

Con relación a la Universidad Nacional Mayor de San Marco

En arbitrio único admite los medios probatorios ofrecidos por la entidad es su escrito de contestación de demanda presentada con fecha 17 de junio de 2016 y subsanada con fecha 03 de julio de 2015.

X.- AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 15 de diciembre del 2016 se celebró la Audiencia de informes orales con participación de ambas partes.

XI.- PLAZO PARA LAUDAR

Mediante resolución N° 11 de fecha 15 de diciembre del 2016 se señaló fijar plazo para laudar en veinte (20) días hábiles de notificada la resolución en mención, pudiendo ser prorrogada por quince (15) días hábiles adicionales.

XII.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Arbitro Único fue designado de conformidad con la normatividad en Contrataciones del Estado.
- Que ANA CONSUELO CISNEROS IBANA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS fue debidamente emplazada con la demanda, contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Arbitro Único respetado los plazos para que las partes pruebas presentar sus pruebas, asimismo realizo todas las Audiencias necesarias para que las partes sustenten con profundidad sus posiciones.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos.
- Que el Arbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

XIII.- DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Arbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37º de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo

XIV.- ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS MATERIA DE LITIS.

Como se ha indicado corresponden resolver los siguientes puntos controvertidos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Declaración de nulidad y/o ineficacia del oficio N° 603-OGIU-DGA-2015, de fecha 20 de abril de 2015, así como, de la decisión administrativa mediante la cual se dispone unilateralmente la resolución del contrato de supervisión N° 026-2014-UNMSM/ADP clásico 004-2014-UNMSM-1, de la obra: instalación de la escuela de postgrado en la Ciudad universitaria de la UNMSM, por presunto incumplimiento de funciones como supervisora.

1- Con fecha 26.MAR.2014, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la ADJUDICACION DIRECTA PUBLICA No. 004-2014-UNMSM para la contratación del servicio de consultoría de obra: SUPERVISION DE OBRA "INSTALACION DE LA ESCUELA DE POST GRADO EN LA CIUDAD UNIVERSITARIA" a CISNEROS IBANA ANA CONSUELO.

2.- Con fecha 15.ABR.2014 se suscribió el documento denominado: "**CONTRATO No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1**", celebrado entre la solicitante y la demandada, cuyo monto total es la suma de SI 386,900.00 Nuevos Soles; **teniendo por objeto la supervisión de Obra**. Cabe mencionar que, las cláusulas contenidas en dicho documento, rigen la actividad contractual y a tenor de lo dispuesto por la cláusula décimo sexta, lo que no se encuentra previsto es de aplicación supletoria la Ley de contrataciones del Estado y su reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativas especiales que resulten aplicables, se utilizaran las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás normas concordantes.

3.- Respecto a este punto controvertido corresponde verificar si existen causas justificables que respalden la decisión de la UNIVERSIDAD

NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS de resolver unilateralmente la resolución del contrato de supervisión N° 026-2014-UNMSM/ADP clásico 004-2014-UNMSM-1, de la obra: instalación de la escuela de postgrado en la Ciudad universitaria de la UNMSM, por presunto incumplimiento de funciones como supervisora.

4.- Manifiesta la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS que mediante Carta Notarial No. 01/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014, comunico que la recurrente no cumplía con su obligación de permanecer en la obra a tiempo completo como Jefe de Supervisión, requiriéndole el Cumplimiento de dicha obligación contractual. Así mismo, con fecha 12.DIC.2014, mediante carta notarial No. 022/2014/OGIU. se le imputa una presunta irresponsabilidad de su parte ante la inasistencia a una reunión, actos que fueron rechazados por la CONTRATISTA en forma inmediata mediante comunicaciones notariales expresas, negando la existencia de, veracidad de dichas afirmaciones. Asimismo indica la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA que con posterioridad a los documentos en referencia, no ha existido solicitud alguna de incumplimiento contractual, habiendo cumplido con prestar el servicio contratado y la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS cumplido con pagar el servicio de acuerdo al cronograma previamente establecido.

5.- Mediante OFICIO No. 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015 (que obra como anexo 1-N del escrito de demanda) suscrito por el Jefe de la OGIU (OFICINA GENERAL DE INFRAESTRUCTURA UNIVERSITARIA) Ing. Félix Sánchez Benítez, expone que la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA ha incumplido las obligaciones contractuales derivadas del contrato No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1" y sustentando la misma con los antecedentes expuestos en las Cartas Nos. 01/2014/OGIU de fecha 29.MAY.2014 y No. 022/2014/OGIU de fecha 12.DIC.2014, decide RESOLVER EL CONTRATO No. 026-2014 UNMSM/ADP CLÁSICO 004-2014-UNMSM-1, exponiendo además la existencia de penalidades.

6- Con fecha 29.ABR.2015, la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS remite la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU. en la cual decide Imputar a la contratista haber cometido daños a su representada como consecuencia del presunto Incumplimiento determinando los mismos en la suma de S/. 96.410.17 (NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS DIEZ NUEVOS SOLES CON DIECISIETE CENTIMOS DE NUEVO SOL), y que los cobrará con el monto de las liquidaciones insolutas Nos. 11 y 12, además del fondo de Garantía por FIEL CUMPLIMIENTO, otorgado por la recurrente a la suscripción del contrato y obligada a devolver, establecida en la suma de S/. 38,690.00.

8.- Mediante recurso de reconsideración presentado por la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 04.MAY.2015, ha pretendido que los representantes de la demandada reconsideren su actitud indebida e ilegal de resolver el contrato, sin obtener respuesta alguna, lo que evidencia una actitud sostenible respecto al acto violatorio de su derecho.

9.- Respecto a la decisión de resolución contractual debemos de indicar que conforme lo establece la clausula decima cuarta del contrato en referencia las partes del proceso tienen iguales derechos y obligaciones como acto consecuente del contrato. Respecto a la resolución del pacto contractual son aplicables para ambos las disposiciones contenidas en el artículo 40 inciso c) y 44 del Decreto Legislativo No 1017 y los artículos 267 y 168 del reglamento

Articulo 40.- Clausulas obligatorias en los contratos.

"Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad clausulas referidas a:

c) RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: "En este caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia

de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento que se manifiesta esta decisión y el motivo que lo justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato..."

Para utilizar como causal de resolución contractual esta facultad, es necesario lo siguiente:

a.- En aplicación al último párrafo del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es obligatorio realizar el trámite establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo de leyes, que establece lo siguiente, "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones la parte perjudicada deberá de requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga, en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato"

En este sentido conforme al oficio No 603-OGIU -DGA-2015 de fecha 20.ABR.2015, el cual hace alusión de dos documentos anteriores a)Carta Notarial No 01/2014/OGIU de fecha 29 de Mayo 2014 y b) Carta Notarial No 022/2014/OGIU de fecha 12.DIC.2014 como sustento de su pretensión, no cumplen con el requerimiento establecido en la norma, por cuanto.

- 
- El requerimiento establecido en la norma señala que la parte perjudicada requiera la satisfacción del cumplimiento de las obligaciones otorgándole un plazo no mayor de cinco días para ello. Los documentos de requerimientos aludidos datan de fecha 29.MAY.2014 y 12.DIC.2014, y que al no haber existido dentro del término dispuesto por ley, la resolución del contrato, debe de entenderse que ambos requerimientos fueron cumplidos a su satisfacción.
 - En las cartas notariales emitidas por la UNMSM no existe el requerimiento de la aplicación del apercibimiento de resolver el

contrato en caso de incumplir con satisfacer las obligaciones contractuales, pues el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece el derecho de el Contratista de ser requerido para cumplir con sus obligaciones contractuales, en caso exista, siendo así, y al no contener ninguno de los dos documentos el requerimiento y la facultad resolutiva se ha incumplido lo señalado en la norma.

- El Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece el derecho del Contratista de ser requerido para cumplir con sus obligaciones contractuales, en caso exista, siendo, así y al no contener ninguno de los dos documentos el requerimiento y la facultad resolutiva, se ha incumplido la norma.
- De lo señalado en los párrafos precedentes se puede verificar que no se ha resuelto el contrato mediante comunicación notarial, pues el artículo 169 2do párrafo parte in fine del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado , establece que "...Si vencido dicho plazo el incumplimiento continua la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato" Conforme podrá apreciar, la resolución del contrato realizada por su despacho se ha realizado mediante oficio No 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20 de Abril del 2015, el mismo que no reviste la formalidad prevista por la ley , por lo que el contenido de la resolución resulta ser ineficaz.
- El oficio No 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20 de Abril del 2015, es suscrito por el Ing. Félix Sánchez Benites Jefe de la OGIU, en este sentido se debe de indicar que uno de los requisitos formales que establece el artículo 40 inciso c) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es que, el documento notarial que contenga la decisión justificada de resolver el contrato de consultoría celebrado entre las partes es la Aprobación de la Decisión Resolutoria por parte de la autoridad del mismo nivel o superior nivel jerárquico de

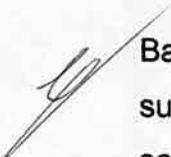
aquella que suscribe el contrato , de autos se puede verificar que este requisito y formalidad no ha sido cumplido por la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, pues conforme aparece del oficio No 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20 de Abril del 2015,la decisión ha sido tomada por el Jefe de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Mayor de San Marcos Mag. Félix Sánchez Benites, De acuerdo al Organigrama estructural de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la UNMSM , es un ente dependiente de la DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION (DGA) con el cual ANA CONSUELO CISNEROS IBANA suscribió el Contrato No 025-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM -1, tal y como aparece del referido documento, la persona que representaba al momento de la suscripción del mismo era don CARLOS EDMUNDO NAVARRRO DE PAZ , el contrato también establece que es esta persona quien se encuentra facultada por Resolución Rectoral, la suscripción del contrato ya referido.

Respecto al cuaderno de obras señala la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS que la demandante pretende sustentar el cumplimiento de sus obligaciones con dichos asientos, debiendo de precisar al respecto que según informe No 0510-00I-OGIU-2015 del Jefe de la Oficina de Obras en Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) señala: "el y/o los contenidos de los asientos de supervisión de obras inscritos en el y/o cuaderno (s) de obra 1,2 y 3 se corrobora tácitamente que en ningún folio se acredita que la demandante ha efectuado coordinación o coordinaciones técnicas concluyentes en cuanto a la aceptación y/o cumplimiento de decisión técnica. Administrativa por la exigencia de la ejecución de la obra y/o las ampliaciones de plazo de obra, y adicionales de obra, y deductivos de obra". Asimismo mediante Informe N° 527-OOI-OGIU-2015, el Jefe de la

Oficina de Obras e Ingeniería ha señalado que “Los Asientos de Obra: en donde debería suscribir las ocurrencias de obra el Supervisor no se encuentran arreglados a Ley, al amparo de los artículos 193 y 194 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En este punto la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA señala que actuaron de acuerdo al literal g) y h) de la CLAUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO, respecto a las obligaciones de las concurrencias del cuaderno de obra, en cual se detalla diversas sugerencias y precisiones respecto a la labor y el desempeño del contratista, tal y como se puede corroborar con lo señalado en los asientos:

- . **Asiento 120 de la Supervisión 15 de Julio del 2014**
- . **Asiento 140 de la Supervisión 26 de Julio del 2014**
- . **Asiento 242 de la Supervisión 30 de Setiembre del 2014**
- . **Asiento 246 de la Supervisión 02 de Octubre del 2014**
- . **Asiento 256 de la Supervisión 09 de Octubre del 2014**
- . **Asiento 352 de la Supervisión 09 de Enero del 2015**
- . **Asiento 382 de la Supervisión 12 de febrero del 2015**
- . **Asiento 438 de la Supervisión 20 de abril del 2015**

Bajo lo señalado por la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA esta supervisión deja constancia que comunicara a la entidad el término de los servicios de supervisión que venció el 16 de marzo de 2015. Recomendando a la entidad el nombramiento de un ingeniero inspector para que se haga cargo de la supervisión de la obra.

El medio probatorio de las copias del cuaderno de obra que adjunta el contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA acredita en calidad de prueba que esta cumplió con sus obligaciones contractuales.

En este orden de ideas si bien es cierto existe comunicaciones (carta

notariales remitidas por la UNMSM) requiriendo el cumplimiento de las obligaciones contractuales a la demandante ANA CONSUELO IBANA CISNEROS, del análisis efectuado se puede verificar que la forma de resolver el contrato y de requerir el cumplimiento de lo pactado no ha guardado la formalidad que señala la ley, asimismo que el oficio de resolución contractual ha sido suscrito por una persona que no estaba facultada a la toma de esa decisión, Razón por la cual debe de declararse fundado la pretensión y declara nulo e ineffectivo el oficio No 603-OGIU-dga-2015 de fecha 20 de abril del 2015, así como de la decisión administrativa mediante la cual se resuelve unilateralmente la resolución del contrato de supervisión.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Declaración de Nulidad y/o INEFICACIA de la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, así como, el acto administrativo que decide:

a).- La retención del pago de las valorizaciones: No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de S/. 22.224.96.

b).- La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato No. 026-2014UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1" a su representada ascendente a la suma de S/. 38,690.00.

c).- La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", fijados en la suma de S/. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes:
A).- S/. 38.690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- S/. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 11 y C).- S/. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 12.

Señala la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS que mediante carta notarial N° 003/2015/OGIU de fecha 29.04.2015 se Indicó nuevamente a la contratista el incumplimiento de sus obligaciones señalándose:

"(...) ha venido incumpliendo sus principales funciones tales como:

- No hizo presentación de su equipo técnico profesional con que ganó la licitación.
- El no permanecer en la obra a tiempo completo como Jefe de Supervisión.
- El no hacer cumplir al personal asignado a la obra, la dedicación exclusiva por el tiempo señalado en la propuesta técnica.
- El no contar con laboratorio de campo y equipo topográfico necesario para realizar el control de la obra y los diseños de las modificaciones o cambios realizados que el proyecto ameritaba.
- El no controlar el cumplimiento de los programas de avance de obra.
- El no anotar en el cuaderno de obra las ocurrencias que se presentaron en la obra, y otros más indicados en los documentos de la referencia".

Asimismo se indicó que por tales motivos se aplicaría la penalidad de la cláusula 13°, y que se cobraría de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por el monto de S/. 38,690 nuevos soles (10% del monto del contrato) por inasistencia a la supervisión por 81 días y por concepto de indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento del contrato se retendrían las valorizaciones N° 11 (S/. 35,495.41 nuevos soles) y la valorización N° 12 {S/. 22,224.76 nuevos soles}.

Tanto la cláusula 13° como el Art 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado establece la penalidad en caso de retraso injustificado en la ejecución de la prestación, indicando que la UNMSM aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto

equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, en concordancia con el Art. 165 del Reglamento. Además dichas estipulaciones señalan: "esta penalidad será deducida de los pago a cuenta, del pago final o en la liquidación final: o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencia de propuesta".

Asimismo indican: "*En todos los casos, LA PENALIDAD SE APLICARÁ AUTOMÁTICAMENTE (...)*

Por lo tanto la penalidad está contemplada en el contrato y en la normativa, asimismo lo está la atribución de la Entidad de aplicar la penalidad automáticamente y deducirla de los pagos cuenta, del pago final o si fuese necesario del monto resultante de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que es acorde lo señalado en dicha carta respecto a la facultad de la Entidad para el cobro de la penalidad.

También debe señalarse que a través del Informe N° 527-OOI-OGIU-2015 de fecha 15.06.2015, el Jefe de la Oficina de Obras e Ingeniería de la Oficina General de Infraestructura Universitaria de la UNMSM (área usuaria) ha explicado lo siguiente:

"Tomando en cuenta que EL JEFE DE SUPERVISIÓN MEDIANTE CARTA N° 07- 2015/ACI/CONSULTOR, en donde indica su escrito: ... "recomendamos cancelar al contratista la cantidad S/7. 89,581.95 inc el I.G.V. como pago de valorización N° 11 correspondiente al mes de Febrero del 2015" firma ANA Consuelo Cisneros Ibana (no existe informes de los especialistas en estructuras, arquitectura, ISN eléctricas, INS. sanitarias) /omisión y/o incumplimiento a las obligaciones.

Entonces, según el Contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1: Item 3g/página 7; sobre documentación que deberá presentar el supervisor como resultado de la prestación del servicio indica: ...

Entonces, según el Contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1: Item 3g/página 7; sobre documentación que deberá presentar el supervisor como resultado de la prestación del servicio indica: ... “Los informes mensuales de las actividades Técnico-Económico Administrativo de la Obra, en Original y dos copias, dentro de los Cinco (5) días calendario del mes siguiente”... Expresado lo anterior, el contratista ejecutor de la obra, mediante Carta N° 010-2015-CONSORCIO POSTGRADO/UNMSM presenta su valorización N° 11 el 03/mar/2015, consecuentemente el día 06/mar/15, el Supervisor mediante Carta N° 07-2015ACI/CONSULTOR, recomienda dicho pago a favor del contratista la cantidad de S/. 89,581.95 inc el IGV, por ejecución de obra. **OMITIENDO EL CONTENIDO ITEM 3G/PÁG 7 DE SU CONTRATO.**

Ahora si contabilizamos desde el día siguiente 07/mar/2015, a la fecha del 16/jun/2015, han transcurrido 102 días de penalidad en el cumplimiento de presentación del servicio; al amparo del item 3d/ (d).-/PÁGINA 5 Y 6; Y EL ITEM 3G/PÁGINA 7; DEL Contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 por el contenido que en su oportunidad debió presentar ante la entidad UNMSM, entonces se tiene lo siguiente:

PENALIDAD POR MORA= S/. 653.00 (x día de penalidad x 102 días= S/. 66.606.00 nuevos soles inc. IGV, monto mucho mayor debiendo ser el monto máximo al diez por ciento (10%) del monto del valor del servicio de la prestación siendo por S/. 386,900.00 (...)

PENALIDAD POR MORA = 10% X s/. 386,900.00 = s/. 38,690.00 (son treinta y ocho mil seiscientos noventa y 001/100 nuevos soles)."

POR LA VALORIZACIÓN N° 12/MARZO 2015:

Expresado lo anterior, el contratista ejecutor de obra, mediante Carta N° 018-2015-CONSORCIO POSTGRADO/UNMSM presenta su valorización N° 12, el 06/

abr /2015, consecuentemente el día 08/abr/15, El Supervisor mediante Carta N° 13-2015/ACI/CACI/CONSULTOR, recomienda dicho pago a favor del contratista la cantidad de S/. 789.46 inc el IGV, por ejecución de obra, omitiendo el contenido ítem 3g/pag 7 de su contrato.

Ahora, si contabilizamos desde el día siguiente 09/abr/2015, a la fecha del 16/jun/2015, han transcurrido 69 días de penalidad en el cumplimiento de presentación del servicio, al amparo del ítem 3d//(d).-/página 5 y 6; Item3g/página 7, del Contrato N° 026-2014-UNMSM7ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 por el contenido que debió en su oportunidad presentar ante la entidad UNMSM; entonces se tiene lo siguiente:

PENALIDAD POR MORA= S/. 653.00 (x día de penalidad) x 69 días = S/. 45,057.00 nuevos soles inc IGV, monto mucho mayor, debiendo ser el monto máximo al diez por ciento (10%) del monto del valor del Servicio de la Prestación siendo por S7. 386,900 (...).

PENALIDAD POR MORA = 10% x S/. 386,900.00 = S/. 38,690 (son treinta y ocho mil seiscientos noventa y 007100 nuevos soles)"

"**MONTO PENALIDAD TOTAL**, el monto total a cancelar por parte de EL SUPERVISOR se establece con la sumatoria de las Penalidades establecidas en el CONTRATO N° 026-2014- UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM1) y el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo señala la demandante respecto a esta segunda pretensión

La regla para la determinación y cuantificación de daños y perjuicios se encuentra establecida en el artículo 1321 del Código Civil, aplicable en forma supletoria por disposición de la cláusula décima sexta del contrato. El dispositivo establece lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Así mismo, en la determinación y cuantificación de los daños, derivados de la responsabilidad contractual el artículo 1332 del cuerpo de leyes aludido, expresa.

Valoración del resarcimiento

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

Dentro de estos conceptos se ubica la aplicación del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado quien solo SANCIÓN CONPENALIDAD DIRECTA LA MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN, siendo la misma Ley contenida en el artículo 166, quién establece que el cálculo de otras penalidades deben ser calculadas en forma independiente, por lo tanto es imposible que se aplique el mismo criterio que la PENALIDAD POR MORA.

La jurisprudencia también, establecida por el OSCE, ha determinado que la aplicación de otras penalidades que no sea la mora y que se encuentren establecidas dentro del concepto genérico del artículo 166 del Reglamento, antes de su imposición debe de seguir los siguientes criterios:

Las Bases pueden establecer las penalidades distintas, ello quiere decir que tienen distinta naturaleza e incompatibilidades con las reguladas por el artículo 165. Por lo tanto no se aplican concurrentemente, para evitar el abuso del Derecho.

Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. El monto máximo equivalente es el 10% del monto del contrato vigente ó del ítem que debió ejecutarse.

Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora; es decir, no se aplica la fórmula a que se refiere el artículo 165 ni pueden ser concurrentes con aquellas.

Dentro de la aplicación de estos criterios, establecidos por el OSCE (SUB-DIRECCION DE CAPACITACION DEL OSCE - MODULO IV - CAPITULO IV), la imposición de la penalidad aplicable por la demandada mediante carta notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29.ABR.2015. no solo es indebida, ilegal, sino abusiva, por cuanto:

a.- La penalidad por presunto incumplimiento de funciones derivada de la relación contractual con la recurrente, NO SE ENCUENTRA ESTABLECIDA EN LAS BASES.

b.- No existe sustento lógico, objetivo, razonable y congruente que exige la norma para la aplicación de una penalidad por incumplimiento de funciones, más aun, cuando en su carta resolutoria, NO HA MANIFESTADO CUALES SON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO a que se alude, requisito sine quanon dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil Vigente.

c- NO se ha sustentado CUAL ES LA APLICACIÓN DE LA FORMULA en la cual se ha determinado la imposición de S/. 96,410.17 como penalidad.

d- La penalidad aplicada de SI. 96,410.17 (Noventa y seis mil cuatrocientos diez nuevos soles con diecisiete céntimos de nuevo sol), resulta ser más del 10% del monto del contrato vigente, porcentaje que el artículo 166 del Reglamento lo prohíbe.

De todo lo manifestado, esta parte concluye que existe una animadversión e intención dolosa de pretender inventar un motivo aparente con la finalidad de evitar el pago de las valorizaciones por los servicios YA PRESTADOS y de devolverme la garantía de fiel cumplimiento entregada a la entidad, hecho que no permitiré llegando a reclamar mi derecho mediante el presente proceso.

- **Aplicación del principio de Trascendencia en la determinación de la invalidez del pago de penalidades impuestas:**

Que teniendo en consideración que se ha cuestionado mediante el presente recurso la validez de la decisión que dispone resolver el contrato y que las penalidades son consecuencias de dicha decisión, en aplicación al principio de trascendencia, de ampararse lo expuesto en el presente recurso se debe reconsiderar también la ilegalidad de las penalidades ya referidas, dejándolas sin efecto.

En este sentido El Arbitrio Único considera que de acuerdo a lo establecido por el OSCE en distintas jurisprudencias la aplicación de penalidades que no sea la mora y que se encuentren establecidos dentro del concepto genérico del artículo 166 del Reglamento antes de su imposición deben de seguir los distintos criterios

Las Bases pueden establecer las penalidades distintas, ello quiere decir que tienen distinta naturaleza e incompatibilidades con las reguladas por el artículo 165. Por lo tanto no se aplican concurrentemente, para evitar el abuso del Derecho.

Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. El monto máximo equivalente es el 10% del monto del contrato vigente ó del ítem que debió ejecutarse.

Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora; es decir, no se aplica la fórmula a que se refiere el artículo 165 ni pueden ser concurrentes con aquellas.

Dentro de la aplicación de estos criterios, establecidos por el OSCE (SUB-DIRECCION DE CAPACITACION DEL OSCE - MODULO IV - CAPITULO IV), la imposición de la penalidad aplicable por la demandada mediante carta notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29.ABR.2015. no solo es indebida, ilegal, sino abusiva, por cuanto:

a.- La penalidad por presunto incumplimiento de funciones derivada de la relación contractual con la recurrente, NO SE ENCUENTRA ESTABLECIDA EN LAS BASES.

b.- No existe sustento lógico, objetivo, razonable y congruente que exige la norma para la aplicación de una penalidad por incumplimiento de funciones, más aun, cuando en su carta resolutoria, NO HA MANIFESTADO CUALES SON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO a que se alude, requisito sine quanon dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil Vigente.

c- NO se ha sustentado CUAL ES LA APLICACIÓN DE LA FORMULA en la cual se ha determinado la imposición de S/. 96,410.17 como penalidad.

d- La penalidad aplicada de SI. 96,410.17 (Noventa y seis mil cuatrocientos diez nuevos soles con diecisiete céntimos de nuevo sol), resulta ser más del 10% del monto del contrato vigente, porcentaje que el artículo 166 del Reglamento lo prohíbe.

Del análisis realizado por el Arbitro Único puedo concluir que ni en la forma ni en el fondo la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS ha cumplido con acreditar los requisitos para la aplicación de penalidades y que este accionar pretende evitar el pago de la valorizaciones por los servicios prestados, así como de devolver la garantía de fiel cumplimiento.

En este sentido corresponde declarar fundada esta pretensión y declarar nulo e ineficaz la Carta Notarial No. 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, así como, el acto administrativo que decide:

- a).- La retención del pago de las valorizaciones: No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de SI. 22.224.96.
- b).- La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato No. 026-2014UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1" a su representada ascendente a la suma de SI. 38,690.00.
- c).- La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", fijados en la suma de SI. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes: A).- SI. 38.690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- SI. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 11 y C).- SI. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la valorización No. 12.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

La declaración de la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "CONTRATO No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1", derivado del otorgamiento de la buena pro en la adjudicación Directa Pública N°

004-2014-UNMSM, para la contratación del servicio de consultoría de obra: Supervisión de Obra: "Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria", a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales.

Teniendo en cuenta lo argumentado por las partes sobre este punto controvertido en los escritos de demanda y contestación de demanda y en virtud a lo que señala el Artículo 175 del Reglamento cuando establece que las ampliaciones de plazo, proceden cuando el hecho que genera el atraso o la paralización de un contrato es imputable al contratista, en este caso supervisar la norma en referencia, establece que la ampliación del plazo es procedente, cuando existan los requisitos siguientes:

- a.- La aprobación de un adicional que afecte el plazo de ejecución de un contrato.
- b.- Los retrasos o paralizaciones no imputables al contratista.
- c.- Los atrasos o paralizaciones imputables a la entidad.
- d.- Caso fortuito o de fuerza mayor.

En este sentido las ampliaciones en contratos de bienes o para la prestación de servicios , darán lugar al pago de gastos generales debidamente acreditados, por lo cual teniendo en cuenta lo resuelto en las pretensiones primera y segunda del presente laudo se declara fundado esta pretensión debiendo declararse la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "CONTRATO No. 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014- UNMSM-1", derivado del otorgamiento de la buena pro en la adjudicación Directa Pública N° 004-2014-UNMSM, para la contratación del servicio de consultoría de obra: Supervisión de Obra: "Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria", a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Se disponga el pago inmediato de las valorizaciones No. 11 por la suma de SI. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de SI. 22,224.96, así como, los intereses legales generados como consecuencia del incumplimiento, por haberse cumplido con realizar la prestación.

En este sentido teniendo en cuenta lo resuelto en las pretensiones primera, segunda y tercera del presente laudo se declara fundada este pretensión por lo tanto corresponde el pago de la valorizaciones No. 11 por la suma de SI. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de SI. 22,224.96, así como, los intereses legales generados a la fecha.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

El pago de los servicios prestados a la demandada y de los daños y perjuicios del lapso comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior, los mismos que deberán ser determinados en ejecución de Laudo Arbitral.

Del Análisis de lo señalado por las partes respecto a este punto el Arbitro Único determina que el cuaderno de obra, así como la documentación presentada por la contratista ANA CONSUELO CISNEROS INANA se puede acreditar que ha cumplido con su labor de supervisión hasta el 28 de abril del 2015, pues el 29 de abril del 2015, se le comunicó a la demanda la culminación del contrato en referencia, siendo así, ha existido una labora adicional de 45 días, los mismos que deberán de ser determinados al momento de ejecutarse el laudo arbitral.

Por lo que se declara Fundada la presente pretensión correspondiendo el pago a favor de ANA CONSUELO CISNEROS IBANA por los servicios prestados, así como de los daños y perjuicios del lapso comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior hasta la ejecución del laudo.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

A quien corresponde asumir la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

En este sentido debemos de indicar que en el presente proceso arbitral la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA cancelo la parte que le correspondía por honorarios profesionales del Arbitro Único y del Secretario Arbitral si no también se subrogó en el pago de honorarios profesionales que le correspondía cancelar a la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.

En este sentido la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS deberá de asumir la totalidad de las costas y costos del proceso debiendo de cancelar a favor de la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA la suma total de:

S/. 5,354.36 Nuevos Soles por concepto de honorarios del Árbitro Único

S/. 3,290.36 Nuevos Soles por concepto de honorarios del Secretario Arbitral

S/. 8,644.72 Nuevos Soles.

XV.- LAUDO ARBITRAL DE DERECHO.

Sobre la base de la voluntad de las partes, de los argumentos esgrimidos, la valoración de las pruebas presentadas y actuadas, así como de las consideraciones antes expuestas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49º y 50º de la Ley de Arbitraje y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Arbitro Único lauda en Derecho:

1.-DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por lo que corresponde declarar nulo e ineffectivo el Oficio N° 603-OGIU-DGA-2015 de fecha 20 de abril de 2015, así como, de la decisión administrativa mediante la cual se

dispone unilateralmente la "Resolución del contrato de Supervisión N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1", de la Obra: Instalación de la Escuela de Postgrado en la Ciudad Universitaria de la UNMSM" por presunto incumplimiento de funciones como supervisora.

2.- DECLARAR FUNDADO LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por lo que corresponde declarar nulo e ineficaz la Carta Notarial N° 003/2015/OGIU de fecha 29 de abril del 2015, así como el acto administrativo que decide:

- d) La retención del pago de las valorizaciones: N° 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización N° 12 porta suma de S/. 22,224.96.
- e) La retención del fondo de garantía por fiel cumplimiento otorgado por la recurrente como consecuencia de la suscripción del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1 a su representada ascendente a la suma de S/. 38,690.00.
- f) La determinación indebida de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMSM-1, fijados en la suma de S/. 96,410.17, y su retención derivado de los ítems siguientes: A).-S/. 38,690.00 que corresponde a la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por la recurrente. B).- S/. 35,495.41, que corresponde al pago insoluto de la valorización N° 11 y C).- S/. 22,224.76, que corresponde al pago insoluto de la valorización N° 12.-sic".

3.- DECLARAR FUNDADO LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: y Determinar que si corresponde "la declaración de la continuación y vigencia, disponiéndose la prórroga del "CONTRATO N° 026-2014-UNMSM/ADP CLASICO 004-2014-UNMASM-T' (...), a partir del 17.MAR-2015 hasta la culminación total de la mencionada obra, procediéndose a suscribir la adenda respectiva y establecer los gastos adicionales".

4.- DECLARAR FUNDADO LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinando que si corresponde se disponga el pago inmediato de las

valorizaciones No. 11 por la suma de S/. 35,495.41 y valorización No. 12, por la suma de S/. 22,224.96, así como, los intereses legales generados como consecuencia del incumplimiento, por haberse cumplido con realizar la prestación".

5.- DECLARA FUNDADO LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinando que si corresponde el pago de los servicios prestados a la demandada y de los daños y perjuicios del lapso comprendido entre el 17.MAR.2015 y todos los que se devenguen en forma posterior, los mismos que deberán ser determinados en ejecución de Laudo Arbitral".

6.- DECLARAR FUNDADO LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar que si corresponde que la UNMSM asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

En este sentido la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS deberá de asumir la totalidad de las costas y costos del proceso debiendo de cancelar a favor de la contratista ANA CONSUELO CISNEROS IBANA la suma total de:

S/. 5,354.36 Nuevos Soles por concepto de honorarios del Árbitro Único

S/. 3,290.36 Nuevos Soles por concepto de honorarios del Secretario Arbitral

S/. 8,644.72 Nuevos Soles.

RENATO ESPÍNOLA LOZANO
Arbitro Único