

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CORPORACION EMPRESARIAL C&Z S.A.C. Y EL MINISTERIO DEL AMBIENTE, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, EL ABOGADO LEONARDO CHANG VALDERAS.

Resolución N° 10

Lima, 06 de junio

de dos mil diecinueve

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El 21 de febrero de 2017, la Corporación Empresarial C&Z S.A.C. (en adelante, DEMANDANTE o CONTRATISTA) y el Ministerio del Ambiente (en adelante, DEMANDADO o MINISTERIO o ENTIDAD), suscribieron el Contrato N 004-2017-MINAM-OGA: "Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para las diez (10) sedes del Ministerio del Ambiente, por un periodo de veinticuatro (24) meses" (en adelante, CONTRATO) por el monto de S/ **4 018 891.20** (Cuatro Millones Dieciocho Mil Ochocientos Noventa y Uno con 20/100 Soles) incluyendo los impuestos de Ley.
2. En la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, las partes decidieron que cualquier conflicto surgido desde la celebración del mencionado documento se resolvería mediante arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

3. El 20 de marzo de 2018, se llevó a cabo la Instalación del Árbitro Único con la asistencia de las partes.
4. El Árbitro Único declaró en dicha oportunidad, haber sido debidamente designado, de conformidad con el convenio arbitral y lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenía ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
5. De manera previa al análisis de las materias a resolver en este arbitraje, el Árbitro Único considera necesario delimitar como normas aplicables, la Constitución Política del Perú, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la LCE), publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2014 y el Reglamento de la Ley N° 30225 (en adelante el RLCE), aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (vigente desde el 09 de enero

de 2016); así como las disposiciones aplicables al derecho público y al derecho privado, manteniéndose obligatoriamente ese orden de preferencia en la aplicación del derecho; como también la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, que se realizará supletoriamente siempre que no se oponga a lo establecido en la LCE y el RLCE.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL

III.1 Pretensiones

6. El DEMANDANTE solicita que se amparen las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal.- Se declare la NULIDAD de la resolución unilateral del contrato N 004-2017-MINAM-OGA.

Segunda Pretensión Principal.- Se devuelva al contratista la suma equivalente a la garantía de fiel cumplimiento que la Entidad mantiene retenida y que fuese detraída de sus ingresos mensuales por tener la condición de empresa inscrita en el REMYPE.

Tercera Pretensión Principal: Que las penalidades aplicadas al contratista sean reevaluadas revisando su procedencia y además, de ser el caso, sean recalculadas de acuerdo a los parámetros establecidos a este fin, restituyéndose las sumas indebidamente descontadas.

Cuarta Pretensión Principal. Que la Entidad pague al contratista como consecuencia de la indebida resolución del contractual, una indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante por la suma de S/. 348 083.99 soles, que equivale a las utilidades dejadas de percibir en el plazo restante de ejecución.

Quinta pretensión principal. Determinar si corresponde o no el pago del íntegro de los honorarios y gastos arbitrales.

III.2 RESPECTO A LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN

Fundamentos de hecho

7. Como antecedente, el CONTRATISTA sostiene que con fecha 21 de febrero de 2017, suscribió el CONTRATO con el objeto de prestar el servicio de seguridad y vigilancia por un periodo de 36 meses, de acuerdo a los términos de referencia y demás condiciones establecidas en las Bases. Agrega que la buena pro le fue otorgada el 23 de enero de 2017, iniciándose las prestaciones el 01 de marzo de 2017 hasta el 08 de julio de 2017, debido a que el día 03 del

mismo mes, la ENTIDAD, haciendo referencia a la carta de apercibimiento de resolver el contrato remitida el 14 de marzo de 2017, comunicó por conducto notarial la resolución del contrato por persistir en el incumplimiento de obligaciones.

8. Respecto a la controversia abordada, sostiene que cuestiona la decisión de la ENTIDAD de resolver el contrato, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a. Vulneración del principio de inmediatez y urgencia resolutoria.

La ENTIDAD con fecha 14 de marzo de 2017, remitió al CONTRATISTA por conducto notarial la Carta N 054-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, requiriendo el cumplimiento de aspectos contractuales en el plazo de 05 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

El CONTRATISTA absolvió el requerimiento. Con fecha 21 de marzo de 2017, presentó a la ENTIDAD la Carta N 046-2017-CZ, por la que, entre otros extremos, contesta cada uno de los requerimientos y exigencias formuladas, explicando al detalle y justificando las razones por las cuales se habrían producido los incumplimientos contractuales que le atribuía su contraparte.

Vencidos los 05 días del apercibimiento, la ENTIDAD no resolvió el contrato, lo que permite deducir que encontró satisfactoria la explicación o que en todo caso consintió las razones expuestas en la Carta N 046-2017-CZ; dando por superada la situación que generó el apercibimiento resolutorio. Por ello, concluye el CONTRATISTA, el apercibimiento quedó automáticamente sin efecto, al no haberse producido de manera inmediata la materialización del término del vínculo contractual.

Por lo tanto, el CONTRATISTA sostiene que la carta de resolución de contrato, notificada 04 meses después de efectuado el apercibimiento, transgrede el principio de inmediatez que rige el procedimiento de resolución contractual; puesto que no se puede tener por efectiva una intimación que se supone y por principio debió tener un correlato de ejecución inmediata en caso no se hubiere considerado satisfecho y que se extinguió al haber tenido una respuesta que no recibió oposición, continuándose con la ejecución contractual.

Concluye el CONTRATISTA que se debe considerar que la ENTIDAD ha renunciado a ejecutar la decisión de dar por resuelto el contrato, en tanto que no lo ejecutó en un plazo razonable posterior al apercibimiento. Y si la ENTIDAD consideraba que 04 meses después de efectuado el apercibimiento, los incumplimientos continuaban, debió efectuar un nuevo apercibimiento en tanto el primero había perdido su eficacia.

- b. Incumplimiento del procedimiento de notificación de la carta que declara resuelto el vínculo contractual.

Sostiene el CONTRATISTA que la Carta N 053-2017MINAM/SG, que dispone resolver el contrato fue notificada vía conducto notarial en el primer piso del inmueble ubicado en el 3321 de la Avenida Aviación – Lima, y no en el piso quinto – Oficina 503, del mismo inmueble, según consignó como su domicilio. En consecuencia, concluye, la carta resolutoria fue notificada en lugar distinto al domicilio establecido por el contratista para ese fin; con la consecuencia de que el procedimiento resolutorio es inválido.

Señala el CONTRATISTA que con posterioridad, la ENTIDAD le remitió una segunda carta resolutoria, ésta vez al variado domicilio ubicado en el Augusto Tamayo 190 Interior 2 - San Isidro. Agrega que este nuevo diligenciamiento realizado por conducto notarial también es inválido porque se hizo a las 18:30 horas, es decir, fuera del horario de atención y porque, al igual que en el primer caso, se dejó en el primer piso de inmueble; lo que impidió tomar conocimiento formal de la decisión de la ENTIDAD. Y, solo cuando acudió a las oficinas de la ENTIDAD para sostener una reunión, el viernes 07 de julio de 2017, pudo conocer la decisión.

Por lo tanto, concluye el CONTRATISTA que la ENTIDAD ha incumplido el procedimiento formal exigido en la norma para que la decisión resolutoria sea válida.

- c. Ausencia de causales de fondo atendibles para la decisión resolutoria.

Sostiene el CONTRATISTA que consta en la Carta N 040-2017C&Z/GG/Lima.rh y Carta N 046-2017-C&Z/GG/Lima.rh, las circunstancias de fuerza mayor que la ENTIDAD utilizó como argumentos para resolver el contrato.

Alega el CONTRATISTA que desde la suscripción del contrato, la ENTIDAD asumió una actitud de extrema intolerancia realizando acciones de inspección y fiscalización en las que varias veces al día comprobaba y sancionada falencias y omisiones de naturaleza formal que finalmente fueron imputadas como incumplimientos de obligaciones contractuales como la no tenencia de los carnés y licencias de posesión y uso de armas de fuego del personal de servicio ocasionados por la renuncia del personal inicialmente asignado al servicio, a lo que se sumó la demora de la SUCAMEC en la tramitación de las acreditaciones.

Para el CONTRATISTA, la ENTIDAD no tomó en cuenta las explicaciones expuestas por su parte sobre el origen de la situación y tampoco evaluó el otorgamiento de un plazo razonable, tal como lo había solicitado, para poder subsanar las omisiones que no eran producto de su desidia o dolo.

Que ganar la buena pro el 23 de enero de 2017, e iniciar el servicio después de un mes (01 de marzo de 2017), generó que el personal propuesto opte por renunciar de modo intempestivo a la empresa; pues no se les puede impedir que busquen mejores opciones para sus intereses o exigir permanencia. Esto generó una situación de tener que cubrir sus puestos con personal que no poseía las acreditaciones expedidas por la SUCAMEC.

Explica el CONTRATISTA que las circunstancias son calificadas a nivel jurídico como de fuerza mayor, pues resultaban impredecibles, irresistible e imposibles de prever, e impidieron que el personal asignado en reemplazo para cobertura del servicio, cuente con las acreditaciones requeridas; quedando claro que la condición omisiva no dependió de alguna circunstancia atribuible al CONTRATISTA. Sin embargo, eso no interesó a la ENTIDAD y rechazó el pedido de un plazo de gracia para cumplir con lo ofrecido, a pesar que el cambio de personal se le comunicó el mismo día de inicio del servicio y que se le argumentó que los argentes reemplazantes tendrían habilitadas sus acreditaciones apenas SUCAMEC las expida, pues el trámite para su obtención ya se había iniciado.

Finalmente, alega el CONTRATISTA que la ENTIDAD resolvió el CONTRATO, perjudicándoles pese a haber demostrado que la situación calificada como de fuerza mayor, era generada por hechos

Árbitro Único
Leonardo Chang Valderas

ajenos a su voluntad y que pese a su ordinaria diligencia no se pueden suplir la misma.

En ese sentido, solicitan se les devuelva la suma equivalente a la garantía de fiel cumplimiento que la ENTIDAD mantiene retenida y que fuese detraída de sus ingresos mensuales por tener la condición de empresa inscrita en el REMYPE.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN

Fundamentos de Hecho

9. Respecto a la controversia abordada, sostiene que cuestiona la decisión de la ENTIDAD de aplicar penalidades, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a. Incumplimiento del procedimiento establecido para la determinación y traslado de penalidades.

Sostiene el CONTRATISTA que en la cláusula duodécima del CONTRATO, se consignó un listado de supuestos que establecían la aplicación de penalidades distintas a la mora, de acuerdo a un procedimiento para su determinación y procedencia; el mismo que debía seguirse de manera literal y textual para que las sanciones pecuniarias sean tomadas como válidas en agravio del contratista.

El procedimiento antes aludido, será el siguiente:

- Se levantará un acta que debía ser firmada por el responsables de servicios generales del MINAM y el supervisor residente de la CONTRATISTA (paso 1)
- Si el representante del CONTRATISTA no firma, se le notificarán los incumplimientos dentro del día hábil siguiente por correo electrónico o carta simple, adjuntando copia del acta con el detalle de la penalidad. (paso 2)
- Luego de ello, el Acta debe ser remitida por el CONTRATISTA a la ENTIDAD al día siguiente, suscrita o validada (aceptada) como paso 3.
- Si en el plazo el CONTRATISTA no responde o valida el Acta, las penalidades de entenderán aceptadas, procediéndose a su aplicación solo luego de cumplido dicho procedimiento (paso 4).

Señala el CONTRATISTA que entre los meses de marzo a julio de 2017 la ENTIDAD debió cumplir de manera obligatoria con el procedimiento para que consecuentemente se hayan aplicados las penalidades válidamente; y, si así no fue, las sanciones y descuentos pecuniarios resultan contrarios a derecho. Por ejemplo, en el mes de marzo, refiere que firmadas las Actas entre los días 01 al 07, fueron remitidas por vía simple el 13 de marzo, es decir, fuera del plazo; por lo que el procedimiento ya se encontraba viciado.

En el mes de abril, sostiene, las actas que corresponden a los días 03 al 20 de abril, no fueron firmadas por desacuerdo de su contenido y fueron remitidas fuera del plazo por vía simple el día 27 de abril, por medio de la Carta N 095-2017-MINAM/SG/OGA/LOG. Y, pese a que el procedimiento estaba viciado, el CONTRATISTA refiere que contestó dentro del día hábil siguiente, expresando disconformidad y ruptura del mecanismo de penalidad.

Agrega que similar situación ocurrió con Actas que corresponden a los meses de mayo, junio y julio de 2017. Y concluye que para apreciar la poca fiabilidad de las referidas Actas de levantamiento de ocurrencias y su elaboración casi mecánica sin corresponder con la realidad de las prestaciones, se aprecia que en el mes de julio se adjuntaron también las actas del lunes 10, siendo materialmente imposible dado que el sábado 08 de julio fueron relevados del servicio luego de la resolución del contrato.

b. Cálculo aritmético indebido.

Sostiene el CONTRATISTA que el cálculo aritmético utilizado para aplicar la penalidad es arbitrario y ajeno a las proporciones, montos y bases del cálculo fijados en la cláusula duodécima del contrato.

Justifica lo indicado señalando que como se aprecia de las actas de ocurrencias de todos los meses, las inspecciones se realizaban dos veces por día y por cada vigilante de turno, aplicándose penalidades por dos ocasiones diarias, sin que en el cuadro de detalle contenido en la cláusula referida, se hayapreciado que las penalidades se determinan bajo los criterios de por día o por agente.

Agrega que la forma de cálculo aplicada por la ENTIDAD, incrementaba de manera geométrica la cuantía de las penalidades multiplicando indebidamente su monto por el número de veces que la

ENTIDAD tuviese que revisar en el mismo día el servicio y por la cantidad de vigilantes; lo que a todas luces convierte el monto aplicado y descontado por mes en insostenible, desproporcionado y ajeno a derecho. Así, deberá ser el Árbitro el que determine la suma real que debe ser aplicada por penalidad, con sujeción a los mecanismos y parámetros fijados en las Bases y contrato.

- c. Ausencia de razones de fondo para la aplicación de penalidades.

Considera el CONTRATISTA que la falta de descanso del personal, falta de carnés y licencias de armas emitidas por la SUCAMEC, puestos no cubiertos y agentes reemplazados sin autorización del MINAM, no son amparables en la forma y modo como causales para aplicar penalidades.

En lo que respecta a la falta de carnés y licencias y a la sustitución del personal, asegura, guardan relación con la necesidad de cubrir el servicio en su totalidad ante el masivo abandono del personal inicial; y, como tales hechos no le son atribuibles, el CONTRATISTA no puede asumir los efectos perjudiciales. Insiste en sostener que se tratan de hechos ajenos a su responsabilidad que no pueden calificarse como incumplimientos contractuales.

En lo que respecta a la falta de descanso del personal y puestos no cubiertos, el CONTRATISTA refiere que todos los puestos sin excepción han sido cubiertos con personal de la empresa y la programación de los descansos se realizaba en cumplimiento estricto de la legislación laboral, mediando acuerdo expreso con el personal para la fijación de sus jornadas de reposo en virtud de sus necesidades individuales; quedando claro que en estos casos tampoco era posible sostener la aplicación de sanciones.

RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN

Fundamentos de Hecho

10. El CONTRATISTA señala que como la normativa de contrataciones prevé que la parte perjudicada con la decisión resolutoria de la contraria debe ser indemnizada, solicita que la ENTIDAD les pague la suma de S/. 348 083.99 soles, que equivale a las utilidades dejadas de percibir por el plazo restante de ejecución contractual.

11. Alega el CONTRATISTA que de acuerdo a la estructura de costos que presentara a la ENTIDAD, la suma indemnizatoria requerida por lucro cesante resulta de multiplicar los 19 meses de servicios no ejecutados por la decisión de resolver el contrato por el importe de S/. 18 320.21 soles por mes.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

12. Con fecha 18 de septiembre de 2017, el CONTRATISTA presentó por mesa de partes del OSCE, el escrito con la sumilla "*Apersonamiento y contestación de demanda*", formulando en el numeral III del mismo, la excepción de oscuridad o ambigüedad para interponer la demanda, bajo el argumento de que el petitorio de la demanda describía hechos y no pretensiones.
13. La excepción fue resuelta mediante Resolución N° 05, con la declaración de infundada, y fue confirmada mediante Resolución N 06, con motivo de resolver el recurso de reconsideración que la ENTIDAD presentó.
14. En el primer otrosí decimos del escrito de 18 de septiembre de 2017, la ENTIDAD contesta la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos.
15. La ENTIDAD sostiene que con Carta N 40.2017.C&Z6GG/Lima.rh del 28 de febrero de 2017, recibida el 01 de marzo, es decir, el mismo día en que se iniciaba el servicio, el CONTRATISTA solicitó el cambio de personal.
16. Con Informe N 116-2017-MINAM/LOG/SSGG del 01 de marzo de 2017, el encargado de los Servicios Generales informó que en la instalación y puesta en marcha de los servicios se observó que ninguno de los agentes presentados coincidía con el propuesto y no estaban autorizados por el MINAM. Asimismo, se informó que ningún agente cumplía con lo requerido en el CONTRATO. El incumplimiento, sostiene la ENTIDAD, se advirtió desde el primer día de ejecución.
17. Sostiene la ENTIDAD que con Carta N 046-2017-MINAM/SG/OGA6LOG de fecha 03 de marzo de 2017, el MINAM comunicó al CONTRATISTA la no aprobación de los reemplazos, al no acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos a los agentes y supervisores para brindar el servicio de vigilancia contratado.
18. Indica la ENTIDAD que debido a la serie de Informes del encargado de Servicios Generales en los que reportaba que el CONTRATISTA incurría en ocurrencias y observaciones en la ejecución del servicio, con Carta N 051-2017-MINAM/SG/OGA/LOG del 1 de marzo de 2017, la ENTIDAD le comunica que se procederá a la aplicación de penalidades.

19. La ENTIDAD sostiene que con Carta N 054-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, del 13 de marzo de 2017, se notificó por conducto notarial al CONTRATISTA el apercibimiento de resolver el CONTRATO en caso no cumpla con los términos del mismo.
20. La ENTIDAD sostiene que los incumplimientos persistieron razón por la que mediante Carta N 053-2017-MINAM/SG/OGA/OA del 03 de julio de 2017, notificada por conductor notarial el mismo día, se comunicó al CONTRATISTA la decisión de resolver el contrato
21. Debido a que el CONTRATISTA con Carta N 102.2017.C&Z/GG/Lima.Rh recibida por el MINAM el 04 de julio de 2017, comunica su nuevo domicilio procesal, la ENTIDAD decide ese mismo día notificar la resolución del contrato en el nuevo domicilio.
22. Agrega la ENTIDAD que las discrepancias se circunscriben a las penalidades previstas en el Bases y en los términos de referencia que venía incumpliendo el CONTRATISTA; por lo que se deberán analizar las condiciones previamente establecidas y el constante incumplimiento del contratista para luego analizar las penalidades impuestas y la razón que conllevó en la resolución del contrato.
23. Señala la ENTIDAD que mediante Carta N 036-2017-MINAM/SG/OGA/LOG se notificó al CONTRATISTA que la fecha de inicio para la ejecución de la prestación sería el 01 de marzo de 2017. En esa fecha el CONTRATISTA presentó la Carta N 040-2017-C&Z/GG/Lima.rh solicitando el cambio de personal a fin de poder cumplir con la prestación, y se le otorgue un plazo de 30 días calendarios para la presentación de los carnés y licencia de portar armas, pues ya habían sido tramitados.
24. Lo expresado por el CONTRATISTA, sostiene la ENTIDAD, no hace más que demostrar que la ejecución del contrato se iniciaba con incumplimientos, por lo que se le remitió la Carta N 046-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, rechazando el pedido de reemplazo, sin perjuicio de aplicar la penalidad.
25. Efectuada la revisión de la documentación proporcionada se pudo verificar que de los 43 agentes destacados, ninguno contaba con el carné de identificación de la SUCAMEC, ni la licencia de portar y usar arma, y tampoco se encontraban insertos en las pólizas de seguro, lo que a todas luces era un flagrancia a las condiciones del personal previsto en las Bases; hechos que persistieron hasta el final de la prestación.
26. En ese sentido, refiere la ENTIDAD, las penalidades aplicadas no constituyen un abuso, sino que surgen de los incumplimientos en los que el CONTRATISTA incurrió a lo largo de toda la vigencia del contrato.

27. Por otro lado, con relación a la nulidad de la resolución del contrato, la Entidad sostiene que la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones o el incumplimiento de estas. Así, la resolución del contrato se dio por el incumplimiento del contratista, conforme a los siguientes puntos:

- a. De acuerdo a los términos de referencia, Servicios Generales de la Oficina de Abastecimiento tiene a su cargo el control y supervisión del contratista.
- b. Servicios Generales remitió a Abastecimiento las actas de ocurrencias donde detallaban el incumplimiento del servicio por parte del contratista en el periodo de ejecución del contrato, bajo el argumento que:
 - i) El reemplazo de 41 operarios y 02 supervisores sin seguir el procedimiento establecido en los términos de referencia que forma parte integrante del contrato, sin presentar la documentación requerida para su procedencia y sin cumplir con el perfil requerido.
 - ii) Todos los operarios y supervisores cambiados sin autorización del MINAM, al inicio del servicio, eran distintos a los presentados en la propuesta técnica del contratista que sirvió para que se le otorgue la buena pro y estos no cumplían con los términos de referencia.
 - iii) Los vigilantes propuestos no portaban carné de identificación personal del servicio de vigilancia ni con la licencia para uso de arma emitida por la SUCAMEC.
 - iv) Se realizaban cambios de personal de vigilancia sin autorización del MINAM.
 - v) Existían puestos de vigilancia no cubiertos.

28. En virtud de lo ocurrido, el encargado de Servicios Generales, emite el Informe N 075-2017-MINAM/SG/OGA/OA/SSGG, dando cuenta de los incumplimientos del contratista y refiriendo que ello constituye *"(...) un serio problema de seguridad, pues no estamos contando con un servicio de acuerdo a las necesidades, lo que incrementa el riesgo de sufrir problemas de seguridad, tanto para los servidores y funcionarios, así como para los bienes patrimoniales con que cuenta el MINAM en sus diferentes sedes, sobre todo en el turno de noche donde las sedes se hacen más vulnerables."*

29. Por estas razones, indica la ENTIDAD, la Oficina de Abastecimiento procedió con el trámite de la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, de acuerdo al trámite de resolución previsto en la norma, pues:

- a. Los vigilantes propuestos que correspondían no portaban la licencia para uso de arma o contaban con licencia expedida por la SUCAMC, conforme lo requerido en el punto 4 del acápite 6.3.2. del numeral 6.3. del capítulo 6 alcance y descripción del servicio.
 - b. El cambio de personal de vigilancia propuesto por el contratista no contaba con autorización de MIMAN, considerando que el personal propuesto no cumplía con los requisitos establecidos en los términos de referencia, en lo que respecta a la obligación de contar con la licencia para uso de arma expedida por la SUCAMEC y estar incluidos en las pólizas de seguros requeridas, conforme lo exigido en el numeral 6.7 del capítulo 6 – alcance y descripción del servicio.
30. Por tanto, concluye la ENTIDAD, los argumentos de nulidad esbozados por el demandante no solo contienen elementos que el código civil exige para su validez, sino que además se respalda en principios inventados que no forman parte del acto jurídico cuestionado, pues se ha demostrado claramente que el incumplimiento constante y recurrente del contratista conllevó a que la ENTIDAD tenga que recurrir a la resolución del contrato para no seguir perjudicando los intereses de la institución.

IV. DEL PROCESO ARBITRAL

V.1 De la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

31. Conforme a lo programado, con fecha 05 de octubre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en cuyo acto se dejó constancia de la asistencia del representante del CONTRATISTA y ENTIDAD.
32. De otro lado, no habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Árbitro Único, con la anuencia de las partes asistentes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA:

Primera Pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no se declare la NULIDAD de la resolución unilateral del contrato N 004-2017-MINAM-OGA.

Segunda Pretensión Principal.- Determinar si corresponde o no se devuelva al contratista la suma equivalente a la garantía de fiel cumplimiento que la

Árbitro Único

Leonardo Chang Valderas

Entidad mantiene retenida y que fuese detraída de sus ingresos mensuales por tener la condición de empresa inscrita en el REMYPE.

Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que las penalidades aplicadas al contratista sean reevaluadas revisando su procedencia y además, de ser el caso, sean recalculadas de acuerdo a los parámetros establecidos a este fin, restituyéndose las sumas indebidamente descontadas.

Cuarta Pretensión Principal. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al contratista como consecuencia de la indebida resolución del contractual, una indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante pro la suma de S/. 348 083.99 soles, que equivale a las utilidades dejadas de percibir en el plazo restante de ejecución.

Quinta pretensión principal. Determinar si corresponde o no el pago del íntegro de los honorarios y gastos arbitrales.

33. Acto seguido, el Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación:

DEL DEMANDANTE

Se admiten los medios de prueba documentales ofrecidos por el contratista en el numeral VII denominado Medios de Prueba, numerales del 1) al 27) de su escrito de demanda presentado con fecha 15 de agosto de 2017.

DEL DEMANDADO

Se admiten los medios de prueba documentales ofrecidos por la Entidad en los numerales 3.2. y IV denominados Medios Probatorios de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 18 de septiembre de 2017.

V.3 De la audiencia de informes orales

34. Conforme a lo programado, con fecha 22 de octubre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Informes orales, en cuyo acto se dejó constancia de la asistencia del representante del CONTRATISTA y ENTIDAD.
35. En ese mismo acto, se requirió a las partes que en el plazo de 10 días hábiles presenten cualquier tipo de documentación adicional que consideren pertinente.
36. En ese contexto, con Resolución N 09 de fecha 26 de abril de 2019, se resolvió admitir los medios probatorios presentados por las partes mediante escrito de fecha 06 y 07 de noviembre de 2019, con la sumilla "cumpló con remitir dentro

del plazo documental adicional conforme lo señaló en el acta de informaes orales” y “presentamos documental adicional”, respectivamente.

V. CONSIDERANDOS

Cuestiones Preliminares

37. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
(i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y la contestó; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
38. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

I. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Primera Pretensión Principal.

Determinar si corresponde o no se declare la NULIDAD de la resolución unilateral del contrato N 004 2017 MINAM OGA.

39. Mediante Carta notarial N 94230 de fecha 03 de julio de 2017 y posterior carta notarial N 94281 de fecha 04 de julio de 2017, la ENTIDAD notificó la resolución del contrato N 004 – 2017 – MINAM – OGA, alegando que el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones. Es por ello que el CONTRATISTA solicita que se declare la nulidad de dicha resolución, mientras que la ENTIDAD pretende que se declare la validez de la resolución contractual que practicó.
40. A efectos de dilucidar la validez o no de la resolución del CONTRATO efectuada por la Entidad, el Árbitro Único analizará: i) el derecho de la

Árbitro Único
Leonardo Chang Valderas

ENTIDAD a resolver el CONTRATO, ii) las causales de resolución alegadas y (iii) el procedimiento correspondiente.

El derecho de la ENTIDAD a resolver el CONTRATO.

41. En primer lugar, para poder analizar la existencia del derecho de la parte demandada a resolver el CONTRATO, conviene hacer referencia al mismo. En la cláusula décimo tercera se establece lo siguiente:

“CLAUSULA DECIMO TERCERA: RESOLUCION DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con los artículos 32, inciso c) y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su Reglamento. De darse el caso, el MINAM procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

RESOLUCION DE CONTRATO

<p><i>No cumplir oportunamente hasta dos (2) veces con la presentación de los documentos para el trámite del servicio (*).</i></p> <p><i>No cumplir con el pago de los agentes dentro de los plazos previstos en la normativa especial o por acuerdo de las partes involucradas (EL CONTRATISTA y los agentes de vigilancia) (**).</i></p> <p><i>Aquellos contemplados en la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Ley N 30225 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N 350 – 2015-EF.</i></p> <p><i>Importante (*) (**)</i></p> <p><i>De acuerdo con lo establecido en la primera disposición final y Transitoria del Decreto Supremo N 003-2002-TR, que reglamenta la Ley N 27626, Ley que regula la actividad de empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, los</i></p>	<p><i>Causales de resolución de contrato.</i></p>
--	---

<p><i>organismos públicos están obligados a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales que tiene el contratista con los trabajadores destacados, pudiendo solicitar inspección de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Dicha disposición exige que en el contrato celebrado entre un organismo público y el contratista, se incluya una cláusula donde se indique como causal de resolución de contrato el incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista.</i></p>	
--	--

42. La citada cláusula se remite a la LEE y al RLCE. Precisamente, el artículo 36 dispone lo siguiente:

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

43. En concordancia con lo anterior, conviene remitirse al artículo 136 del RLCE el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato.

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir medianta carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otra penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En esos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

(...)"

44. Como se aprecia, el CONTRATO, la LCE y el RLCE facultan a la ENTIDAD a resolver el CONTRATO cuando el CONTRATISTA incumpla sus obligaciones. Para ello, la ENTIDAD primero debe hacer un requerimiento previo y otorgar un plazo de subsanación, vencido el cual recién podrá aplicar la resolución contractual.
45. Habiendo establecido el marco teórico y los presupuestos para que la ENTIDAD ejerza válidamente su derecho a resolver el CONTRATO, corresponde revisar los términos de la resolución contractual practicada por la ENTIDAD.
46. Mediante Carta notarial N 56355 de fecha 13 de marzo de 2017, la ENTIDAD atribuyó al contratista el incumplimiento consistente en reemplazar a cuarenta y un operarios y dos supervisores sin seguir el procedimiento establecido en los términos de referencia, pues no se presentó la documentación requerida para su procedencia y no cumplían el perfil requerido; razón por la que le otorgó un plazo de 05 días calendarios para que cumpla con los términos del contrato bajo apercibimiento de resolverlo. Asimismo, se precisó que durante los primeros siete días del servicio, se habían identificado las siguientes faltas:
 - a. No portan carné de identificación personal del servicio de vigilancia.
 - b. No portan licencia de arma o contar con licencia.
 - c. Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.
 - d. Cubren un agente con personal que no cuentan con el mismo perfil del agente solicitado, según los términos de referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado.
 - e. Existen puesto de vigilancia no cubiertos.
47. Mediante Carta notarial N 94230 de fecha 03 de julio de 2017 y posterior carta notarial N 94281 de fecha 04 de julio de 2017, la ENTIDAD comunicó la resolución del contrato N 004 – 2017 – MINAM – OGA, indicando lo siguiente:

"(...)

Sin embargo, mediante el documento de la referencia b) la Oficina de abastecimiento señala que su representada ha incurrido en la causal de resolución de contrato contemplada en el acápite 1 del numeral 135.1 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N 135 – 2015- EF, por lo que corresponde proceder con la resolución del contrato, al persistir el incumplimiento de obligaciones, conforme lo siguiente:

- Los vigilantes propuestos que corresponden no portan licencia para uso de arma o cuentan con licencia expedida por la SUCAMEC, conforme lo requerido en el punto 4) del acápite 6.3.2 del numeral 6.3 del Capítulo 6 - Alcance y Descripción del servicio de los términos de referencia.*
- El cambio de personal de vigilancia propuesto por el CONTRATISTA no cuenta con autorización del MINAM, considerando que el personal propuesto no cumple con los requisitos establecidos en los términos de referencia, en lo que respecta a la obligación de contar con la licencia para uso de arma expedida por la SUCAMEC y estar incluidos en las pólizas de seguros requeridas, conforme lo requerido en el numeral 6.7 del Capítulo 6 – Alcance y Descripción del Servicio de los términos de referencia.*

Por lo expuesto, habiendo incumplido injustificadamente sus obligaciones contractuales, pese a haber sido requerido para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N 30225, y en el acápite 1 del numeral 135.1 del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado citado, mediante la presente se procede a RESOLVER el Contrato N 004 – 2017 – MINAM – OGA, lo cual se comunica (...)"

48. Pues bien, continuando con el análisis de la resolución contractual, ahora es necesario que el Árbitro Único verifique si el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones contractuales.

Las causales de resolución alegadas por la ENTIDAD.

49. En la comunicación de resolución de CONTRATO, se observa que la ENTIDAD específicamente invocó los siguientes incumplimientos del CONTRATISTA:

- a. Los vigilantes no portan licencia para uso de arma o cuentan con Licencia expedida por la SUCAMEC.
 - b. El cambio de personal de vigilancia no fue autorizado por el MINAM y el personal de reemplazo no cumple con los requisitos establecidos en los términos de referencia, pues no cuentan con licencia de uso de arma expedida por la SUCAMEC y no están incluidos en las pólizas de seguros requeridas.
50. Por su parte el CONTRATISTA sostiene que estuvo imposibilitado de ejecutar sus prestaciones por razones de fuerza mayor, razón por la que el incumplimiento no le puede ser atribuido.
51. Al respecto, debe mencionarse que solo los incumplimientos injustificados generan a la ENTIDAD el derecho a resolver el contrato. Así lo establece el artículo 135 del RLCE:
- "Artículo 135. Causales de resolución.*
- 135.1 La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos que el contratista:*
- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
 - 2. Haya llegado a acumular el máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;*
 - 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*
52. Teniendo ello en cuenta, se evaluará si se configuraron cada uno de los incumplimientos imputados al contratista y si los mismos fueron injustificados.
53. Al respecto, obra en el expediente arbitral la Carta N 040.217.C&Z/GG/Lima.rh recibida por la Entidad con fecha 01 de marzo de 2017, por la que el CONTRATISTA solicita el cambio de todo el personal ofrecido debido a que el personal presentado en la oferta había renunciado dado que el inicio del servicio estaba programado para el 16 de febrero y recién se hace efectivo el 01 de marzo. Ante ese hecho, procedió al inmediato reclutamiento de personal, y el inicio del trámite para la obtención de sus carnés y licencias para portar armas. Así, solicita a la ENTIDAD, 30 días para la presentación de los documentos expidiendo por la SUCAMEC.

54. Con Carta N 046-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, la ENTIDAD responde a la solicitud de cambio de personal, indicando que después de haber realizado la evaluación de la documentación remitida, se evidencia la falta de varios documentos, entre esos, el carné de identificación y la licencia de posesión y uso de armas de fuego emitidos por la SUCAMEC; así como las pólizas de seguro. Así, al no haber presentado toda la documentación e información requerida que acredite el cumplimiento de los requisitos que deben reunir los supervisores y agentes que prestarán el servicio contratado, el reemplazo no puede ser aprobado.
55. Con fecha 10 de marzo de 2017, el CONTRATISTA recibe la Carta N 051-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, que comunica la aplicación de penalidades por el incumplimiento de obligaciones contractuales vinculados a: 1). No portar carnés de identificación personal del servicio de vigilancia (SUCAMEC). 2). No portar licencia para uso de arma o contar con licencia. 3). Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad. 4). Cubrir a un agente con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los términos de referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado y 5). Puestos de vigilancia no cubiertos.
56. Con fecha 14 de marzo de 2017, el CONTRATISTA recibe la carta N 054-2017-MINAM/SG/OGA/LOG por la que se le comunica que el responsable de servicios generales en su condición de área usuaria, encargada de otorgar la conformidad y efectuar el seguimiento del servicio, ha remitido las actas en las que se deja constar el incumplimiento de obligaciones contractuales, puesto que el reemplazo de los 41 vigilantes y 02 supervisores se ha efectuado sin presentar la documentación requerida para su procedencia.
57. En respuesta, el CONTRATISTA remite la Carta N 046.2017.C&Z/GG/Lima.rh, de fecha 17 de marzo de 2017, indicando que la renuncia y reasignación del personal ofrecido a otras unidades de provincia, se debe que a que el servicio inició el 01 de marzo cuando lo previsto fue el 16 de febrero.
58. Agrega el contratista que los acontecimientos suscedidos con relación al personal ofrecido son casos fortuitos o de fuerza mayor y que la emisión de los documentos por parte de la SUCAMEC a favor del personal reemplazante para cumplir los términos de referencia exigidos, se encuentran en trámite y su obtención está fuera de su alcance. Y con relación a la inclusión del personal en la póliza de seguro, señala que no es un requisito mínimo para aceptar al personal de reemplazo.

59. En esa misma línea, en el escrito de demanda, el CONTRATISTA sostiene que ante la renuncia intespestiva del personal ofrecido, tuvo que cubrir los puestos con personal reemplazante que no poseía las acreditaciones expedidas por la SUCAMEC; por lo que solicita se considere que las acciones u omisiones descritas no le son atribuibles ni resultan injustificadas.
60. En virtud de los antecedentes descritos, queda evidencia de que ambas partes aceptan que el plazo de ejecución del servicio inició el 01 de marzo de 2017 y que los agentes de vigilancia presentados al inicio del servicio son distintos de aquellos que fueron ofrecidos en la oferta y, además, en que los agentes reemplazantes no cuentan con los documentos emitidos por la SUCAMED que los habilite para ejecutar el servicio y cumplir con los requerimientos técnicos mínimos exigidos en las Bases. Sin embargo, no existe coincidencia de las partes en calificar ese mismo hecho como un incumplimiento injustificado que habilite a la ENTIDAD a apereibir y luego resolver el contrato.
61. La controversia, entonces, no versa en discutir si existe un incumplimiento contractual derivado de la presentación de agentes de seguridad que no cumplen con las condiciones contractuales y legales requeridas para cumplir tal servicio, distintos a los consignados en la oferta ganadora. Este extremo es un hecho reconocido por las partes, por lo tanto no controvertido. Así, carece de sentido que en el presente análisis se desarrollen argumentos para dilucidar un hecho no controvertido y, si es que se abordan, sólo servirán para analizar si el incumplimiento descrito es injustificado para efectos de habilitar a la ENTIDAD a resolver el CONTRATO.
62. Sin embargo, antes de abordar en estricto el análisis del incumplimiento contractual que justificó la resolución del contrato, corresponde precisar cuál era la obligación del CONTRATISTA con relación al ofrecimiento del personal de vigilancia, a partir de la presentación de la oferta en el marco de la LCE y el RLCE.
63. En primer lugar, es preciso indicar que de acuerdo con lo señalado en el numeral 40.1 del artículo 40 de la LCE, es responsabilidad del contratista ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato.
64. Al respecto, el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento establece que *"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes."* (El subrayado es agregado).

65. Como se aprecia, la oferta del contratista es parte integrante del contrato y, como tal, constituye una fuente de obligaciones para las partes.
66. En esa medida, considerando que constituye una obligación del contratista respetar los términos de su oferta, el personal profesional ofertado debe ser, en principio, el mismo que ejecutará el contrato, ya que deben cumplirse con las calificaciones profesionales ofertadas.
67. No obstante, puede darse el caso que por diferentes circunstancias (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo) el contratista puede encontrarse imposibilitado de prestar sus servicios con el mismo personal propuesto durante el procedimiento de selección. Así, resulta razonable –y en determinados casos hasta necesario– que exista la posibilidad de reemplazar al personal propuesto originalmente, con la finalidad de continuar con la ejecución del contrato.
68. Sobre el particular, se debe tener en consideración que de acuerdo con el criterio establecido en la Opinión N° 139-2016/DTN y Opinión N 252-2017/DTN, entre otras varias, el reemplazo del personal propuesto **sólo procede cuando la Entidad verifique¹ que el sustituto posee iguales o superiores características a las del personal que requiere ser reemplazado.** En esa medida, debe tenerse en consideración que el cumplimiento de esta condición permite a las Entidades asegurar que las prestaciones a su favor se ejecuten con un personal con las calidades técnico-profesionales acordadas –respetándose, así, la calidad de la oferta– y a los contratistas les permite reemplazar a su personal sin el riesgo que se resuelva el contrato por no cumplir con las obligaciones contenidas en la oferta.
69. Conforme con lo expuesto, de darse el caso que se decidiera reemplazar al personal ofertado durante la ejecución del servicio, se deberá cumplir con los supuestos ya determinados: **(i) que el personal de reemplazo reúna las características previstas en las bases para el profesional que requiere ser reemplazado o, en su defecto, los supere, y (ii) se cuente con la autorización previa de la Entidad.**
70. En este punto, es preciso señalar que, para verificar que el reemplazante cumple con las mismas características técnico - profesionales requeridas, la Entidad debe remitirse a los términos de referencia (perfil mínimo solicitado) y a los

¹ En este punto, es importante precisar que **el reemplazo del personal debe ser previamente comunicado por el contratista a la Entidad para la conformidad y/o autorización respectiva,** ya que esta última (en virtud a la obligación establecida en el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley) está obligada a verificar que el sustituto que designe el contratista cumpla con, por lo menos, las mismas capacidades a las del profesional que requiere ser reemplazado.

requisitos de calificación en el caso del personal clave; es decir, la Entidad no debe considerar características técnico-profesionales que no fueron establecidas como requerimientos técnicos mínimos, tales como títulos profesionales o títulos académicos o experiencia que no se exigió en las Bases.

71. En conclusión, el CONTRATISTA se encontraba en la obligación de ejecutar el servicio con el personal ofertado en el procedimiento de selección, pudiendo efectuar el reemplazo de uno o más de ellos, siempre y cuando el reemplazo propuesto reúna iguales o superiores características a las previstas en las bases para el personal a ser reemplazado, debiendo para ello contar con la autorización previa por parte de la Entidad.
72. Definida la obligación del CONTRATISTA con relación al personal ofrecido, procedemos a analizar lo controvertido, es decir, calificar el incumplimiento contactual como injustificado o no. Así, de la revisión de la Carta N 046-2017-2017-MINAM/SG/OGA/LOG, de fecha 03 de marzo de 2017, y Carta N 054-2017-MINAM/SG/OGA/LOG de fecha 13 de marzo de 2017, advertimos que la Entidad, en respuesta a la solicitud de cambio de personal por renuncia del inicialmente ofrecido, no expresó negativa ni oposición; por el contrario, admite la solicitud en este extremo. Sin embargo, lo que sí desestimó es que el personal reemplazante no cumpla con las especificaciones técnicas exigidas en las Bases; las que sí fueron cumplidas por el personal reemplazado.
73. En ese sentido, en atención al argumento del CONTRATISTA de considerar que la renuncia de los agentes de vigilancia constituye un hecho fortuito que lo libera de la responsabilidad de ofrecer en su reemplazo personal que no cuenta con las exigencias legales y contractuales para ejercer el servicio de vigilancia, resulta propicio tomar en consideración los conceptos de “*caso fortuito o fuerza mayor*” que contempla el artículo 1315 del Código Civil (de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento), el cual establece que “*Caso fortuito o fuerza mayor es la **causa no imputable**, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*” (El subrayado es agregado).
74. Al respecto, es necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*² se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

²Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo extraordinario es aquello “**1. adj.** *Fuera del orden o regla natural o común.*”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>

75. Asimismo, un hecho o evento es *imprevisible*³ cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.
76. Por su parte, el que un hecho o evento sea *irresistible*⁴ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.
77. De esta manera, se advierte que la configuración de un “*caso fortuito o fuerza mayor*” exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo.
78. Entonces, determinada la obligación del CONTRATISTA con relación al personal reemplazado y reemplazante, podemos concluir que si bien el reemplazo a partir de la renuncia del personal ofrecido ha sido aceptado por la ENTIDAD como un hecho fortuito, con el efecto de justificar el reemplazo para cumplir el objeto del contrato, lo cierto es que el CONTRATISTA y la ENTIDAD, por mandato expreso del artículo 10 y 40 de la LCE y 116 del RLCE, estaban obligados a efectuar y supervisar, respectivamente, el reemplazo, siempre y cuando el reemplazo propuesto reúna iguales o superiores características a las previstas en las bases para el personal a ser reemplazado, debiendo para ello contar con la autorización previa por parte de la Entidad.
79. Siendo así, el hecho calificado como fortuito por las partes que justificó el reemplazo de personal, solo circunscribe sus efectos a la renuncia, liberando al contratista de su obligación de respetar los términos de su oferta en ese extremo, pero en ningún caso puede utilizarse como argumento para habilitar al CONTRATISTA a presentar y a la ENTIDAD a autorizar, el reemplazo de personal cuando el reemplazante no reúna iguales o superiores características que el personal reemplazado. En caso se decida lo contrario, se vulnerarían los principios de Transparencia, Imparcialidad, Eficiencia, Libre Competencia y Trato Justo e Igualitario, al permitirle al postor ganador de la buena pro modificar su oferta en perjuicio de los demás postores y de la contratación, en general.
80. En ese sentido, la Entidad en el marco de la LEC y el RLCE, no podía autorizar el reemplazo del personal cuando el reemplazante no reunía iguales o

³De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo imprevisible es aquello “1. *adj.* Que no se puede prever.” Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>

⁴De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo irresistible es aquello “1. *adj.* Que no se puede resistir.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>

superiores características que el personal reemplazado, debiendo considerar aquellas características en razón de las cuales se asignó puntaje en la evaluación de la oferta, encontrándose en la potestad de resolver el contrato por el incumplimiento del contratista, según lo previsto en el artículo 36 de la LCE y 135.1 del RLCE.

81. En consecuencia, siendo éste un caso en el que el reemplazo propuesto por el contratista no cumplía con los términos de referencia o con los requisitos de calificación en el caso del personal ofertado, concluimos que la Entidad, obró correctamente al calificar el incumplimiento como injustificado; concurriendo la causal para resolver el CONTRATO, prevista en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley y en el numeral 135.1 del artículo 135 del Reglamento.

El procedimiento de resolución contractual aplicado por la ENTIDAD.

82. La resolución contractual efectuada por la ENTIDAD se amparó en el numeral 1 del artículo 135 del RLCE, el cual faculta a resolver ante el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido para ello. Entonces, el requisito esencial para resolver un contrato es que exista un incumplimiento injustificado de obligaciones.
83. En este caso, el Árbitro Único ha verificado que sí existió un incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del CONTRATISTA. Así pues, se cumplió con el requisito fundamental para realizar la resolución contractual. Por tanto, la ENTIDAD sí estaba facultada a aplicar el procedimiento de resolución contractual establecido en el artículo 136 del RLCE y sí tenía derecho a resolver el contrato.
84. Queda, ahora, verificar si la ENTIDAD siguió el procedimiento de resolución de contrato, a la luz de lo previsto en el artículo 136 del RLCE.
85. El artículo 136 del RLCE, establece lo siguiente:

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato de forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la desición de resolver el contrato, El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento del contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.”

86. En ese marco normativo, está acreditado que la ENTIDAD con carta notarial N 56355 notificada el 14 de marzo de 2017, atribuyó al CONTRATISTA el incumplimiento de obligaciones relacionadas con el perfil del personal de seguridad propuesto como reemplazo, para que en el plazo máximo de 05 días lo subsane, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO.
87. Mediante Carta notarial N 94230 de fecha 03 de julio de 2017 y posterior carta notarial N 94281 de fecha 04 de julio de 2017, la ENTIDAD notificó la resolución del contrato N 004 – 2017 – MINAM – OGA, acusando que el incumplimiento contractual atribuido al CONTRATISTA no había sido superado a pesar de haber sido requerido para ello, a través de carta notarial N 56355 notificada el 14 de marzo de 2017.
88. Sobre el particular, el CONTRATISTA ha sostenido que las prestaciones parciales correspondientes al mes de marzo y abril de 2017, han obtenido la conformidad e inclusive han sido canceladas; por su lado, la ENTIDAD sostiene que si bien las prestaciones de marzo y abril de 2017 contaron con la conformidad, lo cierto es que se aplicó la penalidad respectiva.
89. Siendo así, considerando la declaración coincidente de las partes y lo consignado en el Informe N 162-2017-MINAM/SG/OGA/OA/BVBA de fecha 26 de mayo de 2017, elaborado por el especialista responsable de Logística de la ENTIDAD, en el que se registra que mediante Informe N 029-2017-

MINAM/SG/OGA/OA/SSGG de fecha 17 de mayo de 2017, el encargado de Servicios Generales otorgó la conformidad del servicio por el mes de marzo de 2017 y que posteriormente, con fecha 19 de mayo de 2017, se entregó la conformidad por los servicios prestados en el mes de abril, el Arbitro Único considera necesario, para el análisis de verificar si la ENTIDAD ha seguido el procedimiento de resolución de contrato, valorar las implicancias legales de que la ENTIDAD haya otorgado la conformidad e incluso cancelado prestaciones que anteriormente reclamó como incumplidas injustificadamente en el escrito de apercibimiento de resolver el contrato y que, posteriormente, justificaron la referida resolución contractual.

90. Al respecto, en la cláusula novena del CONTRATO se estableció que:

“CLAUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACION DEL SERVICIO.

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por el responsable de Logística, previo informe de conformidad del encargado de Servicios Generales.

De existir observaciones, EL MINAM debe comunicar las mismas a EL CONTRATISTA indicando claramente el sentido de estas, otorgándose un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, EL MINAM puede resolver el contrato sin perjuicio de aplicar las penalidades que corresponda, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso EL MINAM no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

91. Por otro lado, el numeral 12 y 13 de los términos de referencia de las Bases, se establece que:

12. CONFORMIDAD DE SERVICIO.

La conformidad de servicios se regula por lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y estará a cargo del Sistema de

Logística previo Informe de Conformidad del encargado de Servicios Generales.

De existir observaciones, se consignarán en el acta repectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función de la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato sin perjuicio de aplicar las penalidades que corresponda, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

13. FORMA DE PAGO.

El MINISTERIO efectuará el pago mensualmente, por mes vencido y dentro de los diez (10) diez días hábiles siguientes de presentada la factura, previa conformidad de la prestación de los servicios por parte del representante de Servicios Generales y del Responsable de Sistemas de Logística.

(...)”.

92. Por su lado, el artículo 143 del RLCE, establece:

Artículo 143.- Recepción y conformidad.

143.1 La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

143.2. La conformidad requiere de informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicios, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

143.2. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consutorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de venite (10) días.

143.4. De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlás al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) días un mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorias y de contratos bajo la modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

(...)"

93. En ese contexto contractual y legal, encontramos que ante el incumplimiento injustificado que le atribuía al contratista en el escrito de apercibimiento de resolver el CONTRATO, la ENTIDAD podía no otorgar la conformidad de las prestaciones parciales efectuadas por el contratista, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 143.4 del RLCE. Y, en caso el CONTRATISTA no hubiera cumplido con subsanar las observaciones a las prestaciones parciales formuladas por la Entidad dentro del plazo otorgado por esta o que estas prestaciones manifiestamente no hubieran cumplido con las características y condiciones contratadas, la ENTIDAD podía resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondían.

94. Sin embargo, en contrario a lo descrito en el numeral 143.4 del artículo 143 del RLCE, la ENTIDAD sí otorgó la conformidad de las prestaciones periódicas ejecutadas en los meses de marzo y abril de 2017, y si bien refiere haber aplicado la penalidad en el marco de lo previsto en el CONTRATO, lo cierto es que el haber otorgado la conformidad, constituye el acto por el cual el órgano de administración o en su caso, el órgano establecido en las Bases -como puede ser el área usuaria, el área técnica u otro-, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad, otorgó la aprobación total a la ejecución de la prestación materia del contrato realizada por el contratista en los meses de marzo y abril de 2017.

Árbitro Único

Leonardo Chang Valderas

95. Así, constituye un contrasentido que la ENTIDAD mediante la carta notarial N 56355 haya apercibido el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales del CONTRATISTA por el periodo transcurrido entre el 01 al 13 de marzo de 2017 y, posteriormente, en mayo del mismo año, haya otorgado, no solo la conformidad por los servicios prestados en marzo de 2017, sino también los ejecutados en abril de 2017 e inclusive los haya pagado.
96. En consecuencia, el efecto legal y contractual de otorgar la conformidad a los periodos ejecutados en marzo y abril de 2017, inhabilita a la ENTIDAD a acusar el incumplimiento injustificado de prestaciones a cargo del CONTRATISTA, por el mismo periodo. Y, de haber incurrido el CONTRATISTA en incumplimientos contractuales posteriores a la conformidad referida, como en los hechos ocurrió, la ENTIDAD quedó habilitada para efectuar el apercibimiento de resolver el contrato, siguiendo el procedimiento del artículo 136 del RLCE.
97. Sin embargo, de la revisión del expediente arbitral no se advierte que la ENTIDAD haya efectuado con posterioridad a la carta N 56355, por la ejecución de prestaciones en periodos posteriores a abril de 2017, el apercibimiento con las formalidades establecidas en el artículo 136 del RLCE.
98. Siendo así, se concluye que la ENTIDAD no siguió el procedimiento de resolución de contrato previsto en el artículo 136 del RLCE, pues con posterioridad a la conformidad otorgada a los periodos de marzo y abril de 2017, no efectuó ningún apercibimiento por conducto notarial a su contraparte, atribuyéndole el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales; que le haya permitido, resolver el contrato con posterioridad.
99. En ese sentido, el Árbitro único considera que la resolución contractual practicada por la ENTIDAD, mediante carta notarial N° 56355 de fecha 13 de marzo 2017, es injustificada por no existir incumplimiento injustificado que haya sido requerido de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 135 y artículo 136° del RLCE. Al ser una resolución contractual inválida, el Árbitro Único concluye que debe declararse la nulidad de la misma.
100. Por todo lo expuesto, el Árbitro Único declara fundada la primera pretensión principal de la demanda.
101. Sin perjuicio de lo indicado, corresponde señalar que la acusada invalidez de la notificación de las cartas notariales que comunicaban la resolución de contrato, resulta relevada o superada con la declaración del CONTRATISTA en el sentido de referir que conoció de los hechos el 07 de julio de 2017. Así,

no existe evidencia que la notificación en las circunstancias descritas hayan causado indefensión al CONTRATISTA, más aun si ha tenido acceso a la documentación relativa a la resolución del contrato y sobre su análisis ha fundamentado la contradicción.

Segunda Pretensión Principal.

Determinar si corresponde o no se devuelva al contratista la suma equivalente a la garantía de fiel cumplimiento que la Entidad mantiene retenida y que fuese detraída de sus ingresos mensuales por tener la condición de empresa inscrita en el REMYPE.

Cuarta Pretensión Principal. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague al contratista como consecuencia de la indebida resolución del contractual una indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante por la suma de S/. 348 083.99 soles que equivale a las utilidades dejadas de percibir en el plazo restante de ejecución.

102. Ahora bien, ya se ha determinado que la resolución contractual operada por la ENTIDAD resulta ineficaz para las partes. Los efectos de esta decisión implicarían que el contrato se mantiene vigente y sus prestaciones, de ambas partes, exigibles. No obstante, dado el tiempo transcurrido desde que el CONTRATISTA dejó de prestar servicio (julio 2017) es posible deducir que la ENTIDAD procedió con la contratación de otra empresa para mantener el servicio de seguridad y vigilancia.
103. El Principio de Eficiencia recogido en el literal f) del artículo 2 de la LCE, establece que las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos públicos y humanos, precisando que las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
104. Tomando como base esta disposición resulta conveniente que las partes reconozcan los hechos actuales y adopten una decisión analizando si retomar la relación contractual resulta más eficiente, económico y menos controvertido que los efectos de la ruptura del contrato; pero, mientras tanto, por efecto de lo resuelto en el punto controvertido anterior, el CONTRATO aun vincula a las partes.
105. En ese contexto, corresponde remitirnos al artículo 126 del RLCE que dice: "Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía del fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación

a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras (...)". (El subrayado es nuestro).

106. Siendo así, a la luz de lo previsto en el artículo 126 del RLCE, concluimos que existe el impedimento legal de disponer la devolución de la garantía de fiel cumplimiento ofrecida como motivo de perfeccionar el contrato, pues, el instrumento garantista deberá mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista o hasta que concurra alguno de los supuestos de ejecución previstos en el artículo 131 del REGLAMENTO o hasta que quede extinto el CONTRATO sin responsabilidad⁵ de las partes, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 135 del REGLAMENTO. Y, por lo analizado, ninguna de esas condiciones ha ocurrido.
107. Por ese mismo sentido, a raíz de la vigencia del contrato y el restablecimiento de la relación jurídica en que se encontrarían las partes si la ENTIDAD no hubiese resuelto indebidamente el contrato, corresponde rechazar la pretensión referida al pago de una indemnización por lucro cesante en la medida que el legítimo enriquecimiento por las probables utilidades del CONTRATISTA, no se ha frustrado. Insistimos, la estrategia legal del CONTRATISTA ha concluido en que se retome la vigencia del contrato, por lo que mal haríamos en discutir la frustración del mismo para efectos de cuantificar el reclamado lucro cesante.
108. Cabe precisar que el Árbitro Único es competente para pronunciarse sobre las causales y procedimientos utilizados por las partes para resolver el contrato; confirmando o dejando sin efecto una resolución que ha sido operada por una de las partes, sin embargo, debe dejarse en claro que no es el competente para sustituirse como parte para resolver directamente un contrato a petición de una de las partes o porque de los hechos corresponda, argumentando el incumplimiento de la otra parte o cualquier otro tipo de circunstancias. Así, en contrario a lo deducido por el CONTRATISTA al reclamar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento o el pago de una indemnización por lucro cesante (utilidad no percibida), no existe posibilidad, frente a lo decidido en el anterior punto controvertido que el Árbitro Único considere que el CONTRATO ha quedado resuelto y que por su efecto corresponda el pago del lucro cesante; sobre todo si, el CONTRATISTA, no ha accionado la extinción del mismo.
109. Por lo expuesto, corresponde desestimar la segunda y cuarta pretensión.

Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que las penalidades aplicadas al contratista sean reevaluadas revisando su procedencia y además de ser el caso sean recalculadas de acuerdo a los parámetros establecidos a este fin restituyéndose las sumas indebidamente descontadas.

⁵ Nuevamente se le solicita a las partes analizar lo consignado en el numeral 83 al 86 del Laudo.

108. Al respecto, en la cláusula duodécima del contrato se establece lo siguiente:

CLAUSULA DUODECIMA. PENALIDADES.

(...)

OTRAS PENALIDADES.

INCUMPLIMIENTO	PENALIDAD
No portar carnet de identificación del servicio de vigilancia (SUCAMC) o portar con carnet de identificación vencido.	S/. 200 y retiro del agente inmediatamente.
No portar licencia para uso de arma o contar con licencia para uso de arma vencido. Por tener licencia de arma que no corresponde al arma que porta el agente.	S/. 300 y retiro del agente inmediatamente.
Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.	S/. 300 y retiro del agente inmediatamente.
No brindar descanso al personal mediante el agente volante.	S/. 200 al detectar la situación y comunicación al Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo.
Que un agente cubra dos (02) turnos continuos.	S/. 80. 00 por hora o fracción hasta un máximo de dos horas. Si se superan las dos horas a la penalidad se sumará el monto de s/. 50.00 por cada hora o fracción adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia (es decir s/. 130.00 por hora adicional).
Cubrir a un agente con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los términos de referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado.	S/. 400 y retiro del agente inmediatamente.
Puestos de vigilancia no cubiertos.	S/. 100 por hora o fracción hasta un máximo de 02 horas. Si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de S/. 70.00 por

	<i>cada hora o fracción adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia (es decir S/. 170.00 por cada hora adicional.</i>
--	---

Para estas y otras penalidades, se levantará un ACTA donde se detalle la ocurrencia – penalidad, ésta será firmada por el Responsable de Servicios Generales del MINAM y el Supervisor de Seguridad de la EMPRESA, destacado en el MINAM, en representación de la Empresa. Asimismo, una vez levantada el acta se informará al Sistema de Logística para que procedan con los descuentos respectivos.

En casos el Supervisor de Seguridad de la EMPRESA, destacado en el MINAM, se niegue a firmar el (las) Actas (5) se procederá a notificar a la empresa, dentro del siguiente día hábil, por cualquiera de los siguientes medios:

- Correo electrónico.*
- Carta simple.*

Adjuntando copia del Acta, con el detalle de la penalidad para la suscripción o validación correspondiente.

La empresa deberá remitir el ACTA suscrita o validada, en un plazo máximo de un (01) día hábil, mediante Carta dirigida al SISTEMA DE LOGISTICA DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

En caso que la empresa no suscriba o valide el ACTA trasladada dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, el MINAM dará por aceptado el contenido del mismo, procediendo a aplicar las penalidades correspondientes.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resutante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, el MINAM puede resolver el contrato por incumplimiento.

110. Definido el marco contractual sobre el que versará el análisis del punto controvertido, en primer orden, corresponde señalar que los argumentos del contratista para cuestionar la determinación y aplicación de las "otras penalidades" se basan, fundamentalmente, en dos extremos: i) la transgresión del procedimiento de acreditación del hecho para justificar la imposición de "otras penalidades"; y, ii) la exorbitante cuantía se ha determinado en forma arbitraria pues deriva de la inspección del servicio por dos ocasiones al día y por cada vigilante de cada turno, durante los meses de marzo a julio de 2017, aplicándose penalidades por dos ocasiones diarias.
111. Por lo tanto, identificado el argumento medular del CONTRATISTA para cuestionar la determinación y cuantificación de las "otras penalidades" aplicadas, pasamos a analizar cada extremo alegado.
112. Sobre el acápite i) del numeral 110 del presente, debemos señalar que al resolver el primer punto controvertido, se ha determinado que los agentes de vigilancia presentados al inicio del servicio son distintos de aquellos que fueron registrados y calificados con la oferta y, además que los agentes reemplazantes no cuentan con los documentos emitidos por la SUCAMED que los habilite para ejecutar el servicio y cumplir con los requerimientos técnicos mínimos exigidos en las Bases. Así, el haber concluido, antes, que los incumplimientos contractuales atribuidos al CONTRATISTA sí ocurrieron, hace infructuoso, ahora, atender la discusión relativa al procedimiento que tenga como propósito postular o pretender lo contrario, sobre todo si el procedimiento cuestionado por el CONTRATISTA para identificar y acreditar la ocurrencia de la penalidad, no releva una verdad material que ha sido comprobada.
113. Siendo así, el argumento que utiliza el CONTRATISTA sobre la existencia de un procedimiento viciado para desvirtuar el hecho penalizable, no constituye prueba que se contraponga con suficiente valor probatorio a la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable. Entonces, no es razonable considerar, como alega el CONTRATISTA que porque las Actas que registran los hechos penalizables fueron remitidas fuera del plazo al CONTRATISTA, el procedimiento administrativo pueda superar u oponerse probatoriamente, a tal punto de revertir la realidad de los hechos. Además, el contenido de un procedimiento se cuestiona con pruebas que indiquen que no es exacto su contenido, pero no con alegaciones respecto de procedimientos de carácter administrativo.

114. Con relación al acápite ii) del numeral 110 del presente, señalamos que la fiscalización dispuesta por la ENTIDAD en el turno de día (12 horas) y turno de noche (12 horas) y no en función del día transcurrido (24 horas), guarda congruencia con la disposición contractual prevista en la cláusula segunda del contrato que dispone "(...) *Los vigilantes no podrán permanecer de servicio bajo ninguna circunstancia más tiempo del indicado (12 horas), debiendo ser relevados en su oportunidad (...)*".
115. En consecuencia, considerando que los incumplimientos contractuales identificados en la cláusula duodécima del CONTRATO, se acreditan con la verificación de las condiciones requeridas para cada agente vigilante, y que está previsto en las Bases que cada agente no podría permanecer en su puesto asignado más de 12 horas, sea en el turno diurno o nocturno, resulta acertado que la fiscalización se haya desplegado en los dos (02) turnos del día calendario. Y, si como consecuencia de la verificación de la prestación del servicio de seguridad y vigilancia, se detectase que el incumplimiento a penalizar ocurría en los turnos de un mismo día calendario, como en efecto ocurrió, la ENTIDAD estaba habilitada a aplicar las "otras penalidad" en cada turno.
116. Por lo expuesto, agotado el debate sobre los extremos cuestionados por el CONTRATISTA, corresponde desestimar la pretensión.

<p>Quinta pretensión principal. Determinar si corresponde o no el pago del íntegro de los honorarios y gastos arbitrales.</p>
--

117. En cuanto a la solicitud de reconocimiento de costas y costos, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, el árbitro se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
118. En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.
119. Por consiguiente, el Árbitro Único considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral y, en

Árbitro Único

Leonardo Chang Valderas

consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma el 50% de todas las costas y costos del presente proceso; quedando obligadas a devolver a su contraparte lo que ésta hubiese pagado por subrogación de aquella, de ser el caso.

120. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

Primero.- **DECLARAR FUNDADA** la pretensión de la demanda. Por tanto, corresponde se declare la NULIDAD de la resolución unilateral del contrato N 004-2017-MINAM-OGA.

Segundo.- **DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda. Por tanto, no corresponde se devuelva al contratista la suma equivalente a la garantía de fiel cumplimiento que la Entidad mantiene retenida y que fuese detraída de sus ingresos mensuales por tener la condición de empresa inscrita en el REMYPE.

Tercero.- **DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda. Por lo tanto, no corresponde que las penalidades aplicadas al contratista sean reevaluadas revisando su procedencia y además, de ser el caso, sean recalculadas de acuerdo a los parámetros establecidos a este fin, restituyéndose las sumas indebidamente descontadas.

Cuarto.- **DECLARAR INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda. Por lo tanto, no corresponde que la Entidad pague al contratista como consecuencia de la indebida resolución contractual, una indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de lucro cesante por la suma de S/. 348 083.99 soles, que equivale a las utilidades dejadas de percibir en el plazo restante de ejecución.

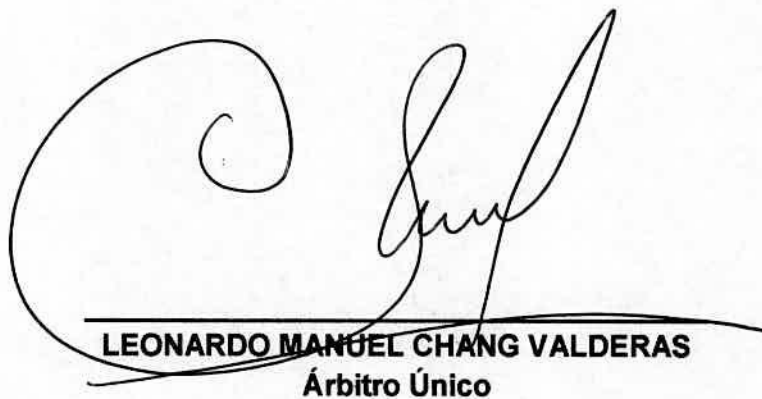
Quinto.- **FIJAR** los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/ 11 754.78 (Once Mil Setecientos Cincuenta y Cuatro y 78/100 Soles) netos y los servicios de la Secretaría Arbitral en la suma de S/ 8 645.73 (Ocho Mil Seiscientos Cuarenta y Cinco y 73/100 Soles) a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes.

Sexto.- **DISPONER** que las partes asuman los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en porcentajes que han cancelado.

Árbitro Único

Leonardo Chang Valderas

Sétimo.- **DISPONER** que el presente Laudo se publique en el SEACE del OSCE.



LEONARDO MANUEL CHANG VALDERAS
Árbitro Único

Patricia Dueñas Liendo

Secretaría Arbitral

Dirección de Arbitraje Administrativo - OSCE