CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE

Caso Arbitral N° 0577-2020-CCL

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA ENERGÍA Y MINERÍA
(en adelante, OSINERGMIN, o el Demandante)
vs.
CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C.
(en adelante, CA o la Demandada)

LAUDO

Tribunal arbitral:
Alonso Bedoya Denegri (Presidente)
Jorge Burga Vásquez (Co-árbitro)
José Rosales Rodrigo (Có-árbitro)

Secretaría Arbitral:
María Alejandra Gulman Navarrete

Tipo de Arbitraje:
Institucional y de Derecho

Lima, 7 de junio de 2022

ÍNDICE

PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS: 3
I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL 4
1.1. El Convenio Arbitral. 4
1.2. Instalación del Tribunal Arbitral. 5
II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL 6
III. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS 6
3.1. Determinación de los Puntos Controvertidos 6
3.2. Admisión de Medios Probatorios de las partes y actuación de pruebas no documentales 7
IV. AUDIENCIA ÚNICA Y AUDIENCIA ADICIONAL 8
V. CIERRE DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR 8
VI. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS 9
VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS 13
PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO 13
SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO 30
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO 43
CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO 44
QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO 50
VIII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ..... **¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.**

PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS:

Son partes en el arbitraje:

a) Demandante

Razón Social	:	ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN
Representante	:	Daniel Calmet Goytendia
Abogado	:	Rosario del Pilar Fernández Figueroa Miguel Ángel Becerra Arévalo Wilfredo Delgado Espinoza

b) Demandada

Razón Social	:	CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C
Representante	:	Robert Antonio Palomino de la Gala Núñez
Abogados	:	No precisó

En Lima, a los 7 días de junio del 2022, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas procesales aprobadas mediante Orden Procesal Nº2, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas, dicta el siguiente laudo para poner fin, a la controversia:

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

1.1. El Convenio Arbitral.

Está contenido en la cláusula décimo quinta del Contrato el Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 celebrado en el marco del CONCURSO PUBLICO N° 22-2017-OSINERGMIN para la "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (en adelante el "Contrato"), en donde se deja claramente establecido que el presente proceso arbitral es de Derecho e Institucional.

> *"CLÁUSULA DÉCIMOQUINTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*
>
> *Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.*
>
> *Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.*

El arbitraje será institucional y resuelto por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros. Se establece el siguiente orden de prelación respecto de las instituciones arbitrales: En primer lugar: Cámara de Comercio de Lima; y en segundo lugar: el Centro de Arbitraje de la PUCP.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado."

1.2. Instalación del Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral ha sido constituido de la siguiente manera: Jorge Fabricio Burga Vásquez en calidad de árbitro designado por la parte demandante, José Rodrigo Rosales Rodrigo en calidad de árbitro designado por la parte demandada y Alonso Bedoya Denegri en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral designado por los árbitros.

Con fecha 16 de setiembre de 2021, se instaló el presente proceso arbitral mediante Orden Procesal N°1, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje del Centro que establece la prerrogativa del Tribunal Arbitral de instalarse sin la presencia de las partes, mediante Resolución, en dónde se establecieron las reglas que serán aplicables al arbitraje

En dicho acto, se envió un proyecto de las reglas del arbitraje, las cuales quedaron sentadas de manera definitiva en la Orden Procesal N°2.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Conforme a lo establecido en la Orden Procesal de instalación y el Contrato, son de aplicación al presente proceso arbitral, la ley peruana, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En insuficiencia, el Tribunal Arbitral interpreta y resuelve de acuerdo con su propósito y en forma que sea más adecuada para el arbitraje.

El presente arbitraje tiene como ley de fondo la normativa de Contrataciones del Estado, siendo de aplicación la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo 1341 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo 056-2017-EF que aprueba su Reglamento.

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

3.1. Determinación de los Puntos Controvertidos

Mediante Orden Procesal N°3 de fecha 2 de diciembre del 2021 el Tribunal Arbitral procedió a fijar los siguientes Puntos Controvertidos:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", realizada por el demandado mediante su Carta Notarial N° 65966, notificada el 20 de octubre de 2020.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", efectuada por OSINERGMIN mediante

Oficio N° 466-2020-OSGAF (Carta Notarial N° 66039), notificado al demandado el 26 de octubre de 2020.

Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde la devolución del importe de S/ 39,227.87, correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el demandado debe pagar una penalidad ascendente S/ 3,859.66 (Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve y 66/100 Soles) por mora.

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que las costas y costos del arbitraje son de cargo del demandado.

3.2. Admisión de Medios Probatorios de las partes y actuación de pruebas no documentales

El Tribunal Arbitral procedió con la etapa de saneamiento probatorio durante la cual, y luego de resolver las cuestiones probatorias, admitió los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes.

Primero: Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el Demandante, en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", de su escrito de demanda presentado el 29 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral dispuso tener presente y por actuadas las pruebas documentales presentadas en su escrito de demanda.

Segundo: Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la Demandada, en el acápite "IV). MEDIOS PROBATORIOS", de su escrito de contestación de demanda presentado el 26 de noviembre del 2021., el Tribunal Arbitral dispuso tener presente y por actuadas las pruebas documentales presentadas en su escrito de demanda.

Tercero: Mediante Orden Procesal Nº3 con fecha 3 de diciembre del 2021, el Tribunal Arbitral otorgó 15 días a OSINERGMIN para presentar como prueba el Informe Técnico Legal del Contrato de la referencia, solicitado por el Demandado. Mediante escrito de 23 de diciembre de 2021, OSINERGMIN señaló que no corresponde la remisión de un "nuevo" informe que deba elaborar OSINERGMIN, y se remitieron a las comunicaciones debidamente notificadas en su oportunidad durante la ejecución contractual

IV. AUDIENCIA ÚNICA Y AUDIENCIA ADICIONAL

Con fecha 28 de enero de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Única, en dónde ambas partes ratificaron su posición y sus argumentos, los mismos que fueron expresados en su escrito de demanda y escrito de contestación de demanda respectivamente.

Posteriormente, por acuerdo de las partes se llevó a cabo una audiencia adicional de informes orales el 31 de marzo del 2022.

V. CIERRE DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Dado el estado del proceso y tomando en consideración que las partes han tenido oportunidad suficiente para exponer su posición con relación al presente arbitraje, el Tribunal Arbitral considera conveniente cerrar la instrucción y fijar el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en la Orden Procesal Nº3 y el artículo 32º y el artículo 39º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Por tanto, se fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, debiéndose tener presente lo establecido en el artículo 39º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

VI. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

PRIMERO: Corresponde al Tribunal Arbitral señalar los siguientes puntos: i) Que, el presente proceso arbitral se deriva de la cláusula décimo quinta del Contrato; ii) que, el Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos establecidos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iii) que, la Demandada, contestó la demanda dentro de los plazos establecidos y ha ejercido su derecho de defensa, iv) que, ambas partes contaron con las mismas oportunidades para ofrecer sus medios probatorios, así como para ejercer plenamente su derecho de defensa y v) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

SEGUNDO: El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

La valorización de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

> *"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios"*

Además, el Tribunal Arbitral señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces y árbitros no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.[1] La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

TERCERO: Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, generar certeza en los árbitros respecto de las afirmaciones sobre los hechos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba, junto con una valoración conjunta de los mismos.

Esto se encuentra recogido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorgando a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas; asimismo, el artículo 28 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima determina que el Tribunal Arbitral decide de manera exclusiva, la admisibilidad, la oportunidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

CUARTO: Que, la Carga de la Prueba constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial, se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, Al respecto, el Tribunal

[1] Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires- Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, P. 406.
El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar *"En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En Efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando*" (Expediente Nº 1230-2002-HC/TC, FJ 13).
En igual sentido: "*si bien, como ha establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo*" (Expediente Nº 03864-2014-PA/TC, FJ 27).

Arbitral debe señalar que, en el presente arbitraje, se mantiene la carga de la prueba del Demandante respecto de sus afirmaciones sobre los hechos. En este contexto, y como resulta evidente, se realizó la valoración conjunta de las pruebas aportadas por las partes.

> *"Artículo 196°.- Carga de la prueba.-*
> *Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".*

QUINTO: Que, conforme se ha indicado anteriormente en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición del Demandante, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al presente. Del mismo modo el Tribunal Arbitral ha analizado la posición de la Demandada, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al proceso.

SEXTO: Que, el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes y que deben cumplirse y respetarse escrupulosamente.

Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que este como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62º de nuestra Constitución Política.

En tal sentido, los artículos 1352º, 1354º y 1356º del Código Civil consagran los principios de consensualidad, libertad contractual y carácter obligatorio de las disposiciones contractuales. Al respecto, el artículo 1361º del Código Civil declara como principio rector que *"los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"* y el artículo 1362º del mismo cuerpo normativo prescribe que *"los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*.

Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352º del Código acotado que establece que *"los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad"*; en igual sentido, el artículo 1373º del citado cuerpo normativo dispone que *"el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente"*.

Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación establecido en el derecho común (*pacta sunt servanda*), que, como es bien sabido constituye la base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.

Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

SETIMO: Que, conforme a la demanda y la contestación y reconvención se ha fijado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.

Siendo ello así, corresponde al Tribunal Arbitral establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada del criterio del Tribunal Arbitral respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.

Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de Derecho, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

"La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (…) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (…).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (…).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba.

Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio." [2]

NOVENO: De la revisión de la demanda, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, el Tribunal Arbitral tiene la siguiente posición respecto al presente caso arbitral:

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia, invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017

[2] ROCHA ALVIRA, Antonio. "De la prueba en el Derecho". Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21.

"Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", realizada por el demandado mediante su Carta Notarial N° 65966, notificada el 20 de octubre de 2020.

POSICIÓN DE OSINERGMIN:

1. El Demandante señala que contaba con la necesidad de implementar una solución para que brinde soporte y mantenimiento adecuado con el fin de facilitar la operatividad de un sistema de la Gerencia de Recursos Humanos que fue implementado en el año 2009. Concretamente en el Capítulo III de las Bases Integradas se señaló de manera expresa la finalidad pública del servicio requerido:

   > *"Brindar una solución para la gestión de Recursos Humanos y sus procesos de negocio, con la finalidad de mejorar la calidad de los servicios que brindan a las Gerencias y Oficinas del Osinergmin".*

2. En cuanto a las observaciones, en la cláusula séptima del Contrato, se indicó que las observaciones serían efectuadas por la Gerencia de Sistemas y Tecnología de la Información (GSTI) en el aspecto técnico; y por la Gerencia de Recursos Humanos en el aspecto funcional. En dicha cláusula OSINERGMIN debía precisar de manera clara el sentido de las observaciones otorgando un plazo para subsanar no menor de dos ni mayor de diez días, dependiendo de la complejidad. El Demandante enfatiza que la Demandada conocía del mecanismo y procedimiento para la determinación de observaciones y su respectiva subsanación.

3. Según sostiene OSINERGMIN, es a partir de la entrega de los Entregables Nº4 y Nº5 que la Demandada de manera intempestiva, sin fundamento alguno y sin identificar incumplimientos contractuales denunciados, sostuvo la tesis que el OSINERGMIN tendría un trato subjetivo y negativo respecto de ella, lo que a criterio de CA se verificaría con el requerimiento de aspectos técnicos ajenos a los Términos de Referencia, lo que afectaría al cumplimiento de sus obligaciones y le generaría excesivo trabajo innecesario.

4. OSINERGMIN manifiesta que la finalidad de CA era la de "crear" un argumento para resolver el Contrato, sin manifestar o precisar, ni detallar y/o identificar cuáles son los supuestos incumplimientos de OSINERGMIN o cuáles son los requerimientos técnicos ajenos al Contrato que OSINGERMIN habría efectuado.

5. A manera de ejemplo, mediante Oficio Nº GSTI-62-2020/OS-OS de fecha 12 de marzo del 2020, OSINERGMIN observó el primer entregable. La Demandada a efectos de subsanar las observaciones del Primer Entregable remite su carta de fecha 22 de junio del 2022, de la cual se destaca que no se señala que las observaciones se sustenten en requerimientos ajenos al Contrato, o que el procedimiento de observaciones no se ajuste a lo establecido en el mismo. Por el contrario, CA adjunta a dicha carta el informe de levantamiento de observaciones, de lo cual no quedan dudas que para la Demandada las observaciones efectuadas eran válidas, al cumplir el levantamiento de las mismas sin objetar nada al respecto. Algo similar ocurre con el Segundo Entregable y el Tercer Entregable.

6. En lo referente al Cuarto Entregable, el mismo fue presentado mediante carta del 31 de agosto del 2020 y fue observado por OSINERGMIN. Sobre dicho entregable, la Demandada no cumplió con levantar todas las observaciones, con lo cual no se dio la conformidad y se procedió a la aplicación de la penalidad correspondiente por mora. En resumen, CA no presentó ninguna objeción en relación al oficio antes indicado ni tampoco cumplió con subsanar las observaciones que quedaron pendientes.

7. De igual manera, OSINERGMIN indica que, con el Quinto Entregable, se formularon observaciones las cuales nunca fueron respondidas por la Demandada, es decir, no se subsanó el Quinto Entregable.

8. OSINERGMIN sostiene que todas y cada una de sus observaciones se sustentan en las obligaciones y requerimientos técnicos contemplados en el Contrato, el cual incluye los TDR.

9. Con fecha 9 de octubre del 2020, CA remite una comunicación mediante la cual denunciaba que se le estaba tratando de manera subjetiva y que OSINERGMIN estaría efectuando requerimientos técnicos no establecidos en los TDR. No obstante, OSINERGMIN sostiene que en ningún extremo de su comunicación mencionan o identifican cuáles serían los requerimientos técnicos que OSINERGMIN estaría solicitando de manera arbitraria y sin respaldo contractual, por lo que la imputación de CA carece de sustento y fundamento.

10. Para el Demandante, las supuestas alegaciones de incumplimiento contractual se basan en meras generalidades sin identificar ni sustentar las supuestas inconductas contractuales.

11. Con fecha 12 de octubre del 2020, la Demandada reitera la denuncia efectuada días previos, remitiendo una comunicación en el mismo sentido dirigida a seis áreas de OSINERGMIN. De igual manera en ésta segunda comunicación omiten identificar cuales serían los supuestos requerimientos indebidos que OSINERGMIN estaría realizando.

12. Sin perjuicio de lo anterior, OSINERGMIN señala que en respuesta a ambas comunicaciones, la Gerencia de Administración y Finanzas precisó que las comunicaciones sobre la ejecución del Contrato deben ser remitidas al área correspondiente, es decir a la Gerencia de Sistemas y Tecnología de la Información y Gerencia de Recursos Humanos.

13. Inclusive, OSINERGMIN manifiesta que citó a CA a una reunión virtual a efectos de que expongan los aspectos mencionados en las cartas remitidas los días 9 y 12 de octubre del 2020. Asimismo, el 16 de octubre del 2020, la Demandada presentó una carta en respuesta a las observaciones al Quinto Entregable, es decir luego de que CA efectuara su denuncia en base a supuestos requerimientos indebidos por parte de OSINERGMIN, el 16 de

octubre del 2020 se presenta la subsanación del Quinto Entregable en la que no se indica en ningún extremo cuáles serían los requerimientos indebidos efectuados por parte de OSINERGMIN.

14. En ese escenario, el mismo 16 de octubre del 2020, ante el pedido de reunión por parte de OSINERGMIN, CA remite una carta notarial conminando a OSINERGMIN cumplir con la obligación de ceñirse al marco legal del Contrato, reiterando que se estarían realizando requerimientos sin respaldo contractual y cuestionando por primera vez el procedimiento de formulación de observaciones. Asimismo, requieren formalmente que en el plazo de 2 días hábiles de notificada la carta notarial cumplan con su obligación esencial y legal de ceñirse al marco legal del Contrato, bajo apercebimiento de resolver el Contrato.

15. OSINERGMIN observa que de dicha carta notarial, la Demandada no ha identificado cuál o cuáles son los requerimientos que se estarían realizando de manera indebida, adicionalmente se menciona de manera general el supuesto incumplimiento por parte de OSINERGMIN de la obligación esencial de respetar y ceñirse al marco legal del Contrato, pero no establece que actuación puntual y específica por parte de OSINERGMIN habría contravenido las disposiciones contractuales que vinculan a las partes, y que por primera vez se hace alusión al deber por parte de OSINERGMIN a ceñirse al procedimiento de formulación de observaciones, aspecto que nunca fue cuestionado en ninguna de las comunicaciones remitiras por la Demandada para levantar las observaciones de los cinco entregables.

16. Adicionalmente, OSINERGMIN menciona que para la reunión virtual agendada, el representante de CA exigió la presencia del Gerente General de OSINERGMIN y aunque no correspondía que dicha autoridad esté presente, CA decidió no participar y se retiró.

17. Con fecha 20 de octubre del 2020, CA remite carta notarial mediante la cual procede a resolver el Contrato sustentando su decisión en que OSINERGMIN habría incumplido con el requerimiento previamente efectuado con su carta notarial previa, imputando a OSINERGMIN los siguientes incumplimientos: i) incumplir la obligación esencial y legal de

ceñirse al marco legal del Contrato y ii) incumplir con el procedimiento de formulación de observaciones.

18. Por lo anterior, el Demandante concluye que la decisión de la Demandada carece absolutamente de fundamento, pues el mismo día en que remite la carta notarial de requerimiento el 16 de octubre del 2020 en la que por primera vez se hace referencia a este aspecto, la Demandada cumple con presentar el levantamiento de observaciones al Quinto Entregable, sin que dicha carta informe o mencione vicios por parte de OSINERGMIN al formular observaciones.

POSICIÓN DE CA SISTEMAS:

19. La Demandada indica que con anterioridad al presente arbitraje, el Demandante resolvió el Contrato, imputándole una serie de incumplimientos relativos al Entregable 1 y 2 y que sobre dicha controversia, se inició un arbitraje (Caso Arbitral 0057-2018-CCL). El laudo arbitral declaró ineficaz la resolución contractual efectuada por OSINERGMIN y dispuso la continuidad de la ejecución contractual.

20. CA sostiene que en cuanto a las observaciones que estipula la normativa sobre contratación pública, que en caso la Entidad advirtiera la existencia de alguna, ésta debe manifestar al contratista el sentido de las mismas, debiendo fundamentar las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las caracterísiticas y condiciones establecidas en el Contrato**.**

21. Ello conlleva que la Entidad no puede observar aspectos que no se encuentren establecidos expresamente en las Bases Administrativas Integradas, ya que hacerlo significaría incurrir en exigir aspectos que no formaron parte de las reglas definitivas del proceso, y, menos aún, constituir por ende obligaciones contractuales a cargo del contratista, situación que contravendría la objetividad que reviste el principio de transparencia.

22. Aunado a lo anterior, se encuentra el hecho de que los procedimientos de selección son convocados con la finalidad de satisfacer las necesidades de

abastecimiento de las Entidades, y no con la intención de generar un sobre costo (perjuicio) al contratista, existiendo una crasa subjetividad en el tratamiento del contratista en el presente caso, lo cual transciende la "legitimidad" con la que la Entidad pretende penalizar al recurrente, ello aunado a la falta de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad de las penalidades con el objeto de contratación.

23. CA sostiene que ha cumplido con realizar correctamente – conforme al contrato y a lo exigido en los Términos de Referencia de las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección - las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato, realizando para ello todas las acciones que han estado a nuestro alcance, empleando la debida diligencia para ello y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

24. En tal sentido, se instó notarialmente a OSINERGMIN a ceñirse a lo estrictamente previsto en los Términos de Referencia contenidos en las Bases Administrativas Integradas del Concurso Público Nº 22-2017-OSINERGMIN para la "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos".

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

25. Esta pretensión versa sobre la resolución contractual practicada por CA mediante Carta Notarial N° 65966 y si corresponde o no declarar la invalidez o ineficacia o nulidad de la misma.

26. Siendo ello así, es conveniente evaluar en primer lugar si se han cumplido con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado y, en tanto las alegaciones para cuestionar la resolución se han referido tanto a la

forma como al fondo, entonces corresponde realizar un análisis detallado de estos dos presupuestos de resolución contractual:

27. En primer lugar, es pertinente remitirnos a los artículos 135 y 136 del Reglamento de la LCE que regulan la figura de resolución contractual:

> *"Artículo 135. Causales de resolución*
>
> *El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo136.*
>
> *;*
> *[…]"*
>
> *"Artículo 136. Procedimiento de resolución de contrato*
>
> *Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*
>
> *Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.*
>
> *Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.*
>
> *La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto*

> *máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*
>
> *La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.*
>
> *[Énfasis agregado]*

28. Entonces, el requisito de fondo requerido por la normativa de contrataciones del Estado es que la Entidad haya incurrido en un incumplimiento injustificado de obligaciones por lo que corresponderá analizar si OSINERGMIN cumplió o no con las obligaciones pactadas en el Contrato.

29. Como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración.

30. Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

31. En tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 136 del Reglamento, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo la normativa al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

32. El mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría ningún impedimento

para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.

33. Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.

34. El requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

35. Por ello, la normativa en contrataciones con el Estado exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.

36. Resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis que el artículo 136 del Reglamento de la LCE señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

    (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga.

    (ii) La fijación de un plazo que, en el caso de los Contratos de Obra, es de quince (15) días.

    (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

37. Que, la intimación, es un acto unilateral y recepticio, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

38. Adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de

la carta notarial se debe requerir al deudor para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar el incumplimiento por el cual se procede a resolver el contrato).

39. En ese orden de ideas, mediante Carta Notarial 65905, CA otorgó un plazo máximo de 2 días hábiles a efectos de que OSINERGMIN cumpliera con ceñirse al marco legal del contrato y a lo previsto en los TDR, así como a la formulación de observaciones formulado en las bases.

40. Es así que mediante Carta Notarial Nº 65966, CA procedió a resolver el Contrato alegando que OSINERGMIN no cumplió con con ceñirse al marco legal del contrato y a lo previsto en los TDR, así como a la formulación de observaciones formulado en las bases.

NOTARIA RAMOS
Av. La Marina 1423 - Primer Piso
San Miguel
20 OCT. 2020
CARTA NOTARIAL Nº 65966

CARTA NOTARIAL

Lima, 20 de Octubre del 2020.

Señores
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA Y MINERIA
Calle Bernardo Monteagudo Nº 222,
Magdalena del Mar – Lima
Presente.-

Atención: GERENCIA GENERAL

Ref.: Nuestra Carta Notarial Nº 65905 notificada el día 16.10.2020.
Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017 de fecha 23.10.17
Concurso Público Nº 22-2017-OSINERGMIN para la "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos"

De nuestra consideración:

Por medio de la presente y en atención al asunto de la referencia, estando a nuestro requerimiento expreso formulado mediante Carta Notarial Nº 65905 notificada el día 16.10.2020, en vista del tiempo transcurrido sin resultado positivo alguno y no habiendo vuestra institución cumplido con su obligación esencial y legal de ceñirse al marco legal del contrato, esto es a lo estrictamente previsto en los Términos de Referencia contenidos en las Bases Administrativas Integradas del Concurso Público Nº 22-2017-OSINERGMIN para la "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", a lo expresamente previsto en el Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017 de fecha 23.10.17 suscrito por ambas partes, a lo señalado por nuestra oferta adjudicada, así como al procedimiento de formulación de observaciones referido tanto en las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección como a lo normado por el artículo 143.4º del D.S. Nº 350-2015-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, todo ello parte integrante aplicable del contrato suscrito, y, atendiendo a lo expresamente previsto en los artículos 135.2º y 136º del D.S. Nº 350-2015-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 36.1º de la Ley Nº 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, modificada mediante Decreto Legislativo Nº 1341(normas aplicables por temporalidad), cumplimos con manifestarles formalmente nuestra decisión expresa de resolver el Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017 de fecha 23.10.17.

EL NOTARIO NO ASUME RESPONSABILIDAD SOBRE EL CONTENIDO DE LA CARTA, NI DE LA FIRMA, IDENTIDAD, CAPACIDAD O REPRESENTACIÓN DEL REMITENTE (ART. Nº 102 D. LEG. Nº 1049).

Finalmente, solicitamos se efectúe la respectiva liquidación de los servicios ejecutados que estuvieren impagos hasta la fecha de la presente resolución, procediendo a su cancelación correspondiente.

Sin otro particular, nos despedimos.

EXP. Nº 20200014940 6
OSINERGMIN
TRÁMITE DOCUMENTARIO
20 OCT. 2020
RECIBIDO
La recepción no de conformidad al contenido
Hora: 03:25 PM V°B°

Palomino de la Gala Núñez Robert
Gerente General
CA Sistemas Empresariales

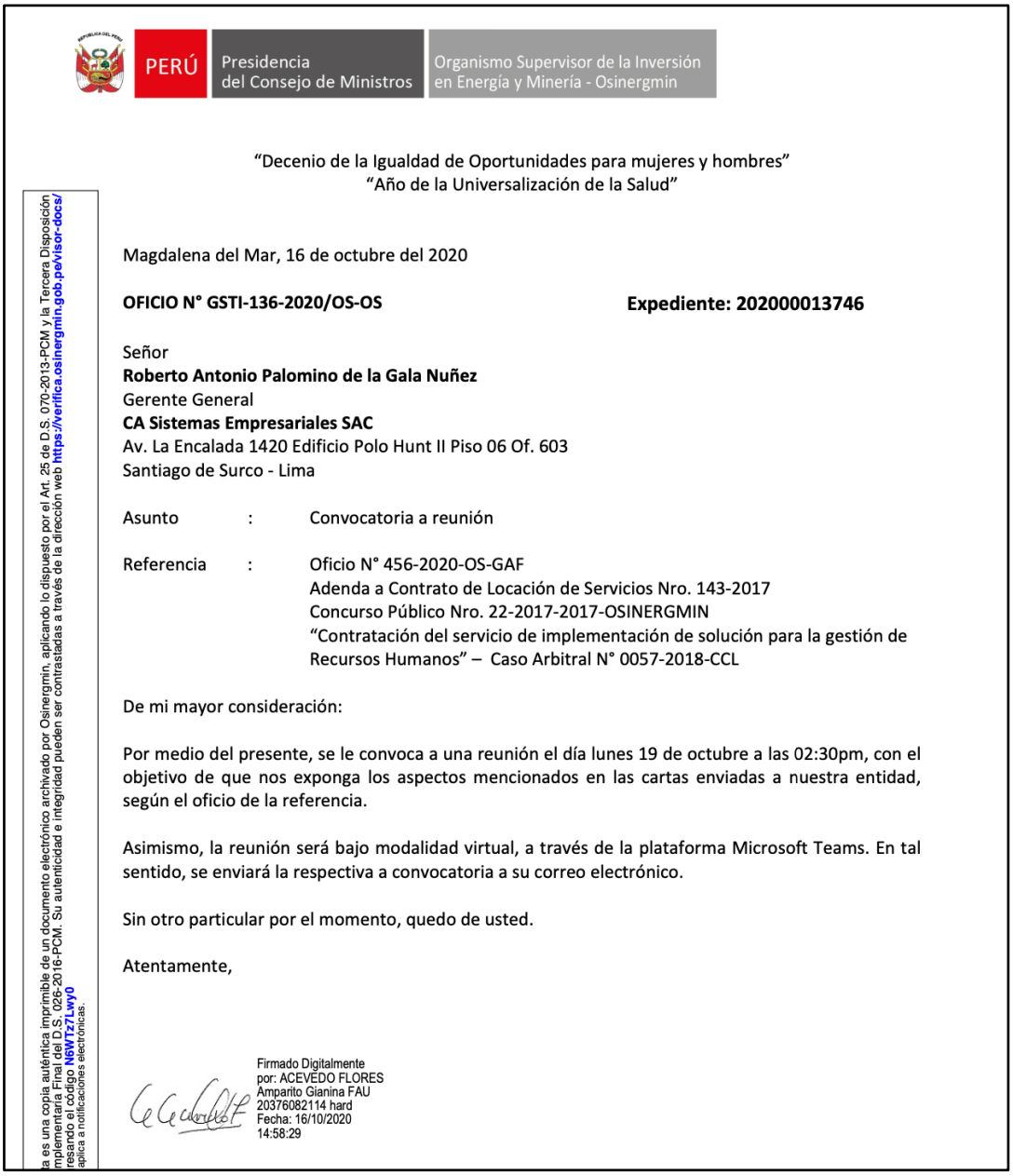
41. De acuerdo a la Carta Notarial Nº 65966 se hace expresa referencia a que se resuelve el Contrato, en tanto la Entidad «no ha cumplido con su obligación esencial y legal de ceñirse al marco legal del contrato, esto es a lo estrictamente previsto en los TDR contenidas en las Bases Administrativas Integradas….a lo expresamente previsto en el Contrato de Locación de Servicios…a lo señalado en nuestra oferta adjudicada, así como al procedimiento de formulación de observaciones referido tanto en las Bases Administrativas Integradas del Proceso de Selección como a lo normado por el artículo 143.3 del D.S Nº350-2015-EF…».

42. Que, dentro de tal orden de ideas, la resolución del Contrato efectuada por CA —en cuanto al procedimiento de forma seguido— ha sido correcta, puesto que hubo un requerimiento y una posterior resolución, dentro de plazos previstos y por conducto notarial.

43. Ahora bien, en torno al fondo, la Entidad cuestiona la resolución indicando que, en primer término, CA no precisa que término contractual o estipulación contenida en los TDR han sido incumplidos. Tan es así que mediante carta notarial de fecha 21 de octubre del 2020, OSINERGMIN manifiesta que no se ha especificado cual obligación contractual no se habría respetado:

> Por medio del presente nos dirigimos a usted, en virtud del documento señalado en la referencia, donde indican que no habríamos cumplido con la obligación esencial y legal de ceñirnos al marco legal del contrato, a los términos de referencia y al procedimiento de formulación de observaciones, por lo que nos notifican de manera sorpresiva con la supuesta resolución de contrato sin que se haya especificado o precisado cuáles son aquellas obligaciones contractuales que no se habrían respetado, situación que es rechazada por Osinergmin; toda vez que, durante la ejecución contractual se ha venido aplicando de manera correcta y respetando la normativa de contratación pública así como lo establecido en el Contrato que incluye las bases, los términos de referencia y la oferta.

44. Adicionalmente, y de manera previa, OSINERGMIN citó a CA el 16 de octubre para reunirse de manera virtual el 19 de octubre del 2020 y tratar los aspectos mencionados por CA referentes a diversos incumplimientos por parte de OSINERGMIN; sin embargo, CA no se presentó a dicha reunión, tomando como motivo que el Gerente General de OSINERGMIN no iba a estar presente:



PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

Magdalena del Mar, 16 de octubre del 2020

OFICIO N° GSTI-136-2020/OS-OS **Expediente: 202000013746**

Señor
Roberto Antonio Palomino de la Gala Nuñez
Gerente General
CA Sistemas Empresariales SAC
Av. La Encalada 1420 Edificio Polo Hunt II Piso 06 Of. 603
Santiago de Surco - Lima

Asunto : Convocatoria a reunión

Referencia : Oficio N° 456-2020-OS-GAF
Adenda a Contrato de Locación de Servicios Nro. 143-2017
Concurso Público Nro. 22-2017-2017-OSINERGMIN
"Contratación del servicio de implementación de solución para la gestión de Recursos Humanos" – Caso Arbitral N° 0057-2018-CCL

De mi mayor consideración:

Por medio del presente, se le convoca a una reunión el día lunes 19 de octubre a las 02:30pm, con el objetivo de que nos exponga los aspectos mencionados en las cartas enviadas a nuestra entidad, según el oficio de la referencia.

Asimismo, la reunión será bajo modalidad virtual, a través de la plataforma Microsoft Teams. En tal sentido, se enviará la respectiva a convocatoria a su correo electrónico.

Sin otro particular por el momento, quedo de usted.

Atentamente,

Firmado Digitalmente por: ACEVEDO FLORES Amparito Gianina FAU 20376082114 hard
Fecha: 16/10/2020 14:58:29

ta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Osinergmin, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición mplementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la dirección web https://verifica.osinergmin.gob.pe/visor-docs/ resando el código N6W1z7Lwy0 aplica a notificaciones electrónicas.

45. En esa línea, el quid de la presente pretensión es determinar si OSINERGMIN incumplió con obligaciones esenciales a su cargo durante la ejecución del Contrato.

46. Que, sobre la definición de qué es una obligación esencial, la Dirección Técnico Normativa del OSCE opina lo siguiente:[3]

> «2.1. ¿Cómo se define una obligación esencial?"
>
> 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.
>
> Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.
>
> Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.
>
> 2.1.2. Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que "(…) *En caso de **incumplimiento** por parte del contratista de alguna de sus **obligaciones**, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial,* (…). *Igual derecho*

[3] Opinión n.º 027-2014/DTN.

asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus ***obligaciones esenciales****, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.*" (El resaltado es agregado).

Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del Reglamento precisa que *"El contratista podrá solicitar la resolución del contrato,* (…)*, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus* ***obligaciones esenciales****, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°".* (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la

> potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.
>
> 2.1.3. De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato». [El subrayado, la negrita y la cursiva forman parte de la cita]

47. Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral no ha podido determinar cuál es la obligación esencial sobre la cual ha incumplido la Entidad. Tanto la carta notarial de CA que solicita el cumplimiento de las obligaciones por parte de OSINERGMIN, como la propia carta notarial que resuelve el Contrato, fallan en determinar de manera precisa el incumplimiento por parte de OSINERGMIN.

48. CA procede de manera genérica a señalar que la Entidad «no ha cumplido con su obligación esencial y legal de ceñirse al marco legal del contrato, esto es a lo estrictamente previsto en los TDR contenidas en las Bases Administrativas Integradas….a lo expresamente previsto en el Contrato de Locación de Servicios…a lo señalado en nuestra oferta adjudicada, así como al procedimiento de formulación de observaciones referido tanto en las Bases Administrativas Integradas del Proceso de Selección como a lo normado por el artículo 143.3 del D.S N°350-2015-EF…» sin embargo no aterriza ni precisa sobre qué aspecto del procedimiento de formulación de observaciones ha sido infringido por la Entidad.

49. Bajo esa premisa, CA no ha acreditado ni probado durante el presente proceso arbitral de manera precisa y concreta cual obligación esencial a cargo de OSINERGMIN ha sido incumplida. Asimismo, de los actuados, se colige que OSINERGMIN requirió a CA que precise que obligaciones habrían sido incumplidas, e inclusive citó a CA para reunirse de manera virtual y tratar sobre este tema de manera previa a la resolución contractual pactada por CA; sin embargo, por decisión del propio contratista, dicha reunión no se llevó a cabo.

50. Por ello, el Tribunal Arbitral es de la posición en que corresponde amparar la primera pretensión principal de la demanda y determinar la nulidad e invalidez de la Resolución Contractual efectuada por CA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 "Contratación del Servicio de Implementación de Solución para la Gestión de Recursos Humanos", efectuada por OSINERGMIN mediante Oficio N° 466-2020-OSGAF (Carta Notarial N° 66039), notificado al demandado el 26 de octubre de 2020.

POSICIÓN DE OSINERGMIN:

51. El Demandante señala que, a diferencia de la Demandada, OSINERGMIN de manera coherente con su actuación en la ejecución del Contrato, mediante carta notarial de fecha 21 de octubre del 2020, solicitó a CA el cumplimiento de sus obligaciones conctractuales, identificando con precisión y claridad los incumplimientos que se habían verificado.

52. En esa linea, OSINERGMIN manifiesta que notificó a CA que al 21 de octubre del 2020 estaba pendiente el levantamiento de observaciones del Cuarto y Quinto Entregable, consignándose el detalle especfíco en cada caso de la obligación incumplida y se le otorgó el plazo de 1 día para cumplir o subsanar cada una de las observaciones que se mantenían, bajo

apercibimiento de resolver el Contrato de acuerdo a lo establecido en el artículo 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

53. Pese al requerimiento efectuado, la Demandada no cumplió con lo requerido lo que determinó que OSINERGMIN legal y válidamente resuelva el Contrato, lo cual se notificó y comunicó mediante oficio Nº 466-2020-OS-GAF de fecha 26 de octubre del 2020, dejándose constancia del incumplimiento injustificado de obligaciones por parte de la Demandada.

POSICIÓN DE CA SISTEMAS:

54. CA manifiesta que mediante Carta Notarial Nº 154040 de fecha 11 de diciembre de 2017, la Entidad convocante procedió a comunicar expresamente la resolución del Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017, imputándose al contratista una serie de presuntos incumplimientos contractuales relacionados con el Entregable 1 y Entregable 2, misiva que al considerarla no ajustada a derecho, fue sometida – conjuntamente con otras controversias – al mecanismo del arbitraje de derecho.

55. Este arbitraje concluyó con la emisión del Laudo Arbitral de Derecho de fecha 14 de agosto de 2020, el cual declaró ineficaz la resolución contractual efectuada por OSINERGMIN, y, por ende, la continuidad del Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017, ordenándose a la Entidad la entrega al contratista de los códigos y credenciales para la generar la conectividad y comunicación nativa, así como el reembolso de S/. 4,934.12 Soles por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos asumidos vía subrogación.

56. El Demandado señala que se viene incumpliendo el principio de equidad que se encuentra consagrado en el articulo 2, inciso "i" de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que la penalidad y/o resolución contractual resultaría nula, improcedente y/o ineficaz, no pudiendo

legalmente imputarse penalidades cuya fuente y/o origen constituyen observaciones exigiendo aspectos no contemplados en el marco contractual.

57. En ese sentido, CA manifiesta que en vista de que el Demandado no cambió su parecer en torno a lo requerido en la Carta Notarial Nº 65905 y, estando a lo expresamente regulado en los artículos 135.2 y 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, CA le comunicó a OSINERGMIN su decisión expresa de resolver el Contrato mediante Carta Notarial Nº 65966 notificada el día 20 de octubre de 2020, solicitándoles se efectúe la respectiva liquidación de los servicios ejecutados que estuvieren impagos hasta la fecha de resolución, procediendo a su cancelación correspondiente, cancelación que no se ha efectuado, procediendo la Entidad a resolver mediante Carta Notarial Nº 66034 de fecha 26 de octubre de 2020, y, retener el importe de S/. 3,859.66 soles por concepto de presunta penalidad por lo cual ésta debería ser debidamente restituida, incluyendo intereses legales, ello pese a que el referido contrato ya se encontraba resuelto por CA.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

58. Al igual que el anterior punto controvertido, esta pretensión versa sobre la resolución contractual, a efectos del presente análisis tenemos en cuenta que OSINERGMIN procedió a resolver el Contrato a CA mediante Carta Notarial N° 66039 y se determinará si corresponde o no declarar la invalidez o ineficacia o nulidad de la misma.

59. Siendo ello así, y de similar manera que en el punto controvertido anterior, es conveniente evaluar en primer lugar si se han cumplido con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado y, en tanto las alegaciones para cuestionar la resolución se han referido tanto a la forma

como al fondo, entonces corresponde realizar un análisis detallado de estos dos presupuestos de resolución contractual:

60. De igual manera que se analizó en el punto controvertido anterior, debemos remitirnos a los artículos 135 y 136 del Reglamento que regulan la figura de resolución contractual:

> *"Artículo 135. Causales de resolución*
>
> *El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo136.*
>
> *;*
> *[…]"*
>
> *"Artículo 136. Procedimiento de resolución de contrato*
>
> *Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*
>
> *Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.*
>
> *Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.*

> *La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*
>
> *La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.*
>
> *[Énfasis agregado]*

61. Entonces, el requisito de fondo requerido por la normativa de contrataciones del Estado es que el contratista haya incurrido en un incumplimiento injustificado de obligaciones por lo que corresponderá analizar si CA cumplió con las obligaciones pactadas en el Contrato.

62. Como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración.

63. Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

64. En tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 136 del Reglamento, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

65. El mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría ningún impedimento para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.

66. Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.

67. El requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

68. Que se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.

69. Resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis que el artículo 136 del Reglamento señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

    (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga.

    (ii) La fijación de un plazo que, en el caso de los Contratos de Obra, es de quince (15) días.

    (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

70. Que, así, la intimación, es un acto unilateral y recepticio, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

71. Adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar el incumplimiento que se procede a resolver el contrato).

72. En ese orden de ideas, mediante Oficio Nº 463-2020-OS-GAF, notificado por conducto notarial con fecha 21 de octubre del 2020, OSINERGMIN otorgó un plazo máximo de 1 día hábil a efectos de que CA cumpliera con subsanar diversas observaciones efectuadas a los entregables Nº 4 y 5, bajo apercebimiento de resolver el Contrato.

73. Es así que mediante Oficio Nº466-2020-OS-GAF, diligenciado por conducto notarial, OSINERGMIN procedió a resolver el Contrato alegando que OSINERGMIN no cumplió con sus obligaciones contractuales, las cuales fueron detalladas en la anterior carta notarial.

PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

NOTARIA RAMOS
Av. La Marina 1443 - Primer Piso
San Miguel
26 OCT. 2020
CARTA NOTARIAL Nº 66039

Magdalena del Mar, 26 de octubre del 2020

CARTA NOTARIAL

OFICIO N° 466-2020-OS-GAF **Expediente: 202000013746**

Señor
Robert Antonio Palomino de la Gala Núñez
Gerente General
CA SISTEMAS EMPRESARIALES S.A.C.
Av. La Encalada N° 1420 Edificio Polo Hunt II Piso 06 Oficina 603, Urb. Lima Polo And Hunt Club
Santiago de Surco

Asunto: Resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017-"CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE IMPLEMENTACIÓN DE SOLUCIÓN PARA LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS"

Referencia: 1) Memorándum GSTI-397-2020

2) Carta Notarial N° 65998 (fecha 21.10.2020)

De nuestra consideración:

Por medio del presente nos dirigimos a usted, con relación a la Carta Notarial indicada en la referencia 2), con la finalidad de manifestarle que vuestra representada no cumplió con todas sus obligaciones contractuales requeridas en la mencionada Carta Notarial, en el plazo[1] otorgado, así como dicho incumplimiento no tiene justificación alguna; considerando lo expuesto por la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información (área usuaria del servicio responsable de la supervisión del mismo) en el memorándum de la referencia 1), cuya copia se adjunta al presente.

Asimismo, considerando que vuestra representada no ha cumplido con todas las obligaciones contractuales requeridas a través del documento de la referencia 2), dentro del mencionado plazo, **comunicamos que el Contrato de Locación de Servicios N° 143-2017 queda resuelto,** dado que dichos incumplimientos injustificados se encuentran dentro de la causal prevista en el

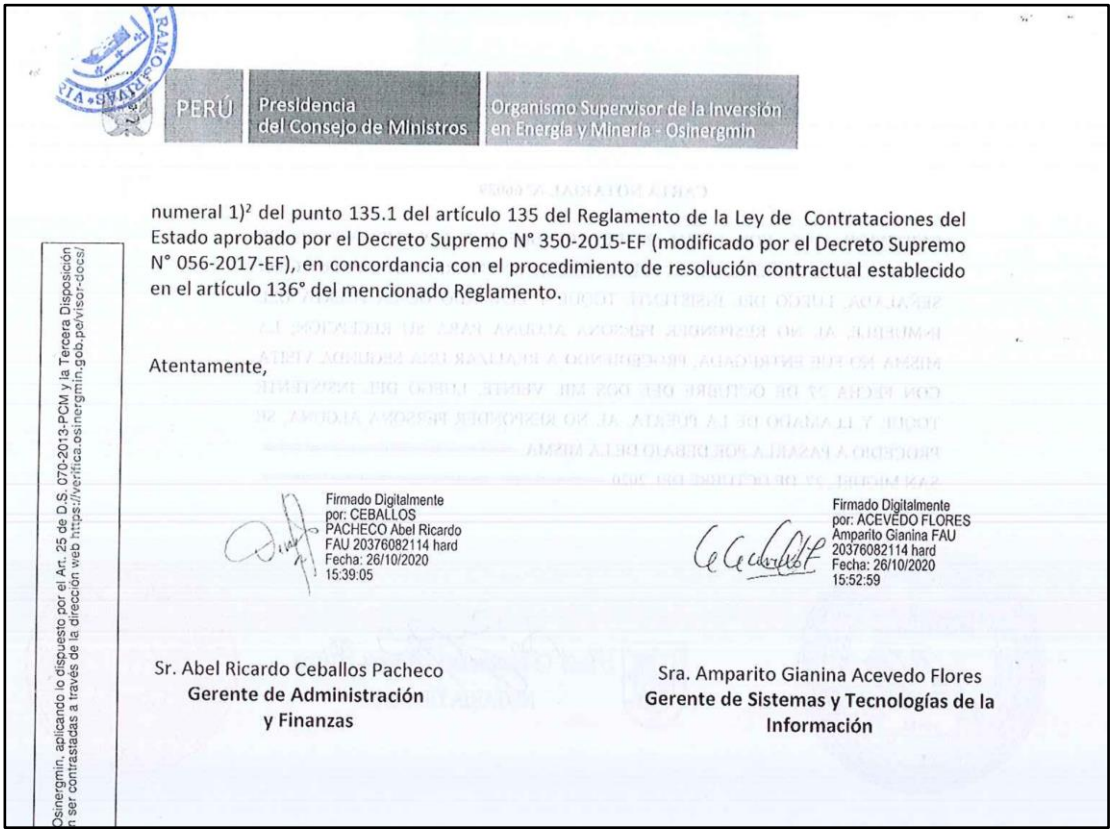
[1] El cual venció el veintitrés (23) de octubre de 2020

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Osinergmin, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la dirección web https://verifica.osinergmin.gob.pe/visor-docs/ ingresando el código aCay8Y8a2U
No aplica a notificaciones electrónicas.

EL NOTARIO NO ASUME RESPONSABILIDAD SOBRE EL CONTENIDO DE LA CARTA, NI DE LA IDENTIDAD O CAPACIDAD O REPRESENTACIÓN

Bernardo Monteagudo 222
Magdalena del Mar, Lima 17

Osinergmin



PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin

numeral 1)[2] del punto 135.1 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF (modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF), en concordancia con el procedimiento de resolución contractual establecido en el artículo 136° del mencionado Reglamento.

Atentamente,

Firmado Digitalmente por: CEBALLOS PACHECO Abel Ricardo FAU 20376082114 hard Fecha: 26/10/2020 15:39:05

Firmado Digitalmente por: ACEVEDO FLORES Amparito Gianina FAU 20376082114 hard Fecha: 26/10/2020 15:52:59

Sr. Abel Ricardo Ceballos Pacheco
Gerente de Administración y Finanzas

Sra. Amparito Gianina Acevedo Flores
Gerente de Sistemas y Tecnologías de la Información

Osinergmin, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición n ser contrastadas a través de la dirección web https://verifica.osinergmin.gob.pe/visor-docs/

74. Se advierte que en el Oficio N°466-2020-OS-GAF, diligenciado por conducto notarial, se hace expresa referencia a que se resuelve el Contrato, en tanto la Demandada «no cumplió con todas sus obligaciones contractuales requerida en la mencionada carta notarial en el plazo otorgado así como dicho incumplimiento no tiene justificación alguna considerando expuesto por la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información en el memorándum Nº 1. Asimismo considerando que vuestra representada no ha cumplido con todas las obligaciones contractuales requeridas a través del documento de la referencia dentro del mencionado plazo, comunicamos que el Contrato de Locación de Servicios Nº 143-2017 queda resuelto, dado que dichos incumplimientos injustificados se encuentran dentro de la causal prevista en el numeral 1 del punto 135.1[…] ».

75. Que, dentro de tal orden de ideas, la resolución del Contrato efectuada por OSINERGMIN —en cuanto al procedimiento de forma seguido— ha sido correcta.

76. Ahora bien, en torno al fondo, tenemos que en primera instancia la Entidad emitió el Oficio Nº GSTI-118-2020/OS-OS de fecha 08 de setiembre de 2020 presentaba observaciones al Cuarto Entregable por parte de OSINERGMIN, lo que se sustentó con el Informe No I-GSTI-313-2020 del 07 de setiembre de 2020.

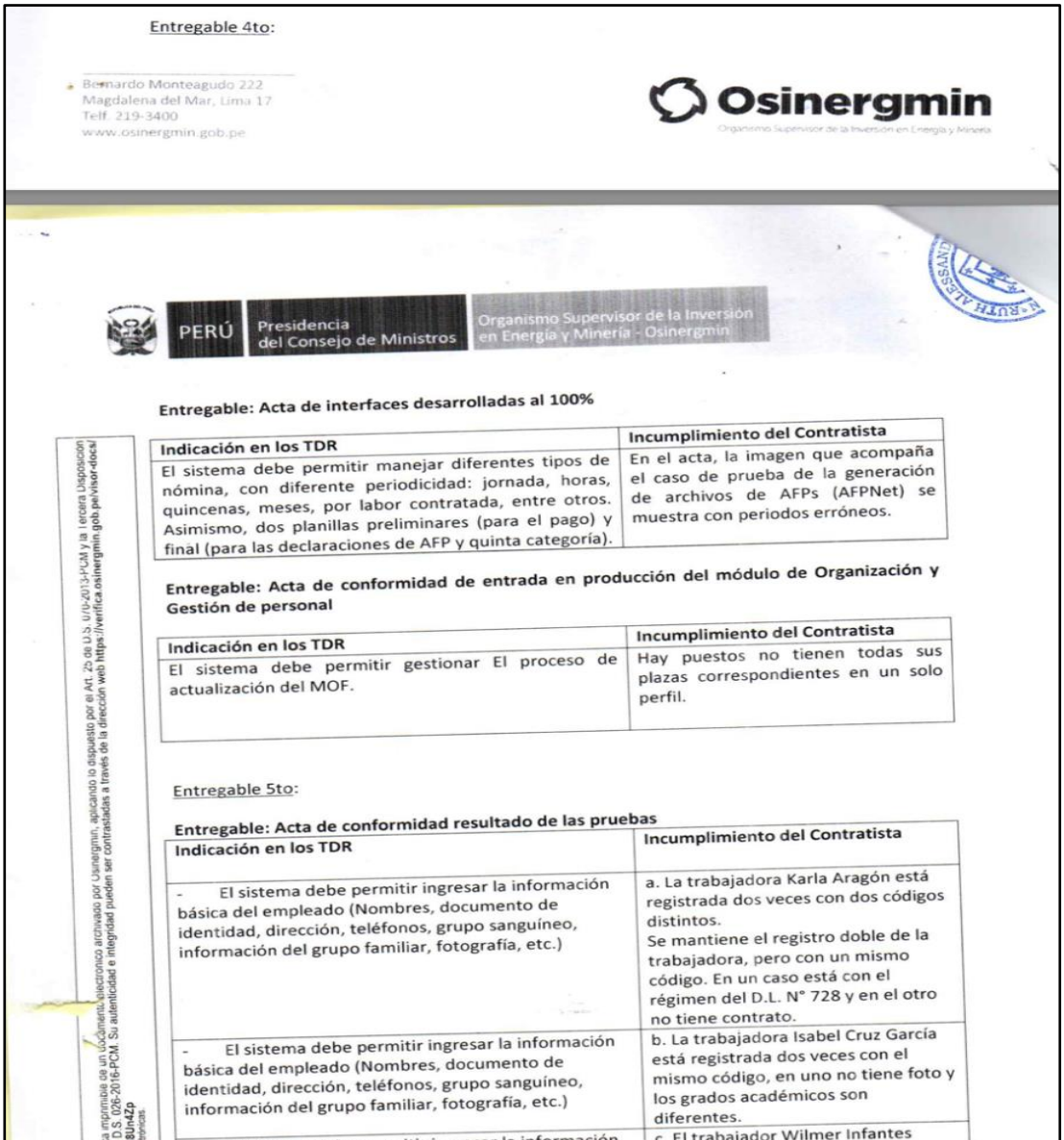
77. Respecto de dicho oficio, CA presentó el levantamiento de observaciones el 16 de setiembre del 2020, no obstante OSINERGMIN remite con fecha 23 de setiembre de 2020 el Oficio Nº GSTI-124-2020/OS-OS de la misma fecha, al cual se adjunta el Informe Nº I-GSTI-336-2020, mediante el cual se indica a CA que el entregable aún presenta observaciones pendientes de subsanar, que a modo de ilustración incluían:

    (i)La no conformidad respecto al punto 3.1.4.9 donde indica que el objetivo de la capacitación para organización y funciones es referido al "modulo de asistencia"; (ii) la no conformidad respecto al punto de conocimientos obtenidos referido a "asignar colaboradores a los puestos", funcionalidad que no está incluida en el módulo, al ser esta asignación automática; (iii) la no conformidad respecto a la duración de la actividad, la que tuvo una duración de 60 minutos, a diferencia de las 3 horas indicadas en el acta; (iv) la no conformidad en la data cargada, por tener información sin completar: No. de plazas, Código de plaza, Clasificación, Nivel salarial, Unidad orgánica, Misión, Funciones, Coordinación interna, nivel académico, grado / situación académica, experiencia; (v) la no conformidad en el listado estructurado de puestos, al no contar con barra buscador de puesto / ocupante, además de encontrarse desconfigurado el listado de puestos de a cargo de la Gerencia General, entre muchas otras.

78. Por consiguiente, las observaciones al Cuarto Entregable no fueron subsandas en su totalidad.

79. En lo concerniente al Quinto Entregable, tenemos que OSINERGMIN lo observó mediante Oficio Nº GSTI- 134-2020/OS-OS de fecha 08 de octubre de 2020, adjuntando el Informe Nº I-GSTI-366-2020, el cual nunuca fue subsanado por CA, de acuerdo a los medios probatorios presentados por ambas partes.

80. En esa línea, mediante Oficio 463-2020-OS-GAF, diligenciado mediante conducto notarial y mediante el cual se otorga un día hábil para que CA cumpla con sus obligaciones contractuales, tenemos que OSINERGMIN precisa y detalla los incumplimientos a cargo de CA, a lo largo de más de 20 páginas, que a modo de ejemplo el Tribunal Arbitral tiene a bien pegar dos de ellas de manera ilustrativa:



Entregable 4to:

Bernardo Monteagudo 222
Magdalena del Mar, Lima 17
Telf. 219-3400
www.osinergmin.gob.pe

Osinergmin
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin

Entregable: Acta de interfaces desarrolladas al 100%

Indicación en los TDR	Incumplimiento del Contratista
El sistema debe permitir manejar diferentes tipos de nómina, con diferente periodicidad: jornada, horas, quincenas, meses, por labor contratada, entre otros. Asimismo, dos planillas preliminares (para el pago) y final (para las declaraciones de AFP y quinta categoría).	En el acta, la imagen que acompaña el caso de prueba de la generación de archivos de AFPs (AFPNet) se muestra con periodos erróneos.

Entregable: Acta de conformidad de entrada en producción del módulo de Organización y Gestión de personal

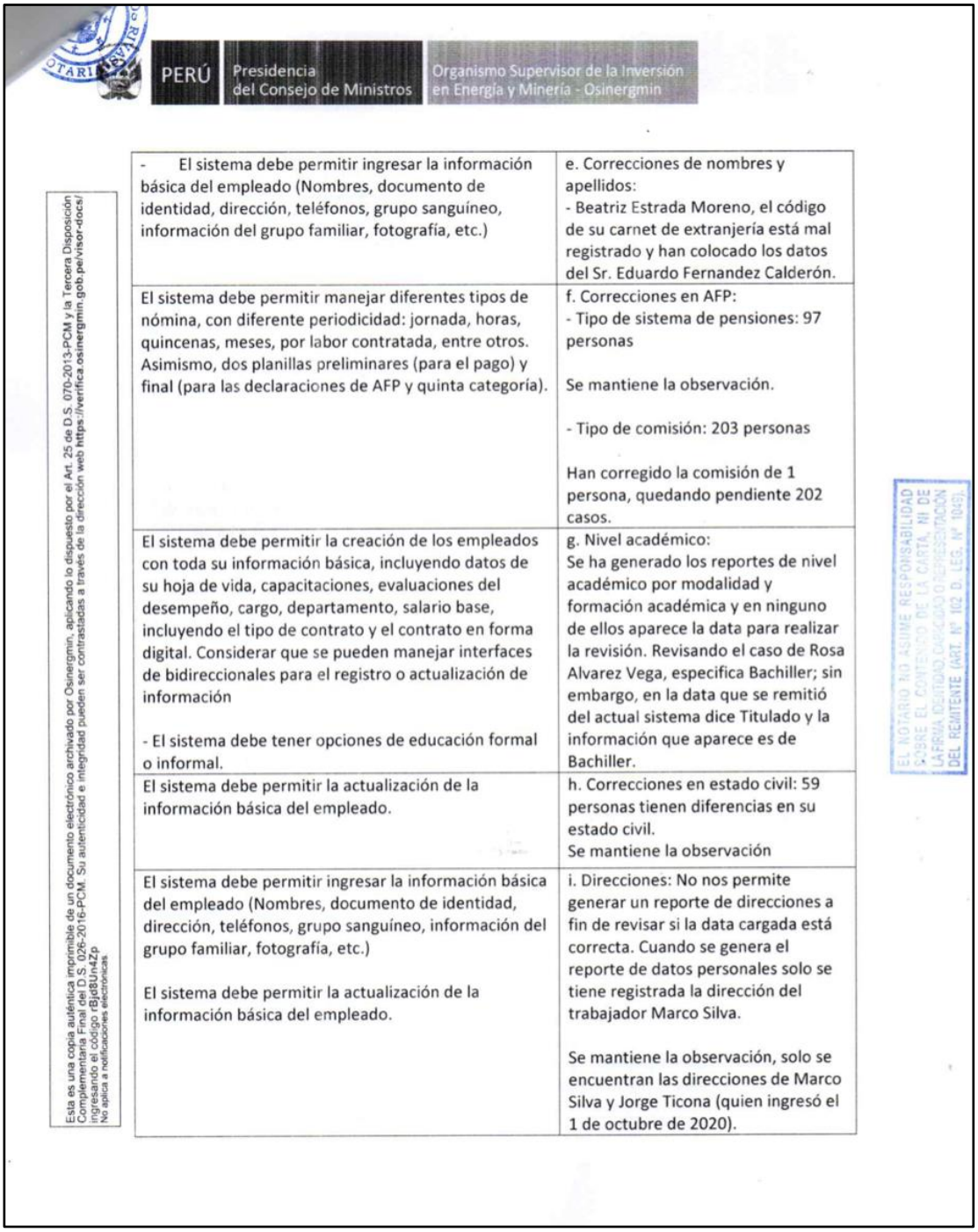
Indicación en los TDR	Incumplimiento del Contratista
El sistema debe permitir gestionar El proceso de actualización del MOF.	Hay puestos no tienen todas sus plazas correspondientes en un solo perfil.

Entregable 5to:

Entregable: Acta de conformidad resultado de las pruebas

Indicación en los TDR	Incumplimiento del Contratista
- El sistema debe permitir ingresar la información básica del empleado (Nombres, documento de identidad, dirección, teléfonos, grupo sanguíneo, información del grupo familiar, fotografía, etc.)	a. La trabajadora Karla Aragón está registrada dos veces con dos códigos distintos. Se mantiene el registro doble de la trabajadora, pero con un mismo código. En un caso está con el régimen del D.L. N° 728 y en el otro no tiene contrato.
- El sistema debe permitir ingresar la información básica del empleado (Nombres, documento de identidad, dirección, teléfonos, grupo sanguíneo, información del grupo familiar, fotografía, etc.)	b. La trabajadora Isabel Cruz García está registrada dos veces con el mismo código, en uno no tiene foto y los grados académicos son diferentes.
	c. El trabajador Wilmer Infantes

Esta impresión de un documento electrónico archivado por Osinergmin, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la dirección web https://verifica.osinergmin.gob.pe/visor-docs/



PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin

- El sistema debe permitir ingresar la información básica del empleado (Nombres, documento de identidad, dirección, teléfonos, grupo sanguíneo, información del grupo familiar, fotografía, etc.)	e. Correcciones de nombres y apellidos: - Beatriz Estrada Moreno, el código de su carnet de extranjería está mal registrado y han colocado los datos del Sr. Eduardo Fernandez Calderón.
El sistema debe permitir manejar diferentes tipos de nómina, con diferente periodicidad: jornada, horas, quincenas, meses, por labor contratada, entre otros. Asimismo, dos planillas preliminares (para el pago) y final (para las declaraciones de AFP y quinta categoría).	f. Correcciones en AFP: - Tipo de sistema de pensiones: 97 personas Se mantiene la observación. - Tipo de comisión: 203 personas Han corregido la comisión de 1 persona, quedando pendiente 202 casos.
El sistema debe permitir la creación de los empleados con toda su información básica, incluyendo datos de su hoja de vida, capacitaciones, evaluaciones del desempeño, cargo, departamento, salario base, incluyendo el tipo de contrato y el contrato en forma digital. Considerar que se pueden manejar interfaces de bidireccionales para el registro o actualización de información - El sistema debe tener opciones de educación formal o informal.	g. Nivel académico: Se ha generado los reportes de nivel académico por modalidad y formación académica y en ninguno de ellos aparece la data para realizar la revisión. Revisando el caso de Rosa Alvarez Vega, especifica Bachiller; sin embargo, en la data que se remitió del actual sistema dice Titulado y la información que aparece es de Bachiller.
El sistema debe permitir la actualización de la información básica del empleado.	h. Correcciones en estado civil: 59 personas tienen diferencias en su estado civil. Se mantiene la observación
El sistema debe permitir ingresar la información básica del empleado (Nombres, documento de identidad, dirección, teléfonos, grupo sanguíneo, información del grupo familiar, fotografía, etc.) El sistema debe permitir la actualización de la información básica del empleado.	i. Direcciones: No nos permite generar un reporte de direcciones a fin de revisar si la data cargada está correcta. Cuando se genera el reporte de datos personales solo se tiene registrada la dirección del trabajador Marco Silva. Se mantiene la observación, solo se encuentran las direcciones de Marco Silva y Jorge Ticona (quien ingresó el 1 de octubre de 2020).

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Osinergmin, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la dirección web https://verifica.osinergmin.gob.pe/visor-docs/ ingresando el código rBjd8Un4Zp
No aplica a notificaciones electrónicas

EL NOTARIO NO ASUME RESPONSABILIDAD SOBRE EL CONTENIDO DE LA CARTA, NI DE LA FIRMA CONSIGNADA O REPRESENTACIÓN DEL REMITENTE (ART. Nº 102 D. LEG. Nº 1049).

81. Ya, mediante Oficio Nº 466-2020-OS-GAF de fecha 26 de octubre del 2020, diligenciado mediante conducto notarial, OSINERGMIN haciendo referencia a la carta conminando el cumplimiento por parte de CA e indicando nuevamente todas las observaciones al Cuarto y Quinto Entregable, es que procede a resolver el Contrato.

82. De esa manera, a opinión del Tribunal Arbitral, OSINERGMIN ha actuado de acuerdo a lo establecido en el art 135 y 136 del Reglamento, así como con lo establecido en la Cláusula Décimo Primera del Contrato que señala textualmente lo siguiente:

> *"Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su Reglamento. De darse el caso, "LA ENTIDAD" procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*

83. A mayor abundamiento, la Cláusula Séptima del Contrato, regula la obligación por parte de CA de subsanar las observaciones efectuadas por la Entidad, y en caso no hacerlo a cabalidad procedería la resolución del Contrato, tal como ha sucedido en este caso.

> *"…De existir observaciones, LA ENTIDAD debe comunicar las mismas a EL CONTRATISTA, indicando el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni nayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD puede resolver el Contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar"*

84. Ahora bien, mediante Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, CA manifestó algunas razones por las cuales el retraso no les sería imputable, como la demora en la entrega de información por parte de

OSINERGMIN. Sobre este punto en particular, el Tribunal Arbitral requirió que CA precise lo señalado se sustente de manera clara y concisa en un escrito de alegatos finales, sin embargo del escrito de conclusiones finales, la Demandada falla en identificar de manera clara los incumplimientos respecto a los entregables materia de la presente controversia.

85. Sobre este particular, OSINERGMIN advirtió que el Informe presentado por CA, contiene observaciones respecto a entregables que no son materia de la presente controversia. Recordemos que son materia controvertida sólo lo respectivo al Cuarto y Quinto Entregable. Sin embargo, CA no ha discriminado de una manera precisa las justificaciones de los retrasos por los entregables Cuarto y Quinto.

86. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral es de la posición en que corresponde amparar la segunda pretensión principal de la demanda y declarar la validez de la resolución contractual efectuada por OSINERGMIN.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde la devolución del importe de S/ 39,227.87, correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento.

POSICIÓN DE OSINERGMIN:

87. OSINERGMIN indica que, de acuerdo a la Cláusula Quinta del Contrato, las partes acordaron que OSINERGMIN retendría el monto de S/. 39,227.89, teniendo en cuenta que la resolución del Contrato es por causa imputable a CA, de conformidad con lo establecido en el numeral 2) del artículo 131º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, corresponde que OSINERGMIN ejecute y se quede con el monto antes indicado.

POSICIÓN DE CA SISTEMAS:

88. En concordancia con su posición, CA señala que debe confirmarse su resolución de fecha 23 de octubre de 2017, y declarar ineficaz la resolución

contractual efectuada en este punto por OSINERGMIN, debiendo consecuentemente OSINERGMIN devolver el importe de S/. 39,227.87 Soles por concepto de garantía de fiel cumplimiento

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

89. Este punto controvertido versa sobre la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de la referencia, y determinar si corresponde o no su devolución.

90. Al respecto, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

> *"Artículo 131.- Ejecución de garantías*
> *Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos:*
> *[…]*
> *La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.*
> *[…]"*

91. En este caso, mediante laudo arbitral se determina que la resolución efectuada por la Entidad ha quedado consentida, por lo que, no corresponde devolver la garantía de fiel cumplimiento. En ese sentido, corresponde declarar FUNDADA la presente pretensión.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el demandado debe pagar una penalidad ascendente S/ 3,859.66 (Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve y 66/100 Soles) por mora.

POSICIÓN DE OSINERGMIN

92. OSINERGMIN sostiene que se han verificado dos incumplimientos claros y específicos por parte de CA, por lo que de conformidad con lo establecido en la cláusula Décimo Primera del Contrato, se ha determinado una penalidad

por mora, ascendente a la suma de S/.3,859.66 por el Cuarto y Quinto Entregable, de acuerdo al siguiente detalle:

- **PENALIDAD POR EL CUARTO ENTREGABLE:**

Inicio del servicio	17/02/2020	
4to entregable	Datos	Oficio de Observación
Fecha de presentacion según adenda	31/08/2020	
Fecha real de presentación	31/08/2020	
Oficio de primera obs	08/09/2020	OFICIO N° GSTI-118-2020/OS-OS
Confirmación de Recepción del contratista	10/09/2020	
Fecha fin max de subsanación	17/09/2020	
Fecha real de subsanación	16/09/2020	
Segunda observaciones	23/09/2020	OFICIO N° GSTI-124-2020/OS-OS
Subsanacion de segundas observaciones	25/09/2020	
Oficio de respuesta a informacion	01/10/2020	OFICIO N° GSTI-129-2020/OS-OS
Penalidad por dia	**78,11**	
Penalidad actual	**Datos**	
Fecha máxima de subsanacion	17/09/2020	
Fecha actual	26/10/2020	
Dias de penalidad	39,00	
Total de penalidad	**3.046,23**	

- **PENALIDAD POR EL QUINTO ENTREGABLE:**

Inicio del servicio	17/02/2020	
5to entregable	Datos	Oficio de Observación
Fecha de presentacion según adenda	30/09/2020	
Fecha real de presentación	01/10/2020	
Oficio de primera obs	08/10/2020	OFICIO N° GSTI-134-2020/OS-OS
Confirmación de Recepción del contratista	08/10/2020	
Fecha fin max de subsanación	15/10/2020	
Fecha real de subsanación	19/10/2020	
Segunda observaciones	21/10/2020	OFICIO N° GSTI-463-2020/OS-OS
Subsanacion de segundas observaciones		
Oficio de respuesta a informacion	26/10/2020	OFICIO N° GSTI-129-2020/OS-OS
Penalidad por dia	**67,79**	
Penalidad actual	**Datos**	
Fecha máxima de subsanacion	15/10/2020	
Fecha actual	26/10/2020	
Dias de penalidad	12,00	
Total de penalidad	**813,43**	

POSICIÓN DE CA SISTEMAS:

93. CA ha sostenido que las penalidades se imputaron sin sustento legal. En ese sentido, ha señalado que conforme el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las penalidades especiales (distintas a la penalidad por mora) deben ser razonables, objetivas y congruentes, debiendo incluir la fórmula de cálculo y el procedimiento de verificación de esta, aspectos que no habrían sido cumplidos por la Entidad.

94. El Demandado manifiesta también que se vulnera el principio de equidad previsto en el artículo 2 inciso "i" de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que cualquier penalidad resultaría nula, improcedente y/o ineficaz, no pudiendo legalmente imputarse penalidades cuya fuente y/o origen constituyen seudo "observaciones".

95. Adicionalmente a ello, CA advierte que no existe detalle, concepto, fórmula de cálculo, debida motivación, y, menos aún comunicación previa alguna a fin de posibilitar previamente algún descargo por parte del contratista sobre las penalidades lo que genera indefensión y perjudica su derecho de contradicción administrativa, vulnerando las reglas de un debido procedimiento administrativo

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

96. La presente pretensión versa sobre la penalidad por mora impuesta por OSINERGMIN a CA; sin embargo, en tanto el Tribunal Arbitral ha advertido que existieron incumplimientos y en tanto a ello se ha determinado la validez de la resolución de OSINERGMIN, en este punto únicamente deberán analizarse si se siguió la formalidad para la imposición de penalidades que establece el reglamento:

> *"Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación*
>
> *En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una*

penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:
Penalidad diaria = 0.10 × monto / F × plazo en días

Donde F tiene los siguientes valores:
a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40.
b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25.
b.2) Para obras: F = 0.15.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente. Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo."

97. Sin embargo, el Tribunal Arbitral advierte que en los medios probatorios que obran en el expediente no se ha adjuntado el documento a través del cual OSINERGMIN impone la penalidad realizando el cálculo establecido por el Contrato y el Reglamento[4]. Lo que sí se encuentra es el detalle de los incumplimientos de CA; sin embargo, a efectos de esta pretensión ello no resulta enteramente relevante.

[4] Tampoco ha hecho referencia a algún documento en el que imponga penalidades en la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones o en la Audiencia adicional.

98. Es menester advertir lo anterior en tanto la Demandada ha manifestado que no existe detalle, concepto, fórmula de cálculo, debida motivación, y, menos aún comunicación previa alguna a fin de posibilitar algún descargo de su parte.

99. En ese sentido, es conveniente señalar que la normativa de contrataciones del Estado o el Contrato no imponen a la Entidad la obligación de emitir un informe con penalidades a fin de que el contratista pueda remitir sus descargos. Incluso, se tiene que el mismo Reglamento señala que la penalidad por mora se impondrá de forma automática.

100. Ahora bien, en tanto se ha determinado que efectivamente hubo incumplimientos de CA y por ello se resolvió el Contrato, OSINERGMIN en su demanda a manera ilustrativa ha colocado los cuadros con penalidades por mora que corresponden en el presente caso.

101. No escapa al Tribunal Arbitral que en Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, CA ha manifestado algunas razones por las cuales el retraso no les sería imputable, como la demora en la entrega de información por parte de OSINERGMIN; sin embargo, pese a que se requirió por parte del Tribunal Arbitral que lo señalado se sustente de manera clara y concisa en un escrito de alegatos finales, CA nuevamente falla en identificar de manera clara los incumplimientos respecto a los entregables materia de la presente controversia.

102. A mayor abundamiento, en la misma Audiencia, OSINERGMIN advirtió que el Informe presentado por CA, contiene observaciones respecto a entregables que no son materia de la presente controversia, es decir respecto del Primer, Segundo y Tercer Entregable. Afirmación que, si bien no ha sido desmentida por CA, esta ha señalado que en dicho Informe también se encuentran justificaciones de los retrasos por los entregables Cuarto y Quinto, pero no se precisa cuales.

103. Entonces, si bien es cierto que puede darse el caso en que el retraso no sea imputable al deudor o, en este caso, al contratista, no es menos cierto que

este tiene los mecanismos necesarios previstos por la normativa para que no se le impute un incumplimiento por el cual no tiene responsabilidad, tal como la figura de ampliación de plazo.

104. El Tribunal Arbitral advierte también que esta figura no ha sido utilizada por CA y que, tal como señala OSINERGMIN, la misma Demandada tampoco ha mencionado que la entrega fuera de plazo es ajena a su responsabilidad al momento de subsanar las observaciones.

105. Siendo ello así, objetivamente se tiene que la Demandada no ha accionado algún remedio previsto por la normativa para justificar su demora, así como tampoco ha señalado de manera clara - en los levantamientos a las observaciones – cual es el motivo del retraso y porque este no le es imputable. Por tanto, corresponde la aplicación de penalidades.

106. En ese escenario el Tribunal Arbitral puede advertir que la fórmula se ha aplicado de manera correcta, así como también OSINERGMIN ha adjuntado los medios probatorios que acreditan los datos ahí sostenidos. Asimismo, no escapa a este Tribunal Arbitral que la Demandada tampoco ha cuestionado el monto referido por el Demandante, si no que únicamente se ha remitido a la inviabilidad de la pretensión.

107. En consecuencia, corresponde declarar FUNDADA la presente pretensión, por lo que CA debe pagar una penalidad ascendente S/ 3,859.66 (Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Nueve y 66/100 Soles) por mora.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que las costas y costos del arbitraje son de cargo del demandado.

POSICIÓN DE OSINERGMIN:

108. OSINERGMIN no ha desarrollado expresamente la pretensión por lo que se entenderá que se remite a la viabilidad de las pretensiones antes planteadas.

POSICIÓN DE CA SISTEMAS:

109. CA no ha desarrollado expresamente la pretensión por lo que se entenderá que se remite a la viabilidad de su argumentación.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

110. Siguiendo lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el acuerdo de las partes, a efectos de imputar la asunción de los gastos arbitrales. De no existir tal acuerdo, el Tribunal decide.

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

111. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, los costos incluyen, pero no se limitan a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y el secretario arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

112. En esa línea el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en su artículo 42 indica que:

> *"El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.*
>
> *Al tomar la decisión sobre costos, el Árbitro Único puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de*

colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo."

113. Por otro lado, el convenio arbitral contenido del Contrato, no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre cuál de las partes debe pagar los costos del arbitraje o en qué proporción deben repartirse entre ellas. En esa línea el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en su artículo 42 indica:

"[…]

4. El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.

5. Al tomar la decisión sobre costos, el Árbitro Único puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo.

[…]"

114. En ese sentido, dado que el OSINERMIN ha vencido en su pretensión principal corresponde condenar a CA pagar el 100% de costos arbitrales; que se detallan a continuación:

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0577-2020	S/. 10,000.00	S/. 30,000.00

i) De tal manera, corresponde a CA pagar y/o reembolsar el 100% de los gastos de la administración del centro y honorarios del Tribunal Arbitral, según corresponda.

ii) Cada parte asuma los gastos de representación en los que hubiera incurrido con ocasión del presente arbitraje.

VIII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Atendiendo a todo lo expuesto, el Árbitro Único lauda:

PRIMERO.- Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal.

SEGUNDO.- Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal.

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión principal.

QUINTO.- **ORDENAR** que CA asuma el 100% de costos arbitrales consistentes en los gastos de administración del Centro y honorarios del TRIBUNAL ARBITRAL y que cada parte asuma los gastos de representación en los que hubiera incurrido con ocasión del presente arbitraje.

Alonso Bedoya Denegri
Presidente

Jorge Burga Vásquez
Co-árbitro

José Rosales Rodrigo
Co-árbitro