

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL ÁRBITRO ÚNICO,
ABOGADA ALICIA VELA LÓPEZ, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR
PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. – PROTSSA CON EL MINISTERIO DE
TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.**

RESOLUCIÓN N° 11

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN:

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los cinco días del mes de abril del año dos mil dieciocho.

II. LAS PARTES:

- Demandante: PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. – PROTSSA (en adelante el Demandante o el Contratista).
- Demandado: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO -MTPE (en adelante el Demandado o la Entidad).

III. ÁRBITRO ÚNICO:

- ABOG. ALICIA VELA LÓPEZ

IV. SECRETARIA ARBITRAL:

- ABOG. MARIELA KELLY PÉREZ RAMOS

V. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 23 de mayo de 2014, PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. – PROTSSA y MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, suscribieron el Contrato N° 009-2014-MTPE, por el servicio de seguridad y vigilancia para diversas sedes de la entidad por el período de 24 meses, contados desde el 24 de mayo de 2014 hasta el 24 de mayo de 2016.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO E INSTALACIÓN.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, a través de la Presidencia Ejecutiva del OSCE, mediante Resolución Nº 440-2016-OSCE/PRE, de fecha 20 de octubre de 2016, designa como ÁRBITRO ÚNICO para este proceso arbitral a la abogada ALICIA VELA LÓPEZ, en el marco del procedimiento administrativo tramitado en el expediente de la referencia.

INSTALACIÓN.

Con fecha 16 de enero de 2017, se instaló el Árbitro Único, con asistencia de los representantes de las partes. En dicha diligencia la Árbitro Único, ratificó su aceptación al cargo, señalando que no posee ninguna incompatibilidad para ejercerlo, ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar su función con total independencia, imparcialidad y probidad.

3. ACTA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

Mediante Resolución Nº 03, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se realizó el 24/07/17.

3.1. CONCILIACIÓN.

En dicha diligencia la Árbitro Único invitó a las partes a conciliar, sin embargo, estas manifestaron que de momento no era posible. En ese sentido, la Arbitro Único dejó constancia de ello, expresando que la conciliación podría darse en cualquier estado del proceso.

3.2. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:

En este acto se dejó constancia que mediante el escrito presentado con fecha 3 de agosto de 2016, la Entidad formuló Excepción de Caducidad en los términos allí expuestos, siendo que el mismo fue remitido al Contratista por la secretaría del SNA-OSCE mediante Cédula de Notificación Nº 3363-2016 de fecha 18 de agosto de 2016, notificada el 22 de agosto de 2016. Al respecto,

mediante escrito presentado el 15 de setiembre de 2016 el Contratista absolvio el traslado y a su vez, la Entidad absolvio el escrito precedente, con fecha 12 de octubre de 2016. Asimismo, se admitio las pruebas ofrecidas por la Entidad en el numeral 3 del escrito de fecha 3 de agosto de 2016 y se dejó constancia que el Contratista no ofreció medios probatorios en este extremo. Finalmente, la Arbitro Único manifestó que mediante resolución posterior o al momento de laudar emitirá pronunciamiento sobre la mencionada Excepción.

3.3. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

La Arbitro Único, luego de revisar lo expuesto por las partes, consideró como puntos controvertidos los siguientes:

Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad devolver y/o reintegrar la suma de S/ 451,700.60 mas intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación mensual durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que cumpla con pagar los gastos administrativos, las costas y costos del proceso arbitral.

En dicha diligencia la Arbitro Único dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar y en su caso, resolver, los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en el Acta.

Asimismo, la Arbitro Único, indicó que podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto debido al pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Del mismo modo, señaló que los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados si ello resultara, a su juicio más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia y/o pretensión sometida a este arbitraje.

3.4. MEDIOS PROBATORIOS:

Atendiendo a los puntos controvertidos y a los escritos presentados por las partes, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

- Con relación al Contratista - PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. - PROTSSA**

Los documentales ofrecidos por el **Contratista** en el acápite “**III. ANEXOS**”, numerales del 3 al 14 de su escrito de demanda presentado con fecha 9 de junio de 2016. Al respecto, cabe precisar que mediante escrito con sumilla “**Subsanación**” de fecha 1 de julio de 2017, dicha parte manifestó que todos los documentos ofrecidos en el referido acápite son en calidad de medios probatorios.

- Con relación a la Entidad - MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO**

Los documentales ofrecidos por la **Entidad** en el acápite “**IV. MEDIOS PROBATORIOS**”, numerales del 1 al 8 de su escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 3 de agosto de 2016.

4. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS.

Mediante Resolución N° 09, se declaró cerrada la etapa probatoria y, se concedió un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Con fecha 05 de marzo de 2018, el Contratista presentó sus alegatos finales; del mismo modo la Entidad presentó sus Alegatos, con escrito de fecha 07/03/18.

5. PLAZO PARA LAUDAR.

De conformidad con el numeral 49 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, en la Audiencia de Informes Orales realizada el 14 de marzo de 2018, se fijo en veinte (20) días hábiles, el plazo para laudar, señalando que el mismo podía ser prorrogado por 15 días hábiles adicionales.

VI. DEMANDA.

Con fecha 09/06/16, PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. - PROTSSA, presentó su demanda contra el MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, formulando las siguientes pretensiones:

1. "Que se ordene al MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, para que nos devuelva y/o reintegre la suma de S/. 451,700.60 (Cuatrocientos Cincuenta y un Mil Setecientos y 60/100 Soles), más intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a nuestra facturación mensual durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE, los cuales consideramos totalmente indebidos".
2. "Se ordene al MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO para que nos pague y/o reembolse todos los gastos administrativos, las costas y costos del presente proceso arbitral, originados por culpa de la citada entidad".

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.

Los fundamentos que sustentan sus pretensiones del Contratista se encuentran detalladas en el escrito de su propósito, los cuales serán tomados en cuenta al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito presentado el 03/08/16 el MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), contestó la demanda interpuesta por la EMPRESA PROTECCIÓN Y RESGUARDO S.A. - (PROTSSA), poniendo de



manifiesto su posición, conforme a los fundamentos detallados en el citado escrito y que la Árbitro Único evaluará al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VIII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

Con el citado escrito de fecha 03/08/16 la ENTIDAD formula la EXCEPCION DE CADUCIDAD, contra la demanda del Contratista, en mérito a las consideraciones detallados en el citado escrito y que serán analizados en su oportunidad.

IX. ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN.

Con fecha 15/09/16, PROTSSA absolvió el trámite de la EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD propuesto por el MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO (MTPE), conforme a los fundamentos de hecho y derecho expuestos en el escrito de su propósito, que serán evaluados al momento de resolver.

X. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA.-

En el numeral 3 y 5 del Acta de Instalación, se dejó constancia que el presente procedimiento se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y que, al tratarse de un proceso de selección del año 2014, le son aplicables las modificatorias a la Ley de Contrataciones del Estado, introducidas mediante Ley Nº 29873 y a su Reglamento introducidas mediante Decreto Supremo Nº 138-2012-EF.

Asimismo se indicó que se regirá por el TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución No. 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución No. 172-2012-OSCE/PRE de fecha 02 de julio de 2012 y la Directiva No. 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución No. 160-2012-OSCE/PRE) y que en lo no regulado por el citado Reglamento, el presente

procedimiento se regirá por el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

XI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES.

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, el DEMANDANTE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (ii) Que, el DEMANDADO, fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (iv) Que, la árbitro único procede a laudar dentro del plazo establecido.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a la Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta las normas antes mencionadas, el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

En ese sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

B. EXCEPCIÓN.

1. La Árbitro Único, señaló en el acta de audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos, que se reservaba el pronunciamiento sobre la Excepción de Caducidad promovida por la Entidad para un momento posterior o incluso al momento de la emisión del laudo arbitral.
2. Que, la Entidad deduce la excepción de Caducidad, precisando lo siguiente:
 - Que, conforme lo dispone el numeral 52.2 del Artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1071- Ley de Contrataciones del Estado, concordante con los Artículos 214° y 215° de su Reglamento, el plazo para interponer la demanda arbitral sería QUINCE (15) DIAS hábiles, contados desde el conocimiento o notificación del acto impugnado.
 - Que, en el presente caso, considerando que la demandante pretende se ordene al MTPE le devuelva y/o reintegre la suma de S/ 451,700.60 (Cuatrocientos Cincuenta y un Mil Setecientos con 60/100 Soles), más intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE, más los gastos administrativos, costas y costos del presente proceso arbitral, que (según alega) derivan de actos culposos de nuestra entidad, el plazo a partir del cual se debe computar el plazo de caducidad es el 01/03/2016, fecha de notificación de la Carla N° 15-2016-MTPE/4/11.2, como reconoce PROTSSA en el numeral 3 de los Fundamentos de Hecho de su demanda arbitral.
 - Que, si bien la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 009-2014-MTPE precisa que para la solución de controversias las partes pueden recurrir al arbitraje y, facultativamente (es decir, de forma voluntaria) a la conciliación, se entiende que estos mecanismos se deben ejecutar DENTRO DEL PLAZO DE CADUCIDAD FIJADO POR LEY,



es decir, los QUINCE (15) días hábiles previstos por el numeral 52.2 del citado Artículo 52°.

- Que, en la medida quo el Artículo 2005° del Código Civil, aplicable supletoriamente a los demás ordenamientos jurídicos, incluida la contratación estatal, establece claramente que LA CADUCIDAD NO ADMITE INTERRUPCIÓN NI SUSPENSIÓN, será aplicable el plazo de QUINCE (15) días hábiles desde el 01/03/2016, que vencieron indefectiblemente el 22/03/2016, casi TRES (3) MESES ANTES de la presentación de la demanda arbitral, habiendo operado la CADUCIDAD, extinguendo el derecho y la acción quo hubiera correspondido ejercer a PROTSSA.
 - Que, atendiendo a lo expuesto, se puede concluir que PROTSSA no ejercitó su derecho a recurrir a la vía arbitral dentro del plazo previsto por el numeral 52.2 del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, pues decidió de forma FACULTATIVA (voluntaria) iniciar un proceso de CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, sin prever que el plazo de caducidad (15 días hábiles) se contabilizaba desde el 01/03/2016.
3. Que, el Contratista absolviendo el traslado de la citada excepción, ha argumentado lo siguiente:
- Que, la demandada ha realizado una interpretación totalmente errada del numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y del artículo 214 y 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, ya que en la Ley de Contrataciones en su artículo 52 se señala en forma específica que controversias si tienen un plazo de caducidad, distinto al que nos ocupa, que es penalidad, tal como se podrá advertir de la citada norma.
 - Que, conforme se podrá apreciar, las penalidades que son materia de la presente controversia no tienen plazo de caducidad ya que pueden ser materia de controversia hasta antes de la culminación del contrato,



tal como lo establecen las dos primeras líneas del numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones; en ese sentido, carece de asidero legal la excepción interpuesta por la demandada.

- Que, aunado a ello, en los propios artículos 165 y 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ningún lado se señala que existe un plazo perentorio para recurrir algún mecanismo de solución de controversias, tal como si lo establecen en forma literal, las ampliaciones de plazo, resolución de contrato, nulidad de contrato, etc.
- Que, por lo tanto, se demuestra que no existe plazo de caducidad para el caso de penalidades, ya que las mismas pueden ser solicitadas en cualquier momento “anterior a la fecha de culminación del contrato”, lo cual se tipifica en el presente caso; por ello deviene en infundada la excepción deducida por parte de Ministerio del Trabajo.

ANÁLISIS DE LA ÁRBITRO ÚNICO.

4. Que, la Entidad promueve excepción de caducidad, argumentando que la demanda arbitral se debió efectuar dentro del plazo de los 15 días hábiles, que establece el numeral 52.2 del artículo 52º del Decreto Legislativo 1071 y que dicho plazo se debió contabilizar desde el conocimiento o notificación del acto impugnado; es decir, que en el presente caso, tratándose de la devolución de la suma de S/ 451,700.60 descontados de la facturación del Contratista, el plazo a partir del cual se debe computar el plazo de caducidad es desde el 01/03/16, fecha de notificación de la Carta No. 15-2016-MTPE/4/11.2, por lo tanto el plazo de los 15 días venció indefectiblemente el 22/03/16, casi 3 meses antes de la presentación de la demanda arbitral, habiendo operado la caducidad, extinguiendo la acción que hubiera correspondido ejecutar a PROTSSA.
5. Que, las pretensiones planteadas por el Contratista en su escrito de demanda son las siguientes:



- “1. Que, se ordene al MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO para que nos devuelva y/o reintegre la suma de S/ 451,700.60 mas intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación mensual durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que cumpla con pagar los gastos administrativos, las costas y costos del proceso arbitral”.
6. Que, al respecto, el artículo 52º, ítem 52.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa lo siguiente:

“52.2 Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50 de la presente Ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Todos los plazos previstos son de caducidad.
(el resaltado es nuestro)
7. Conforme se puede apreciar de la norma descrita precedentemente, existe plazo de caducidad para las pretensiones referidas a la “Nulidad de Contrato”, “Resolución de Contrato”, “Ampliación de Plazo contractual”,



“recepción y conformidad de la prestación”, “Valorizaciones y Metrados” y para las referidas a la “Liquidación del contrato y Pago”. En dichos casos las pretensiones deberán ser demandadas dentro del plazo de 15 días calendario, porque así lo establece claramente la norma; para todos los demás casos, se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 52.2 del art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, el plazo de caducidad será hasta el momento anterior a la culminación del Contrato; por lo que la Árbitro Único, procederá a evaluar si el Contratista ha cumplido con dicha disposición.

8. El Contratista solicita como pretensión principal, que la Entidad le devuelva la suma de S/ 451,700.60; descontados de su facturación mensual, puntualmente de las facturas correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2016 y que están relacionadas a las penalidades impuestas por la Entidad, diferentes a las penalidades por mora. Al respecto se debe tener en cuenta lo siguiente:

8.1 Que, la Entidad mediante Carta No. 15-2016-MTPE/4/11.2, de fecha 16/02/16 y recepcionada con fecha 01/03/16, comunicó al Contratista que de acuerdo a las conclusiones del OCI, puestas de manifiesto a través del Informe No. 017-2015-2-0192, se ha señalado que se ha incurrido en diversas penalidades diferentes a las de mora por un valor ascendente a S/ 387,100.00, y que de acuerdo con lo ordenado en el Memorándum No. 095-2016-MTPE/4/11 emitido por la Oficina General de Administración, se le comunica que el cobro de las penalidades se hará de las facturas pendientes de pago como sigue:

MES DE ENERO – 2016	:	S/	193,550.00
MES DE FEBRERO – 2016	:	S/	193,550.00

8.2 Que, en respuesta a la carta mencionada precedentemente, el Contratista con Carta GA Carta # 04-03/2016, de fecha 03/03/16, le indica a la Entidad que las penalidades a aplicar carecen de sustento fáctico, que se omitió indicarles que incumplimientos habrían



cometido, y que solo se menciona que OCI señala que incurrió en penalidades diferentes a mora, que no han sido notificados mediante carta formal en la que se adjunte el acta de penalidad incurrida, no fueron notificados con acta alguna de penalidad, que de acuerdo con la cláusula cuarta del contrato, corresponde al área usuaria otorgar la conformidad del servicio y que cualquier tipo de Auditoría del OCI, no puede significar una injerencia en la ejecución contractual y mucho menos motivar la aplicación de penalidades, por lo tanto solicitan se deje sin efecto la Carta No. 15-2016-MTPE/4/11.2 y reintegre la suma descontada en la factura de enero 2016 y se abstenga de efectuar el descuento en la factura de febrero de 2016. Dicho pedido fue reiterado por Carta GA Carta # 06-03/2016, de fecha 05/04/16.

8.3 Que, la Entidad mediante Carta No. 27-2016-MTPE/4/11.2, de fecha 07/04/16, emitida por el Jefe de la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares, en respuesta a las cartas antes indicadas, señala que lo solicitado no corresponde a su competencia y que de no encontrarse conforme con la imposición de las penalidades tiene la potestad de recurrir al procedimiento de solución de controversias pactado en el Contrato No. 0009-2014-MTPE.

8.4 Que, el Contratista en virtud a lo pactado en la cláusula DECIMO OCTAVA del Contrato No. 0009-2014-MTPE, con fecha 09/06/16, presentó su demanda arbitral, para los efectos que el Tribunal Unipersonal, resuelva las controversias surgidas, respecto a la imposición de penalidades por parte de la Entidad.

9. Que, el numeral 52.2 del Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, ha establecido claramente las materias respecto de los cuales deberá respetarse un plazo de caducidad de 15 días hábiles para ser controvertidas en la vía arbitral, dentro de los cuales no aparece consignada las pretensiones referidas a **las penalidades**; asimismo no existe norma legal alguna en el Reglamento de la Ley de Contrataciones



del Estado, que establezca plazo de caducidad, respecto a las pretensiones por penalidad.

10. Que, atendiendo los fundamentos expuestos en los puntos precedentes, la árbitro único, considera que corresponde aplicar lo dispuesto en la parte inicial del ítem 52.2 del artículo 52, de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala “*Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato...*”; lo cual se verificará con la liquidación final y el pago correspondiente, situación que no ha ocurrido hasta la fecha, por tanto la árbitro único, se encuentra habilitada para conocer la pretensión del Contratista formulada en su demanda, deviniendo en infundada la excepción de caducidad planteada por la Entidad.

C. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

1. ANALISIS DE LA PRETENSION PRINCIPAL.

“Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad devolver y/o reintegrar la suma de S/ 451,700.60 más intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación mensual durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA.

- Sostiene el contratista que con fecha 23 de mayo de 2014 suscribieron con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Contrato N° 0009-2014-MTPE, por el servicio de seguridad y vigilancia para las diversas sedes de la entidad por el período de 24 meses, contados desde el 24 de mayo de 2014 hasta el 24 de mayo de 2016.
- Que, se han suscrito las siguientes adendas al contrato:



- a. Adenda N° 01, de fecha 01 de julio de 2014, por la prestación adicional de 05 puestos de vigilancia de 12 horas cada uno por el período comprendido entre el 02 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2014.
 - b. Adenda N° 02, de fecha 20 de octubre de 2014, por la reducción de los puestos incrementados a través de la Adenda N° 01.
 - c. Adenda N° 03, de fecha 09 de marzo de 2015, por la prestación adicional nuevamente de los puestos señalados en la Adenda N° 01, por el período comprendido entre el 09 de marzo y el 31 de mayo de 2015.
 - d. Adenda N° 04, de fecha 01 de junio de 2015, por la prestación adicional de 03 puestos de vigilancia por el período comprendido entre el 01 de junio de 2015 y el 31 de diciembre de 2015 y 01 puesto de vigilancia del 01 de junio al 31 de julio de 2015.
 - e. Adenda N° 05, de fecha 01 de marzo de 2016, por la prestación adicional de 03 puestos de vigilancia por el período comprendido entre el 01 de marzo y el 24 de mayo de 2016.
- Que, la ejecución del servicio, iniciada el 24 de mayo de 2014 se vino desarrollando sin inconveniente alguno hasta que el 01 de marzo de 2016 fecha en que fueron notificados con la Carta N° 15-2016-MTPE/4/11.2, suscrita por el Jefe de la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Entidad, en la que señalaba que de acuerdo con el Informe de Auditoría N° 017-2015-2-0192, del Órgano de Control Interno del MTPE (cuyas conclusiones y recomendaciones señala adjuntar), se les procederá a descontar la suma de S/ 387,100.00 (Trescientos Ochenta y Siete Mil Soles) de la facturación de los servicios de los meses de enero y febrero 2016, en dos importes de S/ 193,550.00 cada uno, por concepto de penalidades diferentes a las de mora.
- Que, en respuesta a ello, el 03 de marzo de 2016 remitió a la Entidad la GA Carta N° 04-03/16, a través de la cual solicitaron la remisión de los anexos indicados, ya que no habían sido adjuntados y solicitaron se deje



sin efecto la Carta N° 15-2016-MTPE/4/11.2 al existir una manifiesta improcedencia de la aplicación de las penalidades.

- Que, con fecha 05 de abril de 2016, remitieron la Carta GA N° 06-03/16, reiterando su pedido y solicitando se les conceda una cita para explicar de manera detallada los alcances de su solicitud, resultando que el 07 de abril de 2016 recibieron la Carta N° 27-2016-MTPE/4/11.2, en la que se anexó parte del informe del OCI respecto a las penalidades y se les indicaba que de no encontrarse conformes con la imposición de las mismas, tenían la potestad de recurrir al procedimiento de solución de controversias pactado en el Contrato N° 0009-2014-MTPE.
- Que, los descuentos efectuados en las facturas se han producido de la siguiente forma:

Factura	Concepto	Fecha de abono	Descuento
001 0020140	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de enero 2016	03/03/2016	S/ 194,250.00
001 0020357	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de febrero 2016	06/04/2016	S/ 214,750.00
001 0020543	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de marzo 2016	26/04/2016	S/ 42,700.60
TOTAL DESCONTADO			S / 451,700.60

Que, de acuerdo con lo indicado por la Entidad en la Carta N° 15-2016-MTPE/4/11.2, el monto de las penalidades sería de S/ 387,100.00, resultando que se ha realizado un descuento por una suma mayor, existiendo incluso una diferencia de S/ 21,900.00, cuyo origen desconocen, así como un descuento de S/ 42,700.60 en el pago de la factura por los servicios de marzo 2016.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN:

Que EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO, les reintegre la suma de S/ 451,700.60 (Cuatrocientos Cincuenta y un Mil Setecientos y 60/100 Soles), más intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación mensual durante La

ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE, los cuales consideran totalmente indebidos.

- Refiere el demandante que según el informe de auditoría del OCI, remitido por la Entidad, las penalidades diferentes a la de mora u "otras penalidades" como las denomina el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicable a la presente controversia, se habrían generado por los siguientes supuestos incumplimientos:
 - Haber cubierto el servicio con menos personal que el señalado en el contrato (según el OCI el servicio se ha cubierto con 90 agentes en lugar de 96).
 - Haber realizado cambios de personal sin autorización de La Entidad.
 - Haber destacado a personal sin carné SUCAMEC o con carné vencido.
- Que, niegan tajantemente haber incurrido en estas penalidades, ya que discrepan con el método utilizado por el OCI para determinar que han incumplido sus obligaciones. Que, el OCI ha señalado que con vistas a las boletas de pago adjuntas a la documentación mensual que sustenta el abono de sus servicios, ha evidenciado que el servicio ha sido prestado con personal menor al que requiere el contrato. Que, este hecho es nada mas alejado de la realidad, debido a que el OCI ni siquiera conoce la distribución de los puestos y tampoco les ha solicitado los cuadernos de ocurrencia que en el rubro de vigilancia privada constituyen el elemento natural en el que se detallan no solo las incidencias u ocurrencias que se suscitan día a día en el servicio, sino también de qué forma, cómo y cuántos agentes fueron destacados en la entidad para este servicio. No existe respuesta a esta interrogante, esto en razón del total desconocimiento del fondo de este servicio.
- Que, las listas de asistencia que el OCI ha examinado se han elaborado SÓLO DE LOS PUESTOS DE LA SEDE CENTRAL, lo que incluso es reconocido por este órgano de control en el punto 8 de su informe.



Evidenciando que ha existido un informe parcializado y sin ningún sustento técnico respecto al servicio.

Es así que, para los puestos existentes en las demás unidades, no se utilizo registro o lista de asistencia, sin embargo, de ningún modo este hecho significa que los puestos no fueron cubiertos. Al contrario, al momento de emitir la conformidad por parte de la Entidad, estos hechos fueron verificados, ¿sino como es posible que se les dio la conformidad?

A continuación, el contratista detalla la distribución de los puestos de acuerdo al contrato suscrito y señalando que siempre se ha ejecutado:

PUESTOS MINTRA			
N°	SEDE	TURNO DIA	TURNO NOCHE
1	CENTRAL	51	29
2	ADENDAS (*)	3	0
3	SJL	1	1
4	LOS OLIVOS	1	1
5	ATE	1	1
6	SJM	3	3
	PABLO		
7	BERMUDEZ	1	1
8	URPI WASI	1	1
		62	37
TOTAL DE		99	

(*) De acuerdo a lo señalado en el punto segundo de la presente demanda.

- Sostiene el Contratista que, como se puede apreciar, en los reportes de asistencia con los que trabajó el OCI para su informe de auditoría, no se han incluido las sedes de San Juan de Lurigancho, Los Olivos, Ate, San Juan de Miraflores, Pablo Bermúdez, Procuraduría Público y el Urpi Wasi en Surco, siendo este error el que motivó que *señalen que no habría una cobertura de puestos en forma integral*. Por tal motivo, para probar de que el servicio se ha realizado conforme al contrato, están adjuntando como anexos las copias de los cuadernos de ocurrencia donde se detallan Los



puestos con las coberturas de acuerdo al contrato. Por lo que, la información que el OCI ha tenido a la vista para pronunciarse sobre el servicio, ha sido una información parcial y, sobre la base de estos medios probatorios defectuosos ha concluido en una afirmación incorrecta, señalando que presuntamente no habrían cubierto todos los puestos de vigilancia contratados.

Con relación a La penalidad aplicada por cambios de penalidad y no tener los carné expedidos por la SUCAMEC.

- Señala el Contratista que en lo que respecta a los cambios de personal y los carné SUCAMEC, remitieron la documentación que acredita el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, esto en aplicación a la amplia experiencia que tiene su empresa en el servicio de vigilancia.
- Sostiene el Contratista, que, no puede dejar de mencionar que resulta inadecuada la forma en que se les ha aplicado las penalidades, no sólo por la falta de un sustento fáctico para que las mismas procedan, sino también porque no existe una fundamentación jurídica respecto a las mismas, según se detalla:
 - Que, de acuerdo con la Cláusula Novena del contrato, la conformidad de la prestación **será emitida por la Oficina de Defensa Nacional de La Entidad, que es el área usuaria;** sin embargo, el OCI, irrogándose competencias que sus facultades de control no le confieren, ha determinado que corresponde la aplicación de penalidades a la empresa y, para ello no solo ha adoptado métodos inadecuados, sino que es consciente que la conformidad del servicio por los meses penalizados ya habían sido otorgadas por el área competente.
 - Que, es verdad que el OCI puede determinar que procede la apertura de un procedimiento administrativo hacia un funcionario de la Entidad,

pero de ninguna manera puede tener injerencia en un contrato en el que las partes han definido claramente sus obligaciones, los mismos que fueron cumplidos. Por lo que, no se admite la intervención de un tercero para atribuirse esa función administrativa.

- Que, si la Oficina de Defensa Nacional ha considerado que no existen causales para la aplicación de penalidades, el OCI no puede suplantarla ni disponer que si se apliquen las penalidades. El Contratista precisa que a través de la Carta N° 15-2016-MTPE/4/11.2 el Jefe de la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares les indica expresamente lo siguiente: "(...) mediante *Informe de Auditoria N° 017-2015-2-0192 Llevada a cabo por el O.C.I. del MTPE, cuyas conclusiones y recomendaciones se adjunta a la presente como recaudo, en ella se señala que su representada a incurrido en diversas penalidades diferentes a las de mora (..)*".

Que, no existe ningún tipo de motivación sobre la procedencia de la aplicación de las penalidades, sino al contrario, **la penalidad es aplicada porque el OCI así lo determina**. Lo cual consideran incorrecto.

- Que, no se ha tornado en cuenta la Cláusula Decimo Tercera del Contrato N° 0009-2014-MTPE que establece un procedimiento para que estas penalidades sean válidas y esta obligación pactada no se ha cumplido en este caso.

- Que, este acuerdo señala lo siguiente. **"Cláusula Décimo Tercera: Otras Penalidades: Se aplicarán penalidades distintas a las penalidades por mora hasta un monto máximo del 10% a contratar según el artículo 166° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (..) Para cada uno de los casos, se levantará un Acta suscrita por el supervisor del servicio de la entidad contratante afectada y el supervisor de la empresa Contratista.**



El Contratista será notificado por las Entidades mediante carta formal de la penalidad impuesta, adjuntando el Acta por la penalidad incurrida, cada vez que incurra en las faltas descritas en la tabla de penalidades.

El monto de las penalidades impuestas serán descontadas de la facturación mensual o de la garantía otorgada, según corresponda. De no subsanar las faltas indicadas en la presente tabla, las penalidades se continuarán aplicando".

Que, existe ante todo, un procedimiento administrativo **previamente** pactado por las partes para que las penalidades procedan, lo que obedece a la exigencia establecida en el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice: **"Artículo 166.- Otras penalidades. En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."**

Que, respecto a este tipo de penalidades, en la **Opinión N° 058-2011/DTN**, el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado - OSCE, ha precisado que: **2.1.5 De otro lado, el artículo 166 del Reglamento regula la aplicación de las "otras penalidades" al contratista (..) Al respecto, en primer lugar, debe señalarse que el artículo citado establece tres (3) condiciones que deben cumplir las penalidades para que estas sean aplicadas al contratista: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria. La objetividad que la Entidad establezca de manera clara y precisa Los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma en que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.** (subrayado y negrita nuestros).



- Que, el procedimiento para la aplicación de las penalidades no es discrecional, sino que éste debe estar desarrollado en las bases integradas o en el contrato, lo cual fue pactado en este caso. Esto en aplicación de la exigencia establecida en la norma especial, donde se exige que la objetividad debe estar presente en forma absoluta en el procedimiento para la aplicación de las denominadas "otras penalidades", a diferencia de la penalidad por mora, en que la aplicación de las mismas es automática.
- Que, todos estos argumentos demuestran que, en el presente caso, no se han respetado las reglas pactadas en el contrato y las bases integradas. Existiendo un abuso del derecho por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo al momento de proceder con el descuento de las penalidades diferentes a las de mora. Razón por la que debe dejarse sin efecto esta decisión y se ordene la devolución de los montos descontados en forma indebida.
- Finalmente refiere el contratista que con fecha 26 de abril del presente (2016) se ha producido el pago de la Factura N° 001 0020543 por el servicio del mes de marzo 2016, donde se les descuenta de dicho pago la suma de S/ 42,700.60 (Cuarenta y Dos Mil Setecientos y 60/100 Soles), cuyos motivos desconocen, evidenciándose con ello una transgresión al debido proceso y a sus derechos como contratistas. Ya que este monto no concuerda en ninguno de los montos de las penalidades, tampoco ha existido un debido procedimiento donde les señalen los motivos de la penalidad. Por lo que, en este caso, no existe mayor fundamento ni argumentos para que la Entidad les devuelva el monto descontado en forma indebida.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD.

ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIAS.

- Argumenta la Entidad que con fecha 09/05/2014, el Comité Especial adjudico la Buena Pro del Concurso Público N° 0001-2014-2014-MTPE

(primera convocatoria, convocada a suma alzada) para la Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia, a favor de PROTSSA.

- Que, con fecha 23/05/2014 suscribieron con PROTSSA el Contrato N° 009-2014-MTPE, derivado del citado Concurso Público N° 0001-2014-MTPE, cuyo objeto era la contratación del servicio de seguridad y vigilancia para el MTPE hasta por un monto total de S/ 7'895,219.35 (Siete Millones Ochocientos Noventa y Cinco Mil Doscientos Diecinueve con 35/100 Soles) a un plazo de ejecución de veinticuatro (24) meses, contados a partir del 24/05/2014.
- Que, con posterioridad a la suscripción del citado contrato, las partes incorporan de común acuerdo las siguientes adendas:
 - Adenda N° 01, por la ejecución de prestaciones adicionales por el monto de S/ 88,655.34 (Ochenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco con 34/100 Soles) equivalentes al 1.12% del monto del contrato, por el periodo del 02/07 al 31/12/2014.
 - Adenda N° 02, por la reducción de prestaciones por el monto de S/ 492.53 (Cuatrocientos Noventa y Dos con 53/100 Soles) equivalentes al 0.0062% del monto del contrato.
 - Adenda N° 03, por la ejecución de prestaciones adicionales, por el monto de S/ 73,497.24 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Siete y 24/100 Soles), equivalente al 0.93% del monto del contrato.
 - Adenda N° 04, por la ejecución de prestaciones adicionales, por el monto de S/ 67,447.09 (Setenta y Siete Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete con 09/100 Soles), equivalente al 0.8543% del monto del contrato.
 - Adenda N° 05, por la ejecución de prestaciones adicionales, por el monto de S/ 22,737.15 (Veintidós Mil Setecientos Treinta y Siete con 15/100 Soles), equivalente al 0.2879% del monto del contrato.
- Señala la Entidad, que, durante la ejecución del contrato el Órgano de Control Institucional (OCI) del MTPE emite el Informe de Auditoría N° 017-



2015-2-0192 "Proceso de Contratación de los Servicios de Seguridad y Vigilancia y Limpieza bajo la modalidad de Compra Corporativa facultativa, periodo del 01/01/2014 al 15/10/2015", en el cual se detectan incumplimientos contractuales a los que les correspondía la aplicación de penalidades (a PROTSSA) distintas a las de mora, por parte de los funcionarios responsables de la supervisión y control de dicho servicio, informe remitido por la Secretaría General a la Oficina General de Administración con el Memorándum N° 106-2016-MTPE/4. El Secretario General solicitó se disponga la implementación de las recomendaciones de OCI, es decir, que se realicen los actos correspondientes para la aplicación de las penalidades derivadas del Contrato N° 009-2014-MTPE.

- Que, en dicho escenario, el Jefe de la Oficina de Defensa Nacional (área usuaria) remitió a la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares (OASA) los siguientes oficios, con los cuales se adjunta las Actas de Verificación de incumplimiento de PROTSSA, y se solicita que proceda a ejecutar las penalidades, de acuerdo al contrato. A saber:
 - Oficio N° 058-2016-MTPE/4.2 de fecha 15/02/2016.
 - Oficio N° 079-2016-MTPE/4.2 de fecha 29/02/2016.
 - Oficio N° 104-2016-MTPE/4.2 de fecha 15/03/2016.
 - Oficio N° 121-2016-MTPE/4.2 de fecha 31/03/2016.
- Argumenta la Entidad que, en ejercicio de la potestad de control posterior y fiscalización, inherente a la administración pública, la OCI elaboró un informe en el cual se detectan irregularidades cuya supervisión y control corresponde a las áreas internas del MTPE, que al tomar conocimiento de las mismas realizaron los actos respectivos para proceder a la aplicación de las penalidades (distintas a las de mora) dentro del marco del Contrato N° 009-2014-MPTE, que pretende cuestionar (extemporáneamente) la empresa PROTSSA.



RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSION.

- Señala la Entidad que como se aprecia claramente del petitorio de demanda, PROTSSA postula (extemporáneamente) ante la OSCE las siguientes pretensiones:
 - (i) Que se ordene al MTPE les devuelva y/o reintegre la suma de S/ 451,700.60 (Cuatrocientos Cincuenta y Un Mil Setecientos y 60/100 soles), más intereses legales, que corresponden a los descuentos efectuados a su facturación mensual durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE.
 - (ii) Que se ordene al MTPE que les pague y/o reembolse todos los gastos administrativos, las costas y costos del proceso arbitral, originados por culpa de la entidad.
- Sostiene la Entidad que, demostrará que estas pretensiones resultan infundadas, si se tiene en cuenta el Informe de Auditoría N° 017-2015-2-192 y los Oficios N° 058-2016-MTPE/4.2, N° 079-2016-MTPE/4.2, N° 104-2016-MTPE/4.2 y N° 121-2016-MTPE/4.2, documentos en los cuales consta que durante la ejecución del Contrato N° 009-2014-MTPE la empresa PROTSSA incurrió en reiterados incumplimientos respecto a las obligaciones asumidas, así como en los términos de referencia y su propuesta técnica, integrantes del referido contrato.
- Que, dicha posición se encuentra sustentada en los siguientes fundamentos:

En cuanto al Órgano de Control Institucional del MTPE.

- a) Explica la entidad que, El Órgano de Control Institucional (OCI), es la unidad orgánica especializada responsable de llevar a cabo el control gubernamental en una institución o entidad pública, conforme a lo señalado por los Artículos 70 y 170 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica.



- b) Que, su finalidad es promover la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes de la entidad, cautelando la legalidad y eficiencia de sus actos y operaciones, así como el logro de sus resultados mediante la ejecución de las labores de control. Es decir, cautela la correcta utilización de los recursos del Estado.
- c) Que, el control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectué correcta y eficientemente. Esta labor es ejecutada en el MTPE a través de su propio OCI.
- d) Que, el control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas, así como por el OCI según sus planes y programas anuales, evaluando y verificando los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, así como la gestión y ejecución llevadas a cabo, en relación con las metas trazadas y resultados obtenidos.
- e) Que, fue precisamente en cumplimiento de dichas funciones, que la OCI emitió el Informe de Auditoría N° 017-2015-2-0192, en el cual se detectaron incumplimientos en la ejecución del Contrato N° 0009-2014-MTPE, tales como:
- No se cubrió puestos faltantes dentro de la tolerancia permitida (60 minutos);
 - Se produjo cambios de agentes de seguridad sin la autorización de la entidad, y,
 - Se detectó la presencia de agentes que no contaban con carné de identificación SUCAMEC o el mismo se encontraba vencido.

Que, estas irregularidades generarían la aplicación de penalidades por cobrar por un monto ascendente a S/ 387,100.00 Soles, cuya



ejecución correspondía a las áreas encargadas de supervisar y controlar el cumplimiento del servicio de PROTSSA.

- f) Señala la Entidad que, el Informe de Auditoría constituye entonces un documento sustentado en las normas de control, que al contener recomendaciones relacionadas con la ejecución de actos y/o cuestiones específicas, constituye un instrumento que deberá ser ejecutado por las áreas internas del MTPE, encargadas de supervisar el cumplimiento (oportuno, suficiente y eficiente) del servicio contratado por la entidad.

En cuanto a la aplicación de las penalidades.

La Entidad detalla las faltas incurridas por el contratista:

- a) **En relación con que no se cubrió el puesto de un agente que faltó dentro de la tolerancia permitida de sesenta (60) minutos.**

Sostiene la Entidad que de la verificación de las boletas de remuneraciones de los agentes de vigilancia y seguridad (del 24/05 al 30/11/2014), contenidas en el expediente de contratación del referido proceso, y las boletas de remuneraciones de los meses de Diciembre 2014 al 31/07/2015, adjuntas a los comprobantes de pago girados por los meses de Enero a Agosto 2015, se advierte que en los meses de Junio 2014 al mes de Abril 2015 y Junio 2015, no han laborado los noventa y seis (96) agentes de seguridad y vigilancia requeridos por la entidad según las especificaciones técnicas del Capítulo III (Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos) de las bases del Concurso Público N° 001-2014-2014-MTPE, la Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos, contenido en la propuesta técnica de dicho proveedor, y según el requisito para suscribir el contrato correspondiente a la Relación del Personal, que presento mediante Carta C-DD N° 184-PROTSSA/2014 de 20/05/2014, pues durante dichos meses la



cantidad de agentes de seguridad y vigilancia que efectivamente presentaron servicio fue MENOR a noventa y seis (96).

Que, durante meses se ha incurrido en incumplimiento contractual correspondiente a no cubrir el puesto de un agente faltó dentro de la tolerancia permitida (60 minutos), cuya penalidad se encuentra prevista en la CLAUSULA DECIMA TERCERA del Contrato N° 009-2014-MTPE, ocasionando de esta manera que no se apliquen penalidades por un importe de S/ 369,000.00 (Trescientos Sesenta y Nueve Mil con 00/100 Soles).

Que, lo expuesto, es desarrollado en el siguiente cuadro:

Penalidad por no cubrirse el puesto de agente dentro de la tolerancia permitida.

Periodos 2014/2015	Cantidad vigilantes que debió laborar	Cantidad vigilantes realmente laboraron	Agente de vigilancia faltante	Penalidad por día S/100.00 x 30 días	Total Penalidad
Junio 2014	96	90	6	3,000.00	18,000.00
Julio 2014	96	90	6	3,000.00	18,000.00
Agosto	96	90	6	3,000.00	18,000.00
Setiembre	96	90	6	3,000.00	18,000.00
Octubre	96	89	7	3,000.00	21,000.00
Noviembre	96	68	28	3,000.00	84,000.00
Diciembre	96	90	6	3,000.00	18,000.00
Enero 2015	96	89	7	3,000.00	21,000.00
Febrero	96	64	32	3,000.00	96,000.00
Marzo 2015	96	81	15	3,000.00	45,000.00
Abril 2015	96	93	3	3,000.00	9,000.00
Junio 2015	96	95	1	3,000.00	3,000.00
Total			123		369,000.00

Fuente: Las boletas de remuneraciones del personal de vigilancia archivadas en el expediente de contratación y en los comprobantes de pago.

Elaboración: Comisión Auditora

b) Cambios de personal de vigilancia sin la debida autorización por la entidad.

Menciona la Entidad que de la verificación de las boletas de remuneraciones del 24/05 al 30/11/2014 de los agentes de vigilancia

y seguridad, contenidas en el expediente de contratación del referido proceso, y las boletas de remuneraciones de los meses de Diciembre 2014 al 31/07/2015, adjuntas a los comprobantes de pago girados por los meses de Enero a Agosto 2015 (los comprobantes de pago adjuntan las boletas del mes anterior) se advierte que PORTSSA ha incurrido en el incumplimiento contractual correspondiente al cambio de agente de seguridad unilateralmente, sin la debida autorización de la entidad contratante, cuya penalidad se encuentra prevista en la CLAUSULA DECIMO TERCERA del Contrato N° 0009-2014-MTPE, ocasionando que no se apliquen penalidades por S/ 16,900.00 (Dieciséis Mil Novecientos con 00/100 Soles).

Que, lo expuesto, es desarrollado en el siguiente cuadro:

**Resumen de Penalidades por cambio de agente de seguridad y vigilancia
sin la debida autorización de la entidad**

Periodo	Agente de Vigilancia Nuevo	Penalidad S/. por cada agente	Total S/.
Año 2014			
Junio	60	100	6,000.00
Julio	21	100	2,100.00
Agosto	6	100	600.00
Setiembre	4	100	400,00
Noviembre	2	100	200,00
Diciembre	2	100	200,00
Año 2015			
Enero	11	100	1,100
Febrero	7	100	700
Marzo	10	100	1,000
Abril	13	100	1,300
Mayo	21	100	2,100
Junio	6	100	600
Julio	6	100	600
Total			16,900

Fuente: Boletas de remuneraciones del Expediente de Contratación y de
los Comprobantes de Pago Elaboración: Comisión de Auditoria



c) En relación al personal de vigilancia con carné de identificación de SUCAMEC vencido.

Refiere la entidad que el Jefe de la Oficina de Defensa Nacional (Juan Luis Suarez Flores) remitió visada la relación del personal de vigilancia que prestaba servicios en la entidad (MTPE) que contiene entre otros datos el número de carné SUCAMEC y la vigencia del mismo, indicando que existen agentes de seguridad y vigilancia con el carné de identificación vencido, en otros casos estaba en trámite o no se había consignado información. Ello ha ocasionado que no se aplique a PROTSSA penalidades por S/ 1,200.00 (Un Mil Doscientos con 00/100 Soles).

Que, lo expuesto, es desarrollado en el siguiente cuadro:

Relación del personal de vigilancia que a 15 de octubre del 2015 no cuenta con carné SUCAMEC o que se encuentra vencido

Nº	Apellidos y Nombres	DNI	SUCAMEC	Fecha de Caducidad	Observación Comisión de Auditoria	Penalidad
1	Atau Morales Edwin Bryan	48131207	225192	01/10/2015	Vencido	100,00
2	Espinal Vásquez Behen	80463964	Trámite		No tiene	100,00
3	Flores Baltazar Marino	07797476	Trámite		No tiene	100,00
4	Herrera Delgado Jaime	44712354	175294	01/07/2015	Vencido	100,00
5	Luyo Pérez Jorge	06907397	188903	30/07/2015	Vencido	100,00
6	Meneses Andrade, Leonor	25495432			No Precisa	100,00
7	Quispe Llachua, Justo	06052261	109296	17/07/2015	Vencido	100,00
8	Sánchez Rodríguez, Yuri	43176311	179569	01/07/2015	Vencido	100,00
9	Suarez Acosta, Víctor	07629467	Trámite		No tiene	100,00
10	Ordoñez Zevallos Christian	48297718	360207	15/10/2015	Vencido	100,00
11	Chirinos Arcos, Luis Alberto	08225891			No Precisa	100,00
12	Guevara Guevara, José	25709705	82132	17/07/2015	Vencido	100,00
Totalidad Penalidad a aplicar						1 200.00

Fuente: Oficio N° 328-2015-MTPE/4.2 del 15/10/2015 del Jefe de la Oficina de Defensa Nacional
Elaboración: Comisión de Auditoría

d) Mediante Oficios N° 058-2016-MTPE/4/2 y N° 079-2016-MTPE/4.2, referidos en el Memorándum N° 095-2016-MTPE/4/11.2

Alega la Entidad que el Jefe de la Oficina de Defensa Nacional remite a la Oficina de Abastecimientos y Servicios Auxiliares Actas de Verificación de incumplimiento de PROTSSA, del 31/01 al 15/02/2016 y del 16 al 29/02/2016, a fin de que se proceda a ejecutar las penalidades de acuerdo con lo que prescribe el Contrato N° 009-2014-MTPE, cuyo monto asciende a S/ 21,200.00 (Veintiún Mil con 00/100 Soles).

e) Mediante Oficios N° 104-2016-MTPE/4.2 y N° 121-2016-MTPE/4.2, referidos en el Memorándum N° 150-2016-MTPE/4/11.2

La Entidad refiere que el Jefe de la Oficina de Defensa Nacional remite a la Oficina de Abastecimientos y Servicios Auxiliares actas de verificación de incumplimiento de PROTSSA, del 01 al 15/03/2016 y del 16 al 31/03/2016, a fin de que se proceda a ejecutar las penalidades de acuerdo con lo que prescribe el Contrato N° 009-2014-MTPE, cuyo monto asciende a S/ 42,700.00 (Cuarenta y Dos Mil Setecientos con 00/100 Soles).

Afirma la Entidad que, de lo expuesto en los puntos precedentes, se puede concluir que el MTPE tenía derecho a aplicar a PROTSSA, según el Contrato N° 009-2014-MTPE, las siguientes penalidades:

RESUMEN DE PENALIDADES

Concepto	Importe S/.
Por no cubrirse el puesto de un agente faltó dentro de la tolerancia permitida (60 minutos) La penalidad se aplicará por agente faltó y por día (Informe de Auditoría N°017-2015-0192)	369,000.00
Cambio de agente de seguridad sin la debida autorización de la entidad contratante. La penalidad se aplicará por agente cambiado (Informe de Auditoría N°017-2015-0192)	16,900.00

Agentes quo no cuentan con carné de identificación de la SUCAMEC o quo en el mismo se encuentra vencido. La penalidad se aplicará por agente. (Informe de Auditoria N°017-2015-0192)	1,200.00
Actas de Incumplimiento del servicio de seguridad y vigilancia, emitidas por la Oficina de Defensa Nacional	21,200.00
Actas de incumplimiento del servicio de seguridad y vigilancia, emitidas por la Oficina de Defensa Nacional	42,700.60
TOTAL DE PENALIDADES	451,700.60

Que, como se ha señalado en los acápite precedentes, en ejercicio de la facultad de control posterior, las áreas internas del MTPE, competentes en cuanto a la supervisión del cumplimiento de los servicios de PROTSSA, han detectado incumplimientos contractuales a partir de los cuales se han aplicado penalidades dentro del marco legal y lo acordado.

DECISIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO.

Según lo expuesto por las partes, la controversia, se centra en determinar si corresponde disponer que la Entidad devuelva y/o reintegre al Contratista la suma de S/. 451,700.60, más intereses legales, por los descuentos efectuados en su facturación mensual.

1. Al respecto se debe señalar, en primer lugar, que el Concurso Público N° 0001-2014-MTPE para la Contratación del "Servicio de Seguridad y Vigilancia", que dio origen al Contrato N° 0009-2014-MTPE, mediante el cual se origina la relación jurídico existente entre los partes en conflicto, tiene como base legal la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D. Leg. 1017, (en adelante la Ley), modificada por la Ley 29873 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, (en adelante el Reglamento), modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, a la cual debemos remitirnos como norma especial sustantiva. Adicionalmente y en lo no regulado por el citado reglamento, el procedimiento se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.



2. Que, la pretensión del Contratista está relacionada con las penalidades impuestas por la Entidad por la suma de S/ 451,700.60 y descontadas de su facturación mensual, por tanto, la Árbitro Único procederá a evaluar en primer orden si la Entidad, ha cumplido con el procedimiento establecido en el Contrato N° 0009-2014-MTPE y en las normas pertinentes para la aplicación de penalidades y seguidamente verificar si su aplicación se encuentra justificada o no.
3. Al respecto, las Bases integradas del Concurso Público No. 0001-2014-MTPE-BN, en su numeral 11, establece una serie de penalidades (diferentes a las penalidades por mora) y el procedimiento a seguir para su aplicación:

“OTRAS PENALIDADES

Durante el periodo de ejecución del contrato se aplicarán penalidades distintas a las penalidades por mora hasta un momento máximo del 10% a contratar, según el artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Las penalidades serán las siguientes:

Nº	DESCRIPCION DEL INCLUMPLIMIENTO	PENALIDAD
1	Agentes que no cuenten con carné de identificación de la SUCAMEC o que el mismo se encuentre vencido. La penalidad se aplicará por agente.	S/. 100.00 y cambio de agente
2	Agentes que no cuenten con licencia o la misma se encuentre vencida. La penalidad se aplicará por arma.	S/. 100.00 y cambio del agente
3	Cambio de agente de seguridad sin la debida autorización de la Entidad contratante. La penalidad se aplicará por agente cambiado.	S/. 100.00
4	Por reenganche del servicio (que el mismo agente cubra dos turnos continuos) la penalidad se aplicará por ocurrencia.	S/. 100.00
5	Por la falta del uso de armas en los puestos consignados para su uso, la penalidad se aplicará por arma faltante y por día.	S/. 100.00
6	Por falta de uniforme completo, la falta se aplicará por agente y por día. Se considerará la falta de chaleco antibala cuando el puesto del agente así lo requiera.	S/. 120.00
7	Por abandono de puesto	S/. 500.00
8	Por falta de equipo de comunicación, así como cuando el equipo este inoperativo o sin servicio. La penalidad se aplicará por equipo y por día.	S/. 100.00
9	Efectuar el relevo del puesto de vigilancia fuera de la tolerancia permitida (15 minutos). La penalidad se aplicará por agente relevado.	S/. 80.00
10	Por no cubrirse el puesto de un agente faltó dentro de la tolerancia permitida (60 minutos). La penalidad se aplicará por agente faltó y por día.	S/. 100.00
11	No brindar descanso a los agentes o supervisores. La penalidad se aplicará de detectarse el caso	S/. 500.00
12	Personal en Estado etílico, situación que será verificada mediante la comprobación por parte de la autoridad competente. El costo de dicha prueba será asumido por la empresa prestadora del servicio, de constatarse que el resultado del examen toxicológico sea positivo, caso contrario la Entidad contratante reconocerá el gasto irrogado por dicha prueba.	S/. 500.00 y cambio de agente
13	Por usar los bienes de las entidades contratantes (TV, teléfono, PC u otros que no corresponden a su función ni sus necesidades).	S/. 100.00 y cambio de agente

Para cada uno de los casos, se levantará un Acta suscrita por el supervisor del servicio de la entidad contratante afectada y el supervisor de la empresa Contratista.

El Contratista será notificado por las Entidades mediante carta formal de la penalidad impuesta, adjuntando el Acta por la penalidad incurrida, cada vez que incurra en las faltas descritas en la tabla de penalidades.

El monto de las penalidades impuestas serán descontadas de la facturación mensual o de la garantía otorgada, según corresponda. De no subsanar las faltas indicadas en la presente tabla, las penalidades se continuarán aplicando.” (El resaltado es nuestro)

4. Por su parte, la cláusula DECIMO TERCERA, del Contrato No. 0009-2014-MTPE, reproduce literalmente lo establecido en el numeral 11 de las Bases Integradas, es decir, indica el procedimiento a seguir para la aplicación de las penalidades, diferentes a las penalidades por mora, denominadas como “otras penalidades”, procedimiento que cada una de las partes debe cumplir estrictamente.
5. Sin perjuicio a lo establecido en las Bases del Concurso Público, así como en el Contrato No. 0009-2014-MTPE, la Árbitro Único debe merituar también lo que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la aplicación de “otras penalidades”, que es tema de controversia; en ese sentido, se puede apreciar lo establecido en el artículo 166º del Reglamento, cuya literalidad se transcribe:

“Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.”

6. De lo expuesto, se puede apreciar claramente, que las partes en su oportunidad establecieron claramente el procedimiento a seguir para la

aplicación de “otras penalidades”, tal y como se puede apreciar de la parte final de la cláusula DECIMA TERCERA del Contrato No. 0009-2014-MTPE, por tanto, las partes deben cumplir obligatoriamente, con dicho procedimiento, que se encuentra integrado por los siguientes pasos:

- a. Levantar un acta suscrita por el Supervisor del servicio de la Entidad y el Supervisor de la Empresa Contratista.
 - b. La Entidad deberá notificar al Contratista mediante una Carta formal de la penalidad o penalidades impuestas, adjuntando el Acta por la penalidad incurrida.
 - c. Descontar el monto de las penalidades impuestas de la facturación mensual o de la garantía otorgada, según corresponda.
7. En el presente caso, se tiene que la Entidad mediante Carta No. 15-2016-MTPE/4/11.2, de fecha 26/02/16 y recepcionado por el Contratista con fecha 01/03/17, le comunica que mediante Informe de Auditoría No. 017-2015-2-0192 llevada a cabo por el O.C.I. del MTPE, cuyas conclusiones y recomendaciones se adjunta a la carta como recaudo, se señala que PROTSSA ha incurrido en diversas penalidades diferentes a las de mora por un valor ascendente a S/ 387,100.00 (TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIEN SOLES). Señala la Entidad además que dichas penalidades han sido advertidas por el Órgano de Control Institucional y corresponden a periodos anteriores (2014-2015), cuyas facturas ya han sido canceladas, por lo que se le comunica que el cobro de las penalidades señaladas se hará de las facturas pendientes de pago, es decir, en el mes de Enero – 2016, la suma de S/ 193,550.00 y en el mes de febrero 2016 la suma de S/ 193,550.00.
8. Que, el Contratista en su escrito de demanda ha indicado que la Entidad ha descontado irregularmente por “otras penalidades”, no sólo la suma de S/ 387,100.00 referida en la Carta No. 15-2016-MTPE/4/11.2, sino que también ha descontado en el año 2016, montos ascendentes a la suma de S/ 21,900.00 y S/ 42,700.60, cuyo origen desconocen; es decir, que en total por concepto de penalidades se le ha descontado en los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2016, la suma total de S/. 451,700.60, cuya devolución se solicita en el presente arbitraje.



9. Que, la Entidad en su escrito de Contestación de demanda (parte final del punto 2, pagina. 9, ha detallado las penalidades aplicadas al Contratista, los mismos que se muestran en el siguiente cuadro.

RESUMEN DE PENALIDADES

Concepto	Importe S/.
Por no cubrirse el puesto de un agente faltó dentro de la tolerancia permitida (60 minutos) La penalidad se aplicará por agente faltó y por día (Informe de Auditoría N°017-2015-0192)	369,000.00
Cambio de agente de seguridad sin la debida autorización de la entidad contratante. La penalidad se aplicará por agente cambiado (Informe de Auditoría N°017-2015-0192)	16,900.00
Agentes que no cuentan con carné de identificación de la SUCAMEC o que en el mismo se encuentra vencido. La penalidad se aplicará por agente. (Informe de Auditoría N°017-2015-0192)	1,200.00
Actas de Incumplimiento del servicio de seguridad y vigilancia, emitidas por la Oficina de Defensa Nacional	21,200.00
Actas de Incumplimiento del servicio de seguridad y vigilancia, emitidas por la Oficina de Defensa Nacional	42,700.60
TOTAL DE PENALIDADES	451,700.60

10. Como se podrá apreciar del cuadro precedente, la Entidad ha aplicado diversas penalidades, fundamentándose en el Informe de Auditoría No. 017-2015-0192, por los siguientes motivos: i) por no cubrirse el puesto de un agente dentro de la tolerancia permitida (S/ 369,000.00); ii) Por cambio de agente de seguridad sin la debida autorización de la Entidad contratante (S/ 16,900.00) y iii) Por no contar con el carné de identificación de la SUCAMEC o que el mismo se encuentre vencido (S/ 1,200.00); penalidades que hacen un total de S/ 387,100.00.

Adicionalmente a ello la Entidad ha aplicado penalidades por las sumas de S/ 21,200.00 y S/ 42,700.60, respectivamente, de acuerdo con las actas de incumplimiento del servicio de seguridad y vigilancia emitidas por la oficina de defensa social, que fluyen en autos, por haberlos presentado la Entidad en su escrito de contestación de demanda.

11. Que, respecto a las penalidades determinadas por el OCI, que a decir del Informe de Auditoría No. 017-2015-2-0192, suman S/ 387,100.00, se debe indicar que dichas penalidades corresponden a los periodos

comprendidos desde junio de 2014 hasta el 15 de octubre de 2015, servicios que fueron cancelados en su oportunidad y que incluso el Contratista cuenta con las Actas de Conformidad correspondiente a los servicios prestados desde el mes de abril de 2014 hasta el mes de Agosto de 2015, tal y conforme fluye de los medios probatorios que obran en autos (anexo 14 de la demanda); por tanto no existe justificación alguna para que la Entidad, invocando las recomendaciones del Órgano de Control Interno, pretenda imponer y cobrar penalidades que no fueron aplicadas en su oportunidad y respecto de servicios que no fueron observados y que por el Contrario han merecido la conformidad por el área pertinente, es decir, por la Oficina de Defensa Nacional.

12. Que, por otro lado, se ha podido apreciar, que la Entidad tampoco ha cumplido con el procedimiento establecido en el numeral 11 de las Bases Integradas, concordante con la cláusula Décimo Tercera del Contrato No. 0009-2014-MTPE, por cuanto no se han levantado las Actas correspondientes por las supuestas penalidades incurridas durante los años 2014 y 2015, ni existe la Carta formal en la que la Entidad haya remitido las Actas respecto a las penalidades impuestas durante los años mencionados; procedimiento imperativo que la Entidad debió respetar y cumplir, y que al no haberlo efectuado de dicha manera, importa una transgresión al procedimiento pre – establecido por la propia Entidad en las Bases integradas y pactado por las partes en el Contrato.
13. En cuanto a las penalidades impuestas por la Entidad por los periodos comprendidos desde el 31/01 al 15/02/16 y del 16 al 29/02/16 por la suma de S/ 21,200.00 y del 01 al 15/03/16 y del 16 al 31/03/16, por la suma de S/ 42,700.00; sin bien es cierto, existen actas de verificación de descripción de incumplimientos para la aplicación de penalidad; sin embargo, dichas Actas no han sido notificadas al Contratista mediante Carta formal, conforme lo exige las Bases Integradas y la Cláusula DECIMO TERCERA del Contrato; únicamente se ha podido apreciar los oficios Nros. 058-2016-MTPE/4.2, 079-2016-MTPE/4.2, 104-2016-

MTPE/4.2 y 121-2016-MTPE/4.2 mediante los cuales el Jefe de la Oficina de Defensa Nacional remite a la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares las citadas Actas, es decir, comunicaciones internas de la propia Entidad, no existiendo ningún documento que pruebe que la Entidad comunicó formalmente y/o puso a conocimiento del Contratista las Actas de Verificación mencionadas, incumpliéndose también en este caso, el procedimiento dispuesto en las Bases integradas y en el Contrato N° 0009-2014-MTPE.

14. Que, de lo señalado precedentemente, se puede concluir que la Entidad, en el presente caso, no ha respetado las reglas y procedimientos pactados en el Contrato y en las Bases integradas, para la aplicación de "otras penalidades" y por el contrario ha procedido a aplicar penalidades y descontarlas de las facturas del Contratista sin respetar la formalidad exigida, atentando con dicho procedimiento contra el principio de legalidad y buena fé del Contratista; por lo que corresponde que la árbitro único en virtud de ello declare inaplicables las penalidades impuestas al Contratista; y disponer la devolución de los montos descontados en forma indebida, que en total hacen la suma de S/ 451,700.60 Soles.
15. Que, teniendo en cuenta que en la aplicación de las penalidades materia del presente arbitraje, la Entidad no ha cumplido con la formalidad dispuesta en las bases administrativas y el Contrato N° 0009-2014-MTPE, la Árbitro Único considera innecesario analizar el extremo referido a si se encuentran justificadas o no aplicación de las citadas penalidades; por tanto, al ser este un arbitraje de derecho corresponde amparar la primera pretensión principal del demandante.
16. Sin perjuicio a lo señalado, la Árbitro Único considera pertinente pronunciarse respecto a los argumentos de defensa formulados por la Entidad, en los siguientes términos.



- 16.1 La Entidad ha sustentado la aplicación de “otras penalidades” y el posterior descuento de las facturas del Contratista en las recomendaciones efectuadas por el Órgano de Control Institucional (OCI) del MTPE, puestas de manifiesto a través del Informe de Auditoría No. 017-2015-2-0192, de fecha 22/11/17, en el cual se recomienda al Secretario General del MTPE *“Disponga que el Jefe de la Oficina General de Administración realice las acciones que correspondan a efectos de realizar el cobro de las penalidades ascendentes a S/. 387,100.00 correspondientes, a penalidades por la empresa PROTSSA por haber incurrido en penalidades distintas a las de mora, teniendo en consideración que el Contrato No. 0009-2014-MTPE del 23 de mayo de 2014, se encuentra en curso*”
- 16.2 Que, el OCI es el Organo responsable de llevar a cabo el control gubernamental en la entidad, con la finalidad de promover la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes de la entidad, cautelando la legalidad y eficiencia de sus actos y operaciones, así como el logro de sus resultados, mediante la ejecución de labores de control.
- 16.3 Que, en virtud a dicha prerrogativa el OCI del MTEP, emitió el Informe de Auditoría No. 017-2015-2-0192, respecto a los procesos de contratación de los Servicios de Seguridad-Vigilancia y Limpieza, bajo la modalidad de compra corporativa facultativa, dentro de los cuales se encuentra el Contrato No. 0009-2014-MTPE, suscrito con PROTSSA, habiendo efectuado una serie de observaciones, respecto al desempeño de los funcionarios que estuvieron a cargo de la Ejecución del Contrato y precisando que PROTSSA había incurrido en una serie de penalidades, respecto de los cuales se deberían tomar las acciones pertinentes para ejecutar el cobro de los mismos.
- 16.4 Que, como se ha señalado claramente, el OCI ha efectuado las “RECOMENDACIONES” del caso y, correspondía a los funcionarios

de la Entidad, realizar las acciones pertinentes para cumplir con dichas recomendaciones, siempre y cuando se respeten y se cumplan los procedimientos y plazos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, en su Reglamento, en las Bases Integradas y lo pactado por las partes en el Contrato N° 0009-2014-MTPE.

16.5 El sólo hecho que el OCI recomiende, realizar tal o cual actividad, no le da autoridad a la Entidad para imponer sanciones y/o penalidades en forma unilateral y/o sin respetar los procedimientos pre – establecidos; por ello existe un Contrato y Reglas claras para que las partes puedan defender su derecho en forma debida. El informe del OCI, no es una justificación para que se transgredan procedimientos y/o se actúe en contra lo pactado, en consecuencia, los funcionarios deben actuar con respeto a las normas y a lo establecido en el Contrato, actuar en contrario, acarrea la responsabilidad de los funcionarios; por lo que no se puede trasladar al Contratista actuaciones u omisiones que los funcionarios de la Entidad no ejecutaron en su oportunidad en defensa de los intereses del Estado. Las reglas son claras y merecen el irrestricto cumplimiento, tanto de la Entidad como del Contratista.

16.6 Que, por otro lado, la Entidad ha señalado que se ha cumplido con notificar al Contratista las Actas de aplicación de penalidades; sin embargo, no existe en autos documento alguno que demuestre dicha afirmación, puesto que la Carta 15-2016-MTPE/4/11.2, ha sido destinada únicamente a comunicar la aplicación y cobro de penalidades de acuerdo con el Informe de Auditoría N° 017-2015-2-0192 y no a notificar las actas por las penalidades incurridas, tal como lo establece la cláusula décima tercera del contrato N° 009-2014-MTPE.



INTERES LEGAL.

17. Que, el Contratista pretende que la Entidad cumpla con pagar los intereses legales, respecto al monto reclamado en la presente acción.
18. Que, las penalidades aplicadas por la Entidad en la suma total de S/. 451,700.60, cuya devolución reclama el Contratista, fueron descontadas el 03 de marzo y el 06 y 24 de abril de 2016, conforme se detalla en el presente cuadro.

Factura	Concepto	Fecha de abono	Descuento
001 0020140	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de enero 2016	03/03/2016	S/ 194,250.00
001 0020357	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de febrero 2016	06/04/2016	S/ 214,750.00
001 0020543	Servicio de seguridad y vigilancia del mes de marzo 2016	26/04/2016	S/ 42,700.60
TOTAL DESCONTADO			S / 451,700.60

19. Que, en atención a ello corresponde determinar si los montos reclamados devengan los correspondientes intereses y de ser así, la tasa aplicable y el momento a partir del cual deben ser calculados.
20. Que, el artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que *“En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora....”*.
21. Que, la norma legal mencionada, sanciona con el pago de intereses legales la demora de la Entidad en el pago de las prestaciones. En el presente caso, la Entidad bajo el amparo de la aplicación de penalidades distintas a las de mora, descontó al Contratista de las facturas correspondientes a los servicios de enero, febrero y marzo de 2016, (que fueron abonados con fechas 03 de marzo y 06 y 24 de abril de 2016), las sumas de S/ 194,250.00, S/ 214,750.00 y S/ 42,700.60, respectivamente.



Montos que forman parte de la contraprestación mensual que la Entidad estaba obligada a cancelar al Contratista, por los servicios prestados.

22. Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1324° del Código Civil, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde que el deudor incurre en mora.

“Artículo 1324°.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

23. Que, en opinión de la Árbitro Único, los intereses que se devenguen por los montos materia de reclamo califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo. En tal sentido, los intereses moratorios constituyen una especie del género referente a los daños moratorios derivados del incumplimiento de deudas dinerarias. Ahora bien, no existiendo un pacto sobre la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el interés legal, el mismo que deberá ser considerado desde el día en que el deudor incurre en mora; es decir, desde el día siguiente a la fecha en que se produjo el descuento de las penalidades; es decir, desde el 04/03/16 respecto al monto de S/. 194,250.00; desde el 07/04/16 respecto al monto de S/ 214,750.00 y desde el 27/04/16 respecto al monto de S/ 42,700.60, hasta la fecha efectiva del pago.

2. ANALISIS DE LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

“Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que cumpla con pagar los gastos administrativos, las costas y costos del proceso arbitral”

POSICIÓN DEL CONTRATISTA.

- Manifiesta el Contratista que, a consecuencia de la controversia suscitada, se ha visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de asesoría y consultoría externa especializada del Estudio Jurídico DE LA TORRE PÉREZ, FRANCO & DROMI ABOGADOS S.A.C, para que les patrocine en las controversias del presente proceso, ocasionando mas gastos económicos y los mismos que deberán ser asumidos por la entidad en la condena a la emisión del Laudo Arbitral. Precisa asimismo que estarán adjuntado en su oportunidad la liquidación final de los gastos administrativos, costas y costos del proceso arbitral, ya que aún no se han pagado los honorarios del árbitro único y de la secretaría arbitral. Por lo que, al momento de laudar se deberá ordenar a la Entidad les pague por estos conceptos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD.

- Indica la Entidad que el Artículo 413º del Código Procesal Civil establece que "están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan auxilio judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley, pudiendo ser condenados al pago de costas y costos. También esta exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla".
- Que, esta norma desarrolla lo previsto por el Artículo 47º de la Constitución Política, que indica que el Estado esta exonerado del pago de todos los gastos judiciales.



- Que, en la medida que la norma comentada tiene carácter imperativo por su naturaleza procesal, y en la medida que el MTPE forma parte del Poder Ejecutivo, consideran que se encuentran inmerso dentro del supuesto de EXONERACION del pago de costas y costos inherentes al demandante (honorarios de sus abogados), por tanto, este extremo de su petitorio debe ser rechazado por IMPROCEDENTE.

DECISIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO.

- De acuerdo con el Artículo 70º del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral (en este caso la Árbitro Único) fijará en el laudo los costos del arbitraje.
- Los costos del arbitraje de acuerdo con la norma legal antes mencionada, comprende:
 - a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
 - b) Los honorarios y gastos del secretario.
 - c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- Que, asimismo el Artículo 73º.- en su numeral 1, señala que, el tribunal arbitral (en este caso la Árbitro Único) 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 o árbitro único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

16

- Que, en el presente caso, el Contratista ha solicitado en su escrito de demanda que se ordene al Ministerio de Trabajo le pague y/o reembolse todos los gastos administrativos, las costas y costos del presente proceso, indicando que se han visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de asesoría y consultoría externa especializada y que la liquidación final de gastos administrativos, costas y costos lo estarán presentando en su oportunidad; lo cual no ha ocurrido hasta la fecha.
- Que, teniendo en cuenta lo señalado en la norma mencionada, la árbitro único considera a efectos de regular el pago de los costos arbitrales, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en su concepto ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, la árbitro único estima que cada parte debe asumir los costos que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral en forma proporcional es decir, 50% cada uno.

Por las razones expuestas, la Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad promovida por la Entidad; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del demandante, en consecuencia, corresponde disponer que el **MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO** devuelva a la **EMPRESA DE PROTECCION Y RESGUARDO S.A. – PROTSSA**, la suma de S/ 451,700.60, que corresponden a los descuentos efectuados en su facturación mensual durante la ejecución del Contrato No. 0009-2014-MTPE, mas intereses legales, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Respecto a los costos arbitrales, contenidos en la segunda pretensión del demandante, la Árbitro Único, determina que cada parte debe asumir los costos arbitrales del presente proceso en forma proporcional (50% cada una); conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos.

CUARTO: Disponer que la Secretaría Arbitral, notifique a las partes con el presente laudo.

Notifíquese.



ALICIA VELA LOPEZ
ÁRBITRO ÚNICO