

LAUDO ARBITRAL NACIONAL Y DE DERECHO

en el Arbitraje seguido entre

Peruana de Vigilancia y Protección S.A.
(Demandante)

y

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
(Demandado)

LAUDO

Arbitro Único

Abg. Juan Manuel Hurtado Falvy

Secretaría del Tribunal Arbitral Unipersonal

Abog. Jorge Luis Suazo Cavero

INFORMACIÓN GENERAL

Nº de Expediente:	I107-2015
Demandante:	Peruana de Vigilancia y Protección S.A.
Demandado:	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Contrato:	Contrato Complementario al N° 049-2011-JUS
Objeto:	"Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del NCPP de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna"
Monto del Contrato	S/. 297,486.10
Cuantía de la controversia	S/. 342,992.78
Tipo y número de proceso de selección	Concurso Público N° 011-2010-JUS
Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 16,000.00
Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral	S/. 11,000.00
Árbitro Único:	Juan Manuel Hurtado Falvy
Secretaría Arbitral	Jorge Luis Suazo Cavero
Fecha de Emisión de Laudo	24 de noviembre de 2016
Nº de Folios	57
Pretensiones controvertidas	Pago de Prestaciones

GLOSARIO DE TÉRMINOS

- Ley: Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- Contrato: Contrato Complementario N° 049-2011-JUS “*Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del NCPP de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna*”
- Peruana de Vigilancia/
Demandante/
Contratista: Peruana de Vigilancia y Protección S.A.
- El Ministerio/
Demandado/
Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 22

En Lima, al vigésimo cuarto día del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, el Árbitro Único, luego de haber analizado los actuados en el presente arbitraje, dicta el siguiente laudo:

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES DEL ARBITRAJE:

- 1.1 Mediante Concurso Público N° 011-2010-JUS, se llevó a cabo el proceso de selección por el “Servicio de seguridad y vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna”, el cual fue adjudicado a la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A.
- 1.2 El 23 de marzo de 2011, la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A., (en adelante: el “Demandante”, el “Contratista” o “Peruana de Vigilancia”), y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante: el “Demandado”, el “Ministerio” o “La Entidad”), suscribieron el Contrato N° 049-2011, por el “Servicio de seguridad y vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna”, por el monto ascendente a S/. 991,620.35 (Novecientos Noventa y Un Mil Seis Cientos Veinte y 35/100 Soles).
- 1.3 El 23 de marzo de 2012, la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, suscribieron el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011, por el “Servicio de seguridad y vigilancia para los locales del NCPP de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna”, por el monto ascendente a S/. 297,486.10 (Doscientos Noventa y Siete Mil Cuatrocientos Ochenta y Seis con 10/100 Soles).

- 1.4 El 05 de marzo de 2014, la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. solicita a la Entidad el arbitraje respecto al Contrato N° 049-2011 y al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, señalando que “(...) con fecha 12 de noviembre de 2013 – cargo 052796- se remitió al Ministerio de Justicia carta notarial mediante la cual requerimos la entrega de la CONFORMIDAD DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR NUESTRA EMPRESA, EN MÉRITO A LOS CONTRATOS ANTES REFERIDOS y asimismo el PAGO de nuestras facturas impagadas 007848, 007907, 007909 y 008024, con el objeto de que el Ministerio de Justicia nos entregue la conformidad de nuestros servicios y nos cancele el monto de nuestras facturas, las que no han sido pagadas. Por lo tanto, la cuantía de la controversia asciende a la cantidad de (trescientos cuarenta y dos mil, novecientos noventa y dos con 78/100 soles) S/. 342,992.78, que es el importe de nuestros servicios respecto de los cuales se nos debe entregar la conformidad y proceder al pago, servicios expresados en las facturas antes indicadas”.
- 1.5 En la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato N° 049-2011 “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, se incluye el siguiente convenio arbitral: “Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley. // Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. // El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”.

Asimismo, en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS "SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS", se incluye el siguiente convenio arbitral: "*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley. // Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. // El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia*".

- 1.6 Mediante Resolución N° 446-2014-OSCE/PRE de fecha 31 de diciembre de 2014, la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, designa al abogado Juan Manuel Hurtado Falvy como Árbitro Único, para el arbitraje Ad Hoc sobre el expediente N° D 177-2014, con el fin que se resuelva las controversias suscitadas en torno al Contrato Complementario al N° 049-2011-JUS.

- 1.7 El 14 de abril de 2015¹, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal con la participación de la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A., debidamente representada por el señor Alonso José Adrian Sainz con Registro del Colegio de Abogados de Arequipa N° 01301; y, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos representado por la abogada Luisa Beatriz Cabral Gutiérrez con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 20853, designada para participar en dicha audiencia por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, suscribiéndose el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, en

¹ Por error material en el Acta de Instalación se consigna el año "2014"

el cual se señaló como "Contrato" al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS.

En el numeral 8 del Acta se establece que las normas procesales aplicables al arbitraje son las reglas procesales establecidas en dicha Acta, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF), y por el Decreto Legislativo N° 1071, que Norma el Arbitraje. Estableciéndose que, “*en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias (...)*”.

Asimismo, en el numeral 7 del Acta de Instalación se establece que, “*En virtud al convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS (...) suscrito el 23 de marzo de 2012 y en aplicación del artículo 216 del Reglamento, el presente arbitraje será AD HOC, Nacional y de Derecho.*

- 1.8 El 15 de mayo de 2015, la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. presenta su demanda, solicitando se reconozcan sus pretensiones siguientes:

Primera Pretensión: “*Entrega de la conformidad de los servicios de vigilancia que hemos prestado al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, servicios prestados luego de haber ganado la Buena Pro del Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplido el consecuente Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y, ulterior Contrato*

Complementario al Contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, servicios de vigilancia que han sido prestados en 16 puestos de vigilancia – de 24 horas- en los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, servicios cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS cumpla con entregarnos la conformidad de dichos servicios de vigilancia”

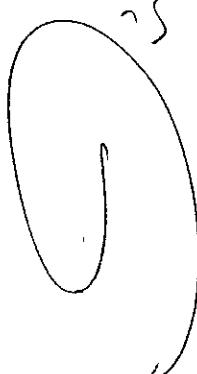
Segunda Pretensión Principal: “El pago de S/. 342,992.78 (trescientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y dos y 78/100 nuevos soles), importe que es el saldo pendiente de cancelación que nos debe el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS por los servicios de vigilancia que le hemos prestado luego de haber obtenido la Buena Pro en el Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplir con el contrato correspondiente (Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y, el Contrato Complementario al Contrato 049-2011, de marzo de 2012). Para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS cumpla con pagarnos el importe de S/. 342,992.78 que, repetimos, es el saldo pendiente de pago por los servicios de vigilancia cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Hacemos extensiva nuestra segunda pretensión principal al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de notificación de la demanda hasta la fecha de pago total”

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:
“Pretensión de pago por enriquecimiento sin causa de S/. 342,992.78 (Trescientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y dos y 78/100 nuevos soles) para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS

66

HUMANOS nos pague dicho importe que corresponde al saldo pendiente de cancelación por los servicios de vigilancia que efectivamente le hemos prestado luego de haber ganado la Buena Pro del Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplido el consecuente Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna y, el posterior Contrato Complementario al Contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, servicios de vigilancia que han sido prestados el 16 puestos de vigilancia – de 24 horas- en los locales de funcionamiento del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- en los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Hacemos extensiva nuestra segunda pretensión principal al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de notificación de la demanda hasta la fecha de pago total”

“Pedimos que se disponga que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS pague todos los costos y costas del presente arbitraje”

- 
- 
- 1.9 Mediante Resolución N° 04 del 10 de agosto de 2015, se admite la demanda arbitral presentada por la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. y se dispone correr traslado de la misma a la Entidad para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la Resolución, manifieste lo conveniente a su derecho de conformidad a la regla 25º del Acta de Instalación.
 - 1.10 El 31 de agosto de 2015, mediante Escrito N° 1 del 28 de agosto de 2015, la Entidad formula excepción de incompetencia e inexistencia de cláusula

arbitral y contesta la demanda interpuesta, rechazando las pretensiones del Contratista.

- 1.11 El día 03 de diciembre de 2015, con la asistencia de ambas partes, se realiza la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, y al cabo de ella se suscribe la correspondiente Acta.

En ella se deja constancia de: (1) el Saneamiento Arbitral, en este punto, el Árbitro Único indica que habiendo una cuestión previa excepción de incompetencia e inexistencia de cláusula arbitral, la cual ha sido absuelta por el demandante, reserva su pronunciamiento para un momento posterior, pudiendo ser con el laudo; (2) la invitación del Árbitro Único a las partes para arribar a un acuerdo conciliatorio, la cual no prosperó por expresa negativa de ellas; (3) la determinación de puntos controvertidos; y, (4) la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Los puntos controvertidos se fijaron con el consentimiento de las partes, según el detalle siguiente: I) Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y derechos Humanos debe de entregar la conformidad de los servicios prestados por la demandante por el contrato N° 049-2011 de fecha 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, de servicios de vigilancia que han sido prestados en 16 puestos de vigilancia de 24 horas en los locales de funcionamiento del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – en los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, servicios cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012; II) Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. el importe de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos

Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), importe que es el saldo pendiente de cancelación que se les debe por el servicio prestado del contrato N° 049-2011 de 23 de marzo de 2011 denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012; III) Determinar si corresponde el registro de las prestaciones a favor de Peruana de Vigilancia y Protección S.A. por los incrementos de la remuneración mínima vital, del 01 de diciembre de 2010 al 01 de junio del 2012; IV) Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. los reintegros y conceptos por el monto de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), por enriquecimiento sin causa.

- 1.12 El 14 de enero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración, la cual, según acta extendida en la misma fecha, tuvo la finalidad que las partes formulen sus posiciones sobre las excepciones planteadas, estableciéndose un plazo de quince (15) días hábiles prorrogables por igual período, para la emisión del pronunciamiento definitivo sobre las excepciones planteadas.
- 1.13 Mediante Resolución N° 14, del 15 de febrero de 2016, se declara FUNDADA la Excepción de Incompetencia e Inexistencia de Cláusula Arbitral formulada por la Entidad, respecto a toda controversia suscitada después de la fecha de agotado el monto de S/. 297,486.10 del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS.
- 1.14 El 19 de julio de 2016, se realizó la Audiencia de Informes Orales, concediendo a cada parte el uso de la palabra, siendo que el Árbitro Único procedió a realizar preguntas de oficio a las mismas, a fin de esclarecer determinados puntos del caso.

1.15 Mediante Resolución N° 20 notificada el 02 y 05 de setiembre de 2016 a la Entidad y al contratista, respectivamente, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados desde la última notificación (05.Sep.2016). Este plazo original, de conformidad con el numeral 44 del acta de instalación, fue prorrogado con Resolución N° 21 por treinta (30) días hábiles adicionales contados a partir del día siguiente del término del plazo primigenio (17.Oct.2016), venciendo el mismo el 29 de noviembre de 2016. Plazo al cual corresponde añadir los dos (2) días declarados no laborables por el Decreto Supremo N° 059-2016-PCM (jueves 17 y viernes 18 de noviembre de 2016), venciendo por lo tanto el plazo para laudar el 01 de diciembre de 2016.

II CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente; i) que, el Tribunal Arbitral Unipersonal, se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, así como lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Árbitro Único, o se efectuó reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. presentó su escrito de demanda y participó en todas las audiencias ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, a su vez, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello, participó en todas las audiencias y ejerció plenamente su derecho de defensa; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios dentro de los plazos establecidos en el Acta de Instalación; y, vi) que, las partes no han expresado objeción alguna sobre algún supuesto incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje o del Árbitro Único.

Asimismo, que siendo el presente arbitraje uno Nacional, de Derecho y Ad - Hoc, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada válidamente durante el proceso para determinar, en base a la valorización conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Efectivamente, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral Unipersonal respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Ello, ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...).” (Sentencia de fecha 30/11/87)²

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, para lo cual, se hará una sumaria referencia a las alegaciones y conclusiones de las partes (no obstante, cabe señalar que se han tomado en cuenta en su totalidad), así como la valorización de los medios probatorios admitidos en el proceso arbitral, que obran en el expediente.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial). Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. 1991. Pag. 309

II.1 Sobre el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral Unipersonal

En primer lugar se debe tener presente que, mediante Resolución N° 446-2014-OSCE/PRE de fecha 31 de diciembre de 2014, la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, designa al abogado Juan Manuel Hurtado Falvy como Árbitro Único para el arbitraje Ad Hoc sobre el expediente N° D 177-2014., con el fin que se resuelva las controversias suscitadas en torno al Contrato Complementario al N° 049-2011-JUS, decisión que no fue cuestionada por las partes.

Efectivamente, el Artículo 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que “*En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente: 1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.*”

Estando al marco de la designación expuesta, era competencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE designar al Árbitro, lo cual se realizó mediante la referida Resolución N° 446-2014-OSCE/PRE, circunscribiéndose la misma al Contrato Complementario al N° 049-2011-JUS.

Al respecto, corresponde traer a colación que el artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, denominado “**Contrataciones Complementarias**”, señala lo siguiente:

“Dentro de los tres (3) meses posteriores a la CULMINACIÓN del contrato, la Entidad podrá contratar complementariamente bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine

U P

el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación".(Nuestro resaltado)

De conformidad con el citado artículo, la facultad de contratar prestaciones complementarias surge una vez vencido el plazo del contrato originalmente suscrito; bajo dicha premisa se advierte que el contrato complementario se formaliza a través de la celebración de un nuevo contrato. En ese sentido, aun cuando el contrato original constituye un presupuesto habilitante para la firma del contrato complementario, este último dará lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta a aquella inicialmente entablada con el contratista.

Lo expuesto se condice con el sentido y alcance normativo, efectuado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, sobre el citado artículo 182, a través de la Opinión N° 088-2009-DTN, mediante la cual se ha señalado lo siguiente:

"Dicho vínculo se materializará a través de la celebración de un NUEVO CONTRATO, que dará lugar al nacimiento de una relación jurídica DISTINTA a aquella inicialmente entablada entre la Entidad y el contratista" (Resaltado nuestro).

Es por ello que en el Acta de Instalación del presente proceso arbitral, suscrita por los representantes de ambas partes, se dejó expresa constancia en su parte resumen, como relación jurídica "Contrato" al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS. Asimismo, en el numeral 7 del Acta de Instalación se establece que, "En virtud al convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS (...) suscrito el 23 de marzo de 2012

y en aplicación del artículo 216 del Reglamento, el presente arbitraje será AD HOC, Nacional y de Derecho.

La referencia en el Acta de Instalación al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, no podía ser de otra forma, por cuanto, el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS constituye una RELACIÓN JURÍDICA DISTINTA AL Contrato N° 049-2011 y por lo tanto, son contratos independientes uno del otro, cada uno con su respectivo Convenio Arbitral.

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, es oportuno advertir que, aún en el supuesto negado que se hubiera pedido la acumulación de las controversias relacionadas al Contrato N° 049-2011 (lo cual formalmente no se solicitó), cabe advertir que el artículo 229 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado restringe la figura de la "Acumulación" a controversias derivadas de un mismo contrato.

Efectivamente, el mencionado artículo 229 señala que "Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria".

Por lo tanto, tratándose de controversias originadas en relaciones jurídicas distintas, bajo cualquier escenario, no estaría facultado el Tribunal Arbitral Unipersonal, a ventilar en el presente arbitraje controversias relacionadas al Contrato N° 049-2011, por ser una relación jurídica diferente al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS.

Que, siendo ello así, en primer lugar, se debe tener presente la facultad del Tribunal para decidir sobre su propia competencia contenida en el inciso 1 del Artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, cuyo tenor

es el siguiente: El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (Nuestro subrayado).

Por lo tanto, estando a la designación expresa efectuada mediante Resolución N° 446-2014-OSCE/PRE por la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para resolver en el proceso arbitral las controversias originadas en el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, única relación jurídica que se recoge a su vez en el Acta de Instalación, **EL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL DEJA CONSTANCIA QUE EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA SE CIRCUNSCRIBE A DICHA RELACIÓN JURÍDICA, ES DECIR, ESPECÍFICAMENTE AL CONTRATO COMPLEMENTARIO AL CONTRATO N° 049-2011-JUS.**

II.2 Sobre la Excepción de Incompetencia e Inexistencia de Cláusula Arbitral formulada por la Entidad

Mediante Escrito N° 01 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula Excepción de Incompetencia e Inexistencia de Cláusula Arbitral exponiendo que no existe contrato u orden de servicio que vincule al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con la empresa demandante ni mucho menos una cláusula arbitral respecto al pago de supuestos servicios prestados desde el 24 de junio de 2012 al 22 de agosto de 2012, por un monto ascendente a S/. 205,897.43

Sobre ello, con Resolución N° 14, del 15 de febrero de 2016, se declara FUNDADA la Excepción de Incompetencia e Inexistencia de Cláusula Arbitral formulada por la Entidad, respecto a toda controversia suscitada después de la fecha de agotado el monto de S/. 297,486.10 del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS (cuya vigencia se inició el 24 de marzo de 2012).

Al respecto, en la mencionada resolución se analizó el convenio arbitral contenido en la Décimo Sexta del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, a fin de determinar su límite material, es decir, si circumscribe las controversia a dicha relación jurídica o incluye a cualquiera que se presente durante esta, específicamente:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley. // Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. // El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”.

Al respecto, en base a la literalidad del Convenio Arbitral, en su oportunidad se coligió que su límite material es “las controversias” que surjan “durante la etapa de ejecución contractual”. En este sentido, se desarrolló si la controversia respecto al pago de supuestos servicios prestados desde el 24 de junio de 2012 al 22 de agosto de 2012 ha surgido “durante la etapa de ejecución contractual” del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS.

Así, respecto al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, se advirtió que en el segundo párrafo de su Cláusula Tercera se estableció que “La vigencia de dicho contrato se inicia a partir del 24 de marzo de 2012 hasta que el monto

adjudicado permita pagar los servicios requeridos o hasta que se suscriba el contrato e inicie el servicio del Concurso Público N° 003-2012-JUS convocado".

Sobre lo expuesto, en la referida resolución N° 14 se estableció que debía ser interpretado en concordancia con el artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el cual restringe la aplicación del Contrato Complementario "hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original", sobre lo cual, habiéndose suscrito el Contrato Original por S/. 991,620.35, **su Contratación Complementaria no podía contener una ejecución mayor a S/. 297,486.10**, como efectivamente se estableció en su Cláusula Tercera.

En este punto del análisis en la Resolución N° 14 oportunamente se advirtió la naturaleza del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, desarrollando el marco por el cual nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el "contrato administrativo", por lo cual, la etapa de ejecución contractual correspondiente al Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, bajo el PRINCIPIO DE LEGALIDAD que rige el accionar del funcionario público dentro del Derecho Administrativo, debe restringirse al porcentaje establecido en el artículo 182 del referido Reglamento, siendo que toda controversia que se haya suscitado fuera del plazo en que se agotó dicho monto no puede ser sometido a arbitraje, en la medida que el citado Convenio Arbitral restringió la arbitrariedad de las controversias a SOLO aquellas que produzcan durante su ejecución.

Ciertamente, en materia administrativa rige el principio de legalidad o principio de sujeción de la Administración a la legislación, el cual "exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde éste, pueda derivársele como su cobertura de desarrollo necesario".³ Así, la correcta aplicación del citado principio implica, "que

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica S.A. Cuarta Edición. Mayo 2005. pág 61.

mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado"⁴.

Por lo tanto, mediante Resolución N° 14, se declara FUNDADA la Excepción formulada por la Entidad, respecto a toda controversia suscitada después de la fecha de agotado el monto de S/. 297,486.10 del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, el cual, de conformidad con el artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, era el monto máximo por el cual, podía suscribirse dicho Contrato Complementario de naturaleza administrativa perteneciente al Derecho Público.

POR LO EXPUESTO, SOLO PUEDE SER MATERIA DE ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL, LAS CONTROVERSIAS QUE SE HAYAN PRODUCIDO DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO AL CONTRATO N° 049-2011-JUS, ES DECIR, DESDE SU ENTRADA EN VIGENCIA (24 DE MARZO DE 2012), HASTA EL MONTO DE S/. 297,486.10, EL CUAL, ERA EL MONTO NORMATIVO MÁXIMO POR EL CUAL, PODÍA SUSCRIBIRSE DICHO CONTRATO COMPLEMENTARIO.

Asimismo, es oportuno declarar que toda referencia efectuada al Contrato N° 049-2011, expuesta en la resolución N° 14 y en el presente laudo, es de carácter referencial, careciendo de efecto vinculante sobre controversias relacionadas al Contrato N° 049-2011.

⁴ Op. Cit. Pág 62

III FUNDAMENTOS

III.1 INTRODUCCIÓN

En la Demanda presentada por la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A. (páginas 1 y 2) se formulan las siguientes pretensiones arbitrales:

- a) Primera Pretensión: "Entrega de la conformidad de los servicios de vigilancia que hemos prestado al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, servicios prestados luego de haber ganado la Buena Pro del Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplido el consecuente Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y, ulterior Contrato Complementario al Contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, servicios de vigilancia que han sido prestados en 16 puestos de vigilancia – de 24 horas- en los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, servicios cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS cumpla con entregarnos la conformidad de dichos servicios de vigilancia"
- b) Segunda Pretensión Principal: "El pago de S/. 342,992.78 (trescientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y dos y 78/100 nuevos soles), importe que es el saldo pendiente de cancelación que nos debe el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS por los servicios de vigilancia que le hemos prestado luego de haber obtenido la Buena Pro en el Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplir con el contrato correspondiente (Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011,

denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y, el Contrato Complementario al Contrato 049-2011, de marzo de 2012). Para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS cumpla con pagarnos el importe de S/. 342,992.78 que, repetimos, es el saldo pendiente de pago por los servicios de vigilancia cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Hacemos extensiva nuestra segunda pretensión principal al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de notificación de la demanda hasta la fecha de pago total”

- c) Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: “Pretensión de pago por enriquecimiento sin causa de S/. 342,992.78 (Trescientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y dos y 78/100 nuevos soles) para que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS nos pague dicho importe que corresponde al saldo pendiente de cancelación por los servicios de vigilancia que efectivamente le hemos prestado luego de haber ganado la Buena Pro del Concurso Público N° 011-2010-JUS y cumplido el consecuente Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP- de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna y, el posterior Contrato Complementario al Contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, servicios de vigilancia que han sido prestados el 16 puestos de vigilancia – de 24 horas- en los locales de funcionamiento del Nuevo Código Procesal Penal –NCPP- en los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012. Hacemos extensiva nuestra segunda pretensión principal al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de notificación de la demanda hasta la fecha de pago total”

- d) "Pedimos que se disponga que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS pague todos los costos y costas del presente arbitraje"

III.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos del 03 de diciembre de 2015, se establecieron, los temas de pronunciamiento del Árbitro Único, los cuales, en base al acta extendida en la misma fecha, se indican a continuación:

1. Primer Punto Controvertido: "Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y derechos Humanos debe de entregar la conformidad de los servicios prestados por la demandante por el contrato N° 049-2011 de fecha 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, de servicios de vigilancia que han sido prestados en 16 puestos de vigilancia de 24 horas en los locales de funcionamiento del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – en los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, servicios cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012".
2. Segundo Punto Controvertido: "Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. el importe de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), importe que es el saldo pendiente de cancelación que se les debe por el servicio prestado del contrato N° 049-2011 de 23 de marzo de 2011

denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012”

3. Tercer Punto Controvertido: “Determinar si corresponde el registro de las prestaciones a favor de Peruana de Vigilancia y Protección S.A. por los incrementos de la remuneración mínima vital, del 01 de diciembre de 2010 al 01 de junio del 2012”
4. Cuarto Punto Controvertido: “Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. los reintegros y conceptos por el monto de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), por enriquecimiento sin causa”.

- III.3 DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Considerando el presente Arbitraje, Ad Hoc, Nacional y de Derecho, se analizan los puntos controvertidos:

III.3.1 Primer Punto Controvertido: “Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debe de entregar la conformidad de los servicios prestados por la demandante por el contrato N° 049-2011 de fecha 23 de marzo de 2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012, de servicios de vigilancia que han sido prestados en 16 puestos de vigilancia de 24 horas en los locales de funcionamiento del Nuevo

Código Procesal Penal – NCPP – en los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, servicios cumplidos sin interrupción desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2012”.

III.3.1.1 Posición de Peruana de Vigilancia y Protección S.A.

El demandante alega, que la convocatoria del Concurso Público N° 011-2010-JUS se hizo el 29 de diciembre de 2010 y la presentación de propuestas quedó fijada para el 28 de febrero de 2011, siendo el otorgamiento de la Buena Pro el 07 de marzo de 2011 y la suscripción del contrato el 23 de marzo de 2011.

Al respecto, señala que, la remuneración mínima vital que estuvo vigente desde el 01 de diciembre de 2010, por mandato del D.S. 011-2010-TR, fue de S/. 580.00 la cual estuvo vigente hasta el 31 de enero de 2011. Así, con esta remuneración mínima (S/. 580.00), el Ministerio fijó el valor referencial para los seis Items, el cual fue de S/. 8'863,084.80 (ocho millones ochocientos sesenta y tres mil ochenta y cuatro y 80/100 nuevos soles), en total, siendo el valor referencial del Item 04 el importe de S/. 1'181,744.64 (un millón ciento ochenta y un mil setecientos cuarenta y cuatro y 64/100 nuevos soles). Entonces, a la fecha convocatoria del Concurso Público N° 011-2010-JUS (29 de diciembre de 2010), la remuneración mínima, vigente por mandato del D.S. 011-2010-TR, era de S/. 580.00 (quinientos ochenta y 00/100 nuevos soles); sobre lo cual, refiere que en el Capítulo I de las Bases Integradas, sobre Generalidades, se estableció en el numeral 1.4 el Valor Referencial y allí quedó establecido que “*El valor referencial ha sido calculado al mes de diciembre de 2010*”.

Sobre ello, señala que, el Anexo 10 de las Bases del Concurso Público N° 011-2010-JUS estableció el Modelo de Estructura de Costos y dentro de este modelo: La nota 1 señaló puntualmente que “*Los postores deberán obligatoriamente, sujetarse a la presente estructura de costos en cada uno de sus aspectos, sin agregar u omitir los rubros establecidos, debiendo revisar que los cálculos estén bien efectuados y presentar los formatos como requisito previo a la suscripción del contrato*”; siendo que la nota 5 estableció puntualmente que, “*Se deberá considerar la Remuneración Mínima Vital del año en curso*”, por lo cual afirma que el año en curso era precisamente el año 2010.

Continúa exponiendo el contratista, que el 23 de marzo de 2011 celebró con el Ministerio el Contrato N° 049-2011, denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del NCPP de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, por 16 puestos de vigilancia de 24 horas, por S/. 991,620.35, importe derivado de la estructura de costos establecida con una remuneración mínima de S/. 580.00, que era la remuneración mínima vigente al tiempo de la convocatoria al concurso (29 de diciembre de 2010),

Sin embargo, alega el contratista que, desde el 24 de marzo de 2011 y hasta el 15 de agosto de 2011 se les debió pagar conforme a una estructura de costos con la remuneración de S/. 600.00 (D.S. 011-2010-TR) y desde el 16 de agosto de 2011 hasta el 23 de marzo de 2012 conforme a una estructura de costos con la remuneración de S/. 675.00 (D.S. 011-2011-TR) y desde el 01 de junio de 2012 y hasta el 22 de agosto de 2012, fecha que alega ser el término del servicio, con la remuneración de S/. 750.00 (D.S. 007-2012-TR).

Asimismo, señala que, el 23 de marzo de 2012 se otorgó el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS. Este contrato tiene

como antecedente directo y natural precisamente al Contrato N° 049-2011-JUS, de 23 de marzo de 2011, señalando que, la cláusula primera del Contrato Complementario N° 049-2011-JUS estableció que: "Con fecha 23 de marzo de 2011, LA ENTIDAD, suscribió el Contrato N° 049-2011-JUS referido al servicio de seguridad y vigilancia para los locales del NCPP de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, adjudicando a EL CONTRATISTA en el CONCURSO PUBLICO N° 011-2010-JUS, cuyo plazo de ejecución de servicio inició el 24 de marzo de 2011 y concluyó el 23 de marzo de 2012".

En relación a esta relación jurídica cita su cláusula segunda la cual estableció que, "Por el presente contrato, EL CONTRATISTA, se obliga sin estar subordinado a LA ENTIDAD a prestarle el Servicio de seguridad y vigilancia para los locales del NCPP de los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, el cual será brindado en el interior y en la zona perimetral de los inmuebles propios y/o bajo responsabilidad de LA ENTIDAD, por EL CONTRATISTA de acuerdo a la propuesta técnica y económica del Concurso Público N° 011-2010-JUS y Bases Administrativas del citado concurso". Asimismo, cita la cláusula tercera del referido Contrato Complementario, que señala que, "El monto total del servicio materia del presente contrato asciende a un máximo a pagar de S/. 297,486.10 (doscientos noventa y siete mil cuatrocientos ochenta y seis y 10/100 nuevos soles) a todo costo, incluido IGV, que representa el 30% del contrato original." "La vigencia de dicho contrato se inicia a partir del 24 de marzo de 2012 hasta que el monto adjudicado permita pagar los servicios requeridos o hasta que se suscriba el contrato e inicie el servicio del Concurso Público N° 003-2012-JUS convocado". "Este monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato".

75

Reitera la demandante en señalar que, al igual de lo que sucedió con el Contrato N° 049-2011, el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS siguió calculándose sobre la estructura de costos con la remuneración de S/. 580.00, cuando a marzo del año 2012, fecha en que se otorga el documento del contrato complementario ya estaba vigente la remuneración mínima de S/. 675.00.

En torno a ello, con importancia señala que, tanto la cláusula quinta, en su último párrafo, del Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, como del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, estableció el incremento en caso se produzca incremento en la remuneración mínima:

"Durante la vigencia del presente contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno excepto los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el Gobierno que incida en el mayor costo de los servicios, previa verificación de la disponibilidad de los recursos presupuestales".

También indica que, las Bases Integradas establecieron que era imperativo el incremento de los precios si, por norma expresa del Gobierno se incidía en el mayor costo de los servicios.

Al respecto, señala que la remuneración mínima se incrementó conforme al siguiente cuadro:

De 01 de diciembre de 2010 al 31 de enero de 2011 (D.S. 011-2010-TR)	De 01 de febrero de 2011 al 15 de agosto de 2011 (D.S. 011-2010-TR)	De 16 de agosto de 2011 al 31 de mayo de 2012 (D.S. 011-2011-TR)	De 01 de junio de 2012 en adelante (D.S. 007-2012-TR)
Remuneración mínima	Remuneración mínima	Remuneración mínima	Remuneración mínima
S/. 580.00	S/. 600.00	S/. 675.00	S/. 750.00

01

Sobre ello, concluye que, del Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2011, y del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011, de 23 de marzo de 2012, el Ministerio les adeuda los reintegros que corresponden por el incremento de las remuneraciones mínimas. A estos reintegros corresponde la Factura 007848, de 10 de junio de 2012, por el importe de S/. 122,950.43, y la Factura 007909, de 31 de julio de 2012, por el importe de S/. 14,144.92.

Asimismo, señala que, el Ministerio también les adeuda los servicios prestados del 24 de junio de 2012 al 21 de julio de 2012 (S/. 96,085.54) y del 22 de julio de 2012 al 22 de agosto de 2012 (S/. 109,811.89). En este caso, señala que el Ministerio no les ha pagado los servicios, los cuales no obstante la falta de pago ha tomado a plena satisfacción.

Afirma el demandante que, el periodo que corresponde al Contrato Complementario del Contrato 049-2011-JUS, empieza el 24 de marzo de 2012 y se extiende al 22 de agosto de 2012; siendo que, el Ministerio les abonó, parcialmente, es decir bajo la estructura de costos que toma la remuneración mínima de S/. 580.00, lo servicios desde el 24 de marzo de 2012 hasta el 23 de junio de 2012, conforme a las siguientes facturas:

Factura 002-007803, de fecha 18 de junio de 2012, por S/. 81,940.62, por servicios de vigilancia del 24 de marzo de 2012 al 23 de abril de 2012.

Factura 002-007806, de fecha 20 de junio de 2012, por S/. 81,940.62, por servicios de vigilancia del 24 de abril de 2012 al 23 de mayo de 2012.

Factura 002-007822, de fecha 30 de junio de 2012, por S/. 81,940.62, por servicios de vigilancia del 24 de mayo de 2012 al 23 de junio de 2012.

Por tanto, concluye la contratista que, del período complementario les adeuda el Ministerio los servicios que van del 24 de junio de 2012 hasta el 22 de agosto de 2012, fecha de finalización de sus servicios; siendo que esos servicios están expresados en las facturas siguientes:

- Factura 007907, de fecha 31 de julio de 2012, por S/. 96,085.54, por servicios de vigilancia del 24 de junio de 2012 al 21 de julio de 2012.
- Factura 008024, de fecha 13 de septiembre de 2012, por S/. 109,811.89, por servicios de vigilancia del 22 de julio de 2012 al 22 de agosto de 2012.

Asimismo, señala que, el Ministerio les adeuda los reintegros por el incremento de la remuneración mínima de S/. 580.00 (estructura de costos) a S/. 750.00, por los servicios prestados en el período complementario desde el 24 de marzo de 2012 hasta el 23 de junio de 2012, el importe de S/. 14,144.92.

Por tanto, concluye la demandante que el Ministerio le adeuda S/. 342,992.78 (trescientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y dos y 78/100 nuevos soles).

III.3.1.2 Posición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El demandado expone que, mediante Contrato Nº 49-2011-JUS de fecha 23 de marzo de 2011 se adjudicó a la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A, para el servicio de seguridad y vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal - Sedes Arequipa, Moquegua y Tacna, por un monto ascendente a S/. 991,620.35 nuevos soles, y con un plazo de ejecución contractual desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 23 de marzo de 2012.

017

Asimismo, señala que, el 23 de marzo de 2012, la Entidad y la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A., suscribieron el Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, por un monto ascendente a S/. 297,486.10 nuevos soles, y con un plazo de ejecución contractual desde el 24 de marzo de 2012 hasta agotar el monto contractual y/o se inicie el servicio del Concurso Público N° 003-2012-JUS.

Al respecto, alega que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cumplió con efectuar los pagos a favor de la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A., correspondiente al Contrato N° 49-2011-JUS al haber brindado el servicio de seguridad y vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal - Sedes Arequipa, Moquegua y Tacna, en el periodo del 24 de marzo de 2011 al 23 de marzo de 2012.

Asimismo afirma, con respecto al Contrato Complementario del Contrato N° 49-2011-JUS, que el MINJUSDH también cumplió con efectuar los pagos a favor de la demandante al haber brindado el servicio de seguridad y vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal - Sedes Arequipa, Moquegua y Tacna, en el periodo del 24 de marzo al 23 de junio de 2012. Tal como se detalla en el cuadro:

Nº	ORDEN DE SERVICIO	PERIODO	COMPROBANTE DE PAGO	FACTURA	MONTO
1	1055-2012	24.03.2012- 23.04.2012	6684	002-007803	S/. 81,940.62

2		24.04.2012- 23.05.2012	6793	002-007806	S/. 81,940.62
3		24.05.2012- 23.06.2012	6953	002-007822	S/. 81,940.62
TOTAL					S/. 245 821.86

Señala el Ministerio que, el monto pagado de S/. 245 821.86 nuevos soles está dentro del monto señalado en el Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS ascendente a S/. 297,486.10 nuevos soles, que señaló que era *"hasta agotar el monto contractual y/o se inicie el servicio del Concurso Público N° 003-2012-JUS"*, con lo cual afirman demostrar que no vulneraron el contrato antes citado.

Siendo ello así, concluye la Entidad señalando que, se ha pagado el servicio prestado desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 23 de marzo del 2012 correspondiente al Contrato N° 49-2011-JUS y en relación al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, se ha pagado desde 24 de marzo de 2012 al 23 de junio de 2012. Por tanto, si ya están cancelados no se explica porque pide la conformidad de los citados servicios.

Por ello, manifiesta que no es congruente como una empresa que siempre realiza contrataciones con entidades estatales y sabe que los todos contratos se tienen que realizar conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, pero ahora, pretende que nuestra entidad vulnere las normas, aceptando servicios sin contrato legal u orden de servicio de por medio.

III.3.1.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta en el presente punto se circumscribe en determinar si corresponde a la Entidad otorgar la conformidad por los servicios efectuados por la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A., a mérito del Contrato N° 49-2011-JUS y en relación al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS.

Al respecto, en primer lugar corresponde tener presente las cuestiones previas expuestas en los acápite precedentes, por lo cuales se ha determinado que, el ámbito de competencia de este Tribunal Arbitral Unipersonal se circumscribe al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS; y, al declararse fundada la excepción formulada por la Entidad, respecto a toda controversia suscitada después de la fecha de agotado el monto de S/. 297,486.10 del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, el cual, de conformidad con el artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, era el monto máximo por el cual, podía suscribirse dicho Contrato Complementario de naturaleza administrativa perteneciente al Derecho Público, el pronunciamiento solo puede efectuarse en dicho parámetro.

Por lo tanto, según se ha desarrollado en el acápite Cuestión Previa del presente Laudo que, solo puede ser materia de análisis del Tribunal Arbitral Unipersonal, las controversias que se hayan producido durante la ejecución del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, es decir, desde su entrada en vigencia (24 de marzo de 2012), hasta que se agote el monto de S/. 297,486.10, el cual, era el monto normativo máximo por el cual, podía suscribirse dicho contrato complementario.

Bajo la premisa expuesta en los párrafos precedentes, corresponde analizar si corresponde a la Entidad brindar la conformidad por los servicios prestados en el marco del Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, es decir, desde el 24 de marzo de 2012 hasta que se agote el monto de S/. 297,486.10.

Al respecto, siendo pacífico entre las partes⁵ que, respecto al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, se le ha pagado al Contratista el monto ascendente a S/. 245,821.86, corresponde analizar la procedencia de la conformidad respecto al saldo entre dicho monto y el máximo sobre el cual el árbitro único puede pronunciarse (S/. 297,486.10).

Para dicha finalidad, corresponde analizar si corresponde reconocer en el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, los incrementos de la remuneración mínima vital, establecidos mediante los Decretos Supremos N° 011-2010-TR, N° 011-2011-TR y N° 007-2012-TR.

En torno a ello, el árbitro único estima oportuno advertir la Naturaleza del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, a partir de lo cual se podrá determinar los alcances de las instituciones y su aplicación.

Para tal efecto, en primer lugar, resulta relevante considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del carácter de la contratación pública: "La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta

⁵ Numeral 2.29 de la demanda y página 7 de la contestación de la demanda

necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.⁶ (nuestro resaltado y subrayado).

La misma línea es adoptada por la doctrina, así, para Juan Carlos Cassagne, “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.”⁷

Siendo ello así, podemos advertir que nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el “contrato administrativo”, sobre el cual, Manuel María Diez, señala que es “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.”⁸

En el mismo sentido, señala DROMI que el contrato administrativo es “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”, siendo que el Derecho Administrativo versa sobre el régimen jurídico de la función administrativa⁹.

⁶ Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, del 17.May.2004, Numeral 11

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 13.

⁸ MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

⁹ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina 10^a ed. Buenos Aires 2004. Pag. 262-263

En consecuencia, los contratos formalizados bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado tienen naturaleza administrativa formando parte del Derecho Administrativo.

Ahora bien, considerando que el **Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS** ha sido formalizado el 23 de marzo de 2012, le es de aplicación el **Decreto Legislativo N° 1071**, que aprueba la **Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento**, aprobado por **Decreto Supremo N° 184-2008-EF**, ambos vigentes desde el 01 de febrero de 2009.

Así, corresponde serle aplicado, las normas del Derecho Público, y solo de manera subsidiaria o supletoria, las normas del Derecho Privado, al amparo de lo establecido por el Artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Siendo ello así, se debe tener presente que el Artículo 49° del Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que “*Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato (...)*”. Ello, se condice con el Artículo 1361° del Código Civil que señala “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

Así, todo contratista se encuentra obligado a cumplir con sus obligaciones contenidas en un contrato suscrito con la Entidad, la cual se debe cumplir en estricta sujeción a las características técnicas, plazos y demás condiciones establecidas en la respectiva relación jurídica, entre las cuales se encuentra el precio ofertado.

Sin embargo, se debe tener presente que, la Cláusula Quinta del referido Contrato Complementario señala expresamente que: "Durante la vigencia del presente contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno excepto los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el Gobierno que indica (sic) en el mayor costo de los servicios, previa verificación de la disponibilidad de los recursos presupuestales", DISPOSITIVO QUE ESTÁ RECOGIENDO LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

Efectivamente, como lo hemos señalado, el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS es de la administración pública y como tal, es un instrumento para el fin último inalterable, implícito y connatural a él, de satisfacer de la mejor manera posible el interés público, lo cual motiva que cualquier análisis que se realice sobre este, prime la interpretación a favor de su finalidad social.

Así, en estos contratos concurren simultáneamente diversos elementos que expresan los intereses tanto de las partes (vertiente comutativa) así como intereses colectivos, generales o sociales (vertiente distributiva), que deben ser conciliados hacia una línea media justa.

Considerando la necesidad de preservar la continuidad de estos contratos, el sistema de ecuaciones surge como una fórmula de justicia en los órdenes comutativo de las partes y distributivo del bien común, de seguridad jurídica que busca restablecer el equilibrio entre lo que pretende obtener cada parte ante la ruptura en la equivalencia y equidad de la concurrencia compensada de sus elementos.

La fórmula ecuacional es una suma de elementos (social, ética, política, administrativa, tecnológica, ambiental, económica, financiera, tributaria, de mercado), que comprometen derechos y deberes recíprocos de las partes, así como también de terceros, que a su vez se descomponen en ecuaciones parciales y menores dentro de ella, que deben también mantenerse equilibrados para lograr en conjunto el equilibrio de cada ecuación y por ende del contrato.

En este sentido, cada una de estas dimensiones tiene una línea ideal que representa el equilibrio entre los intereses involucrados en cada dimensión que se contraponen en polos opuestos. Cuando el contrato se base en su formación y desarrollo en un diseño de igualdad entre sus componentes, que estará dado por la mayor aproximación a esta línea ideal, se podrá conocer y restablecer más claramente las equivalencias pactadas o proyectadas ante una fractura de esta línea de equilibrio.

Especificamente, la Dimensión Económica está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial en cuanto a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la Administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente en la formulación estática del contrato, es decir, entre los dos polos, costo y beneficio previstos contractualmente¹⁰. El medio es la intangibilidad del precio y su análisis pasa por una "adecuada equivalencia" entre la inversión del contratista y su razonable rentabilidad proyectada.

¹⁰ DROMI. Las Ecuaciones de los Contratos Públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001
Pag 231

Los inicios del desarrollo conceptual sobre la ecuación económica-financiera, por parte del ahora Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, lo encontramos comprendido en el Pronunciamiento N° 062-2002(GTN), donde se manifiesta que dicho instituto se explica doctrinariamente en el entendido que:

"(...) ante factores exógenos que afecten el equilibrio del contrato en perjuicio del contratista, ello será evitado por el Estado, asumiendo el riesgo o parte de él en virtud a que el particular si bien posee intereses propios en el contrato, realiza una labor que deviene en una colaboración con funciones públicas, siendo además necesario mantener la vida del contrato debido al interés público que este conlleva. También se explica el instituto en el sentido de ser un contrapeso a diversas potestades que tiene la Administración en el contrato o en el principio de igualdad ante las cargas públicas por el cual todos los particulares deben soportar por igual, a través del sistema tributario, el encarecimiento de una obra pública por efecto de un hecho imprevisible, siendo injusto que lo haga sólo el contratista."¹¹

Podemos advertir que el ahora OSCE recogió como criterio¹² la importancia de mantener vigente durante la ejecución del contrato el equilibrio de los intereses con el que nació el contrato (aunque sólo analiza la dimensión económica-financiera), reflejado en la vigencia constante de la estructura de costos presentada por el contratista en

¹¹ GRANILLO OCAMPO, Raúl. La distribución del riesgo en la contratación administrativa. Buenos Aires: Astrea, 1990. Págs. 100 a 101 y 144 a 147. CASSAGNE, Juan Carlos. "El equilibrio económico financiero del contrato administrativo". En: Revista de Derecho Administrativo, Año 1 N° 1, Mayo-Agosto, Buenos Aires, 1989, pág. 32. ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1979. LINARES, Mario. El contrato estatal. Lima: GRIJLEY, 2002. Pág. 187

¹² Posición seguida en sendos Pronunciamientos, tales como: 80-2004(GTN), 110-2007(GTN), sobre los cuales, corresponde advertir que su carácter no es vinculante

su oferta económica, frente a factores propios del contrato o, a factores exógenos a él.

Efectivamente, dicha Entidad reconoce que en el mercado se presentan una serie de acontecimientos económicos que impactan sobre el valor de las prestaciones dinerarias, ocasionando el quiebre de la proporcionalidad y la equivalencia en el valor de éstas¹³. Así, dichos factores podrían determinar que el monto que se pactó al momento de contraer la obligación, ya no represente el valor real actualizado que debería tener al momento en que se realiza el pago.

El factor que origina la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato, debe haber sido extraordinario, es decir, las partes contratantes no pudieron haberlo previsto al momento de presentarse la propuesta económica y lógicamente no está recogido en el contrato, por tratarse de un hecho posterior, lo cual es la tesis de la Teoría de la Imprevisión.

Esta posición doctrinaria también es recogida mayoritariamente en los Laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales, los cuales motivan sus resoluciones en base a la mencionada Teoría de la Imprevisión, analizando concretamente si el factor que altera el equilibrio económico-financiero del contrato en cada caso en particular, que origina que no sea posible obtener el beneficio recíproco inicialmente comprometido, pudo razonablemente ser previsible al momento de nacer la obligación jurídica.

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo V. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996. Pag. 38.

Así en el Laudo del 05.10.2004, recaído en el Expediente Arbitral N° 035-2004/SNCA-CONSUCODE, se concluyó que el costo ocasionado por el aumento de la remuneración mínima vital debía ser asumido por el contratista, por cuanto dicha carga constituía un hecho previsible al haberse consignado en el pliego absolutorio de consultas del respectivo proceso de selección lo siguiente: “(...) es de exclusiva competencia del CONTRATISTA atender los asuntos relacionados con los incrementos en la Remuneración Mínima Vital, que decrete el Supremo Gobierno”.

A su vez, el Laudo de fecha 26.10.200714 señala que el alza del petróleo no altera el equilibrio económico-financiero del contrato, por cuanto no se trata de un evento imprevisible considerando que, “el alza del precio del petróleo en el mercado internacional, estaba ocurriendo desde años antes de la celebración del contrato y que, inclusive se podía predecir con cierta aproximación el aumento que iba a tener en los siguientes meses”.

Como fluye de la doctrina y la práctica, en concordancia con los elementos desarrollados en los párrafos previos, la alteración de la ecuación puede manifestarse; por hechos, actos, o normas emitidas por el Gobierno¹⁴ cuyo alcance afecta al Contrato (en virtud de la teoría de los hechos cumplidos recogida en el Artículo 103º de la Constitución Política del Perú de 1993); o por factores del mercado; de manera temporal produciendo efectos dilatorios en el cumplimiento de las prestaciones o, de manera absoluta causando la resolución del contrato.

¹⁴ En Revista Peruana de Arbitraje N° 6. 2008. pags. 219-246

¹⁵ Denominado “hecho del principio”.

Al respecto, DROMI señala que:

"(...) el hecho del principio se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista de modo sobreviniente a la ecuación jurídica que le dio nacimiento.

El acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del principio). Para configurar el hecho del principio la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato"¹⁶.

Sin embargo es importante advertir que, no obstante que el acto de gobierno altera el equilibrio económico – financiero de un contrato de la administración pública, ello no significa per se una obligación de la Entidad de aceptar e incrementar el precio pactado originalmente, por cuanto ello amerita una erogación adicional de fondos o recursos públicos sobre el valor previamente determinado como monto del contrato. Por ello, primero deberá ser aprobado este nuevo gasto antes de formalizar la aceptación del incremento, en concordancia con la Ley N° 28411¹⁷, lo cual constituye una norma de ineludible cumplimiento.

¹⁶ DROMI, Roberto. Licitación Pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2º ed. Pág. 647

¹⁷ Artículo I de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto:
"Equilibrio presupuestario

El Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con

Sobre ello, el Consejo Superior, a través de la Opinión N° 036-2004(GTN), ha establecido que:

"el acto de gobierno que altera el equilibrio económico-financiero de un contrato administrativo, obliga a la Entidad a revisar las condiciones y términos del mismo, sea cual fuere el sistema de contratación o adquisición adoptado, a fin de decidir sobre su continuidad, previa verificación de la cobertura presupuestal. De decidir la continuidad de la contratación o adquisición, procederá a modificar el monto contractual con el fin de reconocer al contratista los aumentos de sueldos y salarios que hubiere decretado el gobierno, equilibrando la ecuación económico-financiera alterada por aquella decisión gubernamental"

Esta posición también es recogida en la Opinión N° 065-2007/DOP, donde se añade que:

"En esa medida, el ajuste del monto contractual no ha de considerar sólo el monto de la remuneración mínima vital, sino también los demás conceptos cuyo cálculo depende de aquélla. Lo contrario supondría tolerar el desequilibrio de la ecuación económico – financiera del contrato; causa suficiente para que el contratista –parte perjudicada– frustre la relación contractual, pues no será posible que se obtenga el beneficio recíproco inicialmente comprometido."

En ese sentido, el contratista puede solicitar el reajuste de las prestaciones a cargo de la Entidad o, la resolución del contrato, pero

las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente."

ello sólo podría obligar a la Entidad a revisar las condiciones y términos del mismo, a fin de decidir sobre su continuidad previa aprobación presupuestal, más no implica, por se que ésta deba aceptar incrementar el pago a consecuencia del mayor gasto incurrido por el contratista ante el desequilibrio en la ecuación contractual.

Por lo tanto, en la medida que la Entidad no recibió solicitud alguna por parte del Contratista durante la ejecución contractual para incrementar la remuneración mínima que ocasionaría la pertinencia de la continuidad de los servicios previa aprobación de la respectiva disponibilidad presupuestal (o en su defecto, la resolución contractual), no es posible emitir la conformidad por servicios que hayan sido brindados en base al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, cuyo monto se encuentren por encima del monto efectivamente pagado de S/. 245,821.86 hasta el monto de S/. 297,486.10.

III.3.2 Segundo punto controvertido: “*Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. el importe de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), importe que es el saldo pendiente de cancelación que se les debe por el servicio prestado del contrato N° 049-2011 de 23 de marzo de 2011 denominado Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para los locales del Nuevo Código Procesal Penal – NCPP – de los distritos judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna, y por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012*”

III.3.2.1 Posición de Peruana de Vigilancia y Protección S.A.

029

En base a los fundamentos que sustentan la posición del contratista sobre el primer punto controvertido, se analiza el desarrollo del presente punto.

III.3.2.2 Posición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El demandado expone que, la demandante, solicitó el pago por concepto de reintegro de remuneración mínima vital por un monto ascendente a S/. 137,095.35 nuevos soles, en el marco del Contrato N° 49-2011-JUS y del Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, pedido que no corresponde, debido a que fueron cancelados en su oportunidad previa presentación de las boletas de pago de cada uno de los agentes de seguridad que fueron asignados al servicio de seguridad y vigilancia en las sedes de Arequipa, Moquegua y Tacna, quienes percibían la remuneración mínima vital considerando el incremento de la remuneración mínima vital que se encontraba vigente en esa fecha, tal como se puede advertir en las boletas presentadas por la empresa.

Añade la Entidad, que conforme a las bases administrativas del Concurso Público N° 011-2010-JUS en el numeral 3.8 Forma de pago y conformidad del servicio de la Sección Específica dispuso que para la emisión de la conformidad de la prestación el contratista deberá presentar una vez finalizado cada mes, entre otros: "*copia simple de boletas de pago correspondiente al personal que prestó servicios en el Ministerio de Justicia en el mes facturado, debidamente suscritos por cada trabajador (...)*"; siendo que, la presentación de las boletas de pago de los agentes de seguridad era necesaria para que el MINJUSDH efectuase el pago.

Asimismo, sostiene la demandada que, las bases administrativas en el numeral 3.8 de la Sección Específica establecen lo siguiente:

"De conformidad a lo establecido en el artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado durante la vigencia del contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno, excepto en la modificación de los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el Gobierno referidos a la remuneración mínima vital o de índole tributaria y que afecten la estructura de costos de la propuesta económica del contratista, previa verificación de la disponibilidad presupuestal de los recursos presupuestales del Ministerio de Justicia".¹⁸

La citada disposición es recogida también en la cláusula quinta del Contrato N° 49-2011-JUS y del Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS con el siguiente texto:

"Durante de la vigencia del presente contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno excepto los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el gobierno que indica en el mayor costo de los servicios, previa verificación de la disponibilidad de los recursos presupuestales".

Al respecto, sostiene la Entidad que, la demandante no presentó la siguiente información: I) Estructura de costos de los puestos de vigilancia y seguridad debidamente actualizado según incremento de la remuneración mínima vital; y II) Las boletas de pago en la que se desprende el pago efectivo del mencionado incremento por cada uno de los agentes de vigilancia.

Sobre ello, concluye que, es erróneo pretender que se pague a la empresa el monto ascendente a S/.137,095.35 nuevos soles, puesto

¹⁸ Lo subrayado es nuestro.

que no acredito fehacientemente con documentación el pago efectivo del mencionado incremento por cada uno de los agentes de vigilancia y seguridad que fueron asignados al servicio de seguridad y vigilancia en las sedes de Arequipa, Moquegua y Tacna, señalando que, adjunta copias de los comprobantes de pago, las órdenes de servicios y las boletas de pago de los agentes de seguridad que prestaron el servicio en el MINJUSDH, a fin de demostrar que se consideró la remuneración mínima vital que se encontraba vigente, por lo cual finaliza señalando que, ha quedado demostrado que el MINJUSDH cumplió con efectuar los pagos correspondientes.

III.3.2.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta en el presente punto se circumscribe en determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. el saldo pendiente de cancelación que se les debe por el servicio prestado por el Contrato complementario al contrato 049-2011, de 23 de marzo de 2012.

Efectivamente, es importante reiterar que, según se ha desarrollado en el acápite Cuestión Previa del presente Laudo que, **solo puede ser materia de análisis del Tribunal Arbitral Unipersonal, las controversias que se hayan producido durante la ejecución del Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011-JUS, es decir, desde su entrada en vigencia (24 de marzo de 2012), hasta que se agote el monto de S/. 297,486.10, el cual, era el monto normativo máximo por el cual, podía suscribirse dicho contrato complementario.**

Al respecto, según lo expuesto en el acápite III.3.1.3 en el marco de la Teoría Económica – Financiera del Contrato, recogida en el tercer párrafo de la Cláusula Tercera del Contrato Complementario¹⁹, el contratista puede solicitar el reajuste de las prestaciones a cargo de la Entidad o, la resolución del contrato, pero ello sólo podría obligar a la Entidad a revisar las condiciones y términos del mismo, a fin de decidir sobre su continuidad previa aprobación presupuestal, más no implica, per se que ésta deba aceptar incrementar el pago a consecuencia del mayor gasto incurrido por el contratista ante el desequilibrio en la ecuación contractual.

Por lo tanto, en la medida que la Entidad no recibió solicitud alguna por parte del Contratista durante la ejecución contractual para incrementar la remuneración mínima que ocasionaría la pertinencia de la continuidad de los servicios previa aprobación de la respectiva disponibilidad presupuestal (o en su defecto, la resolución contractual), no es posible emitir la conformidad por servicios que hayan sido brindados en base al Contrato Complementario al Contrato N° 49-2011-JUS, cuyo monto se encuentren por encima del monto efectivamente pagado de S/. 245,821.86 hasta el monto de S/. 297,486.10.

Al respecto, considerando que este punto controvertido versa sobre el "pago", corresponde traer a colación lo señalado en los artículos 180 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

¹⁹ "Durante la vigencia del presente contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno excepto los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el Gobierno que indica en el mayor costo de los servicios, previa verificación de la disponibilidad de los recursos presupuestales"

Artículo 180.- Oportunidad del pago

Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio. (nuestro subrayado)

(...)

Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

En el marco legal expuesto, es requisito que en forma previa a efectuarse el pago, la Entidad emita la conformidad de la recepción de la prestación, lo cual se condice con el artículo 177 del mismo cuerpo legal, el cual dispone que "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista". Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo".

Estando a lo dispuesto por el referido dispositivo legal, no es suficiente que el servicio de vigilancia haya sido recibido por la Entidad, pues es necesario que la Entidad haya emitido la respectiva conformidad, la

cual no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad²⁰.

Por lo tanto, habiéndose acreditado que la emisión de una norma no genera per se la obligación de la Entidad de aceptar el incremento de la remuneración mínima vital, no se puede obligar a la Entidad a emitir la conformidad por este incremento y por consiguiente, efectuar pago alguno, el cual es consecuencia de una relación jurídica.

- S*
- III.3.3 Tercer punto controvertido: “Determinar si corresponde el registro de las prestaciones a favor de Peruana de Vigilancia y Protección S.A. por los incrementos de la remuneración mínima vital, del 01 de diciembre de 2010 al 01 de junio del 2012”**

III.3.3.1 Posición del Árbitro Único

En este punto, bajo los argumentos expuestos por las partes y recogidos en los acápite previo y considerando la posición establecida por el Tribunal Arbitral Unipersonal, no corresponde el registro solicitado.

- O*
- III.3.4 Cuarto punto controvertido: “Determinar si corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pague a Peruana de Vigilancia y Protección S.A. los reintegros y conceptos por el monto de S/. 342,992.78 (Trescientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Noventa y Dos y 78/100 Nuevos Soles), por enriquecimiento sin causa”**

²⁰ En el mismo sentido se pronuncia el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Opinión N° 090-2014/DTN

III.3.4.1 Posición de Peruana de Vigilancia y Protección S.A.

En adición a sus fundamentos previos, el demandante señala que, el Principio de Equidad, establecido en el Artículo 4, literal I), de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017), en mérito al cual “Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”. Este principio rige las contrataciones del Estado y no es cumplido por el Ministerio, en el caso que motiva la presente demanda, al haberse servido este Ministerio de nuestros servicios de vigilancia, para los locales en que se implementó el Nuevo Código Procesal Penal, en los Distritos Judiciales de Arequipa, Moquegua y Tacna; sin pagar retribución alguna por dichos servicios. Rompe así el Ministerio el principio de equidad, pues se sirve pero no paga, rompiendo así el elemental deber de correspondencia y equidad con las prestaciones de seguridad que ha recibido a satisfacción.

III.3.4.2 Posición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

En este extremo, la Entidad señala que, no corresponde por cuanto no presenta las boletas con el incremento y no tiene contrato de los supuestos servicios prestado en los meses de junio a agosto conforme lo estipula la Ley de Contrataciones, por lo que este pedido también es infundado.

III.3.4.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida consiste en determinar si corresponde ordenar a la Entidad que reconozca el incremento de la remuneración

que recae sobre el Contrato Complementario al Contrato N° 049-2011, bajo la figura del enriquecimiento sin causa.

Al respecto, José Lete del Río²¹ define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que "una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial".

Nuestra legislación recoge esta figura en el artículo 1954 del Código Civil peruano, el cual lo define, como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Sobre ello, la Doctrina²² más especializada sobre la materia concuerda en enumerar los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, en: (i) el enriquecimiento del demandado; (ii) el empobrecimiento del demandante; (iii) la relación causal entre esos hechos; (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y, (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

En torno al "Enriquecimiento del Demandado" y su relación causal, Von Tuhr²³ señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no

²¹ LETE DEL RIO, José Manuel. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. 3^{ra} Ed., vol.II, pag. 173.

²² LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 380.

²³ VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 300

hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. En el mismo sentido, Fábrega señala que "la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado"²⁴.

Es en base a dichas diferencias que surge el principio de equidad, el cual, doctrinariamente²⁵ se considera que es el fundamento del enriquecimiento sin causa que informa el Derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del Derecho) y, en tanto ello, no puede decirse que el enriquecimiento sin causa esté limitado a una fuente específica de obligaciones²⁶.

Sin embargo, se debe tener presente que, uno de los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa es "la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio".

Respecto a "la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio", se debe tener presente que este representa el CARÁCTER SUBSIDIARIO de la acción de enriquecimiento sin causa, el cual

²⁴ FÁBREGA PONCE, Jorge. El enriquecimiento sin causa. Panamá: Editora La Estrella, p. 58

²⁵ En referencia a De la Cámara y Díez-Picazo. CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 3, Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, pag. 311

²⁶ Compartimos la posición de Castillo Freyre y Molina Agui a cuya fuente se ha recurrido y que refieren que la doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa "como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado" CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En: Jus Doctrina & Práctica, N.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009, pag. 185.

constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955º del código civil, que establece lo siguiente: "la acción a que se refiere el artículo 1954º no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

Que, por lo tanto, "Procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando esta última no goce de ninguna acción derivada de un contrato, quasi contrato, delito o quasi delito, para obtener lo que se le debe; PERO QUE NO PUEDE SUBSTITUIRSE DURANTE UN JUICIO, POR UNA ACCIÓN DIFERENTE ORIGINALMENTE FUNDADA EN UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL"²⁷.

Es decir, en palabras de MOSSET ITURRASPE "el empobrecido, titular de la actio in rem verso, debe carecer de otra acción dirigida a restablecer el equilibrio estático de los patrimonios, nacida de la Ley, contrato, acto ilícito, gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo de un derecho"²⁸. Este requisito tiene por objeto evitar un "fraude a la ley", lo cual se produciría al "admitir que se reclame por esta vía aquello que la ley niega por los caminos normales, SERÍA ACOGER EL FRAUDE A LA LEY".

Estando a lo expuesto, corresponde recordar que la Cláusula Quinta del referido Contrato Complementario señala expresamente que:

²⁷ BONNECASE, Julien. Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Puebla: Biblioteca Jurídico- Sociológica, 1945, tomo II, pp. 313-314.

²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires. 1998. Pag. 516

"Durante la vigencia del presente contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno excepto los pagos que por norma expresa y obligatoria establezca el Gobierno que indica (sic) en el mayor costo de los servicios, previa verificación de la disponibilidad de los recursos presupuestales".

Por lo tanto, ha creado convicción en el Árbitro Único que la acción prevista en el contrato era la aplicación de la Teoría Económica – Financiera del Contrato, por lo cual, no es de aplicación la figura del Enriquecimiento Sin Causa, por ser de carácter Residual.

Asimismo, corresponde recordar que, para la aplicación de la Teoría Económica Financiera del Contrato, el Contrato Complementario había establecido expresamente en la citada Cláusula Quinta, que se requería previamente de la verificación de los recursos presupuestales, obligación que se constituye en Ley entre las Partes, y por lo tanto, en caso que estos no fueran brindados, la alternativa que otorgaba la normativa de contratación estatal al Contratista era la resolución del contrato, medios que no fueron recurridos por el contratista en su oportunidad.

III.3.5 Pago de las costas y costos del proceso arbitral

III.3.5.1 Posición de las partes

En la presente pretensión ambas partes han solicitado que los costos y costas sean asumidos por la parte contraria, en la medida que sus posiciones sean las válidas.

III.3.5.2 Posición del Árbitro Único

Que, el Artículo 73° del Decreto legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje señala que "*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorrtear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*".

Al respecto, se debe tener presente que bajo los fundamentos expuestos en los acápite precedentes, se acredita que no existe una parte vencida, sino, por el contrario, ambas partes tuvieron razones suficientes para defender válidamente sus posiciones en el proceso arbitral, por lo cual, corresponde a cada parte asumir los gastos incurridos por cada una de ellas, para llevar a cabo el presente arbitraje (honorarios de sus abogados, logísticos, etc.).

Asimismo, en relación a los honorarios del árbitro y la secretaría arbitral, corresponde que estos sean asumidos por cada parte en forma equitativa, cada uno al cincuenta por ciento (50%).

El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y de que ha examinado las pruebas válidamente presentadas por éstas de acuerdo al criterio de libre valorización consagrado en la Ley de Arbitraje, aplicable a todas las actuaciones del procedimiento.

Por consiguiente, el sentido de la decisión del Árbitro Único es el resultado de su análisis y convicción en torno de la controversias, aun cuando algunos de los documentos aportados o registrados en el expediente correspondiente no hayan sido citados de manera expresa en el Laudo Arbitral.

Por lo que el Árbitro Único, atendiendo a la fundamentación expuesta en los acápite precedentes:

LAUDA

En la ciudad de Lima, el 24 de noviembre de 2016:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A.; por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.1.3 del Laudo Arbitral.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A.; por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.2.3 del Laudo Arbitral.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la de la empresa Peruana de Vigilancia y Protección S.A.; por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.4.3 del Laudo Arbitral.

QUINTO: En cuanto a la asunción de los gastos **DISPONER** que los montos de la secretaría arbitral y honorarios del árbitro único sean asumidos en iguales proporciones y que cada parte asuma los gastos incurridos por cada una de ellas, para llevar a cabo el presente arbitraje por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.5.2 del Laudo Arbitral.

SEXTO: **DISPONER** que la Secretaría Arbitral notifique el presente Laudo a las partes, de conformidad con el numeral 45 del Acta de Instalación.

JUAN MANUEL HURTADO FALVY
ÁRBITRO ÚNICO