

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**LAUDO ARBITRAL**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR TELEFONICA DEL PERÚ CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS DOCTORES CARLOS RUSKA MAGUIÑA, PRESIDENTE; ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN, ÁRBITRO; Y MARIO LINARES JARA, ÁRBITRO.**

Resolución N° 14

Lima, 3 de mayo del año 2013

**I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

El día 04 de octubre de 2011, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (en adelante, el DEMANDANTE o TELEFONICA) y el MINISTERIO DE DEFENSA (en adelante, el DEMANDADO o MINISTERIO) suscribieron el Contrato de adquisición de Switches de Comunicaciones para la red de datos del Ministerio de Defensa, en virtud a una Adjudicación Directa Pública.

En la Cláusula Décimo Sexta del mencionado contrato, se estableció que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del mismo, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serían resueltos de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje de derecho.

**II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE**

El día 02 de julio de 2012, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) y con la presencia de los representantes de ambas partes, se realizó la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Carlos Ruska Maguiña, (Presidente), Rolando Eyzaguirre Maccan y Mario Linares Jara (ambos, en calidad de árbitros).

Los miembros del Tribunal Arbitral declararon que habían sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario, fue suscrita en señal de conformidad.

**III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO**

Mediante escrito N° 01 "Demanda arbitral" ingresado el día 23 de julio de 2012, el DEMANDANTE presentó su demanda, en la que pretende lo siguiente:

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguñá  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**Primera Pretensión Principal:**

Que se declare que Telefónica, el 02 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, entregó los switches ofertados en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/VRD/DGGAD/DL.

**Segunda Pretensión principal:**

Que se deje sin efecto la resolución parcial del contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGAD/DL, dispuesta por EL DEMANDADO con Carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C7, notificada por conducto notarial el 30 de enero de 2012, por ser contraria a Derecho.

**Tercera pretensión principal:**

Que se declare que TELEFONICA ha cumplido con la totalidad de las prestaciones que correspondían, según contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGAD/DL, bajo la modalidad de "Llave en mano".

**Pretensión accesoria:**

Que se ordene al DEMANDADO el pago íntegro de los gastos arbitrales, los costos y costas del presente proceso arbitral, por los fundamentos expuestos en la presente demanda.

**3.1. ANTECEDENTES**

1. El 07 de setiembre de 2011, el DEMANDADO convocó la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/vrd/dggad/dl, para la adquisición de switches de comunicaciones para la red de datos del Ministerio, bajo la modalidad de "Llave en mano".
2. El 22 de setiembre de 2011, TELEFONICA presentó su propuesta, ofertando los equipos de la marca Hewlett Packard (HP).
3. En la misma fecha, se adjudicó la buena pro a TELEFONICA, por haber alcanzado el mayor puntaje total en la evaluación.
4. El 04 de octubre de 2011, EL DEMANDADO y TELEFÓNICA suscribieron el Contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGAD/DL.
5. Según el contrato, el plazo para la entrega de los equipos ofertados, instalación, configuración y puesta en marcha de los equipos, era de 49 días calendarios, siendo la fecha máxima para que se ejecuten la totalidad de prestaciones el 22 de noviembre de 2011.

The bottom of the page features three handwritten signatures in black ink. The first signature is on the left, the second is in the center, and the third is on the right. Below the signatures is a horizontal line, and under that line is the footer text.

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

3.2. HECHOS RELEVANTES DE LAS PRETENSIONES

1. El 02 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, TELEFÓNICA entregó al DEMANDADO los equipos objeto del contrato, incluyendo los tres (3) switches de 48 puertos, los mismos que fueron recibidos por la Oficina de Almacén.
2. El 08 de noviembre de 2011, cuando acudieron a las instalaciones del DEMANDADO, a fin de que se efectuara la verificación física de los equipos y sus características, la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadística, manifestó su disconformidad con la entrega debido a que tres (3) de los equipos entregados tenían en el chasis una placa en la que figura como fabricante H3C y el modelo S580048G.
3. A fin de aclarar las dudas sobre la idoneidad de los equipos entregados, el 09 de noviembre de 2011, TELEFONICA remitió al DEMANDADO la Carta TDA-GPV-84023000-C-780-2011, en la que explicaba que los switches que entregaron con la Guía de Remisión N° 4348-0037547 correspondían y guardaban absoluta equivalencia con los switches ofertados por TELEFONICA en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/VRD/DGGAD/DL(modelo HP-A5800 -P/N JC105A).
4. El 15 de noviembre de 2011, mediante correo electrónico, se requirió al DEMANDADO la información necesaria para proceder a la instalación de los equipos, además solicitaron que confirme la disponibilidad del personal designado para recibir la capacitación a efecto de coordinar el arribo del instructor.
5. En virtud de las coordinaciones realizadas con EL DEMANDADO, respecto a la capacitación que debía brindarse a favor de su personal en el uso de los equipos entregados, con fecha 22 de noviembre de 2011, remitieron la Carta TDA-GPV-84023000-C-0822-2011, en la que plantearon que la capacitación se brinde con un profesional extranjero debidamente acreditado por el fabricante HP, siendo que para lograr el arribo de dicho profesional al país se requería ampliar el plazo en 27 días, razón por la cual formularon su pedido de ampliación de plazo.
6. El 29 de noviembre de 2011, con Oficio N° 729-MINDEF/VRD/DL, EL DEMANDADO manifestaron su disconformidad con tres (3) de los equipos entregados con Guía de Remisión N° 4348-0037547.
7. Luego, el 05 de diciembre de 2011, remitieron al DEMANDADO la Carta TDA-GPV-84023000-C-0859-2011 proponiendo, como alternativa ante la disconformidad del área usuaria, la entrega de otros equipos de idénticas características a las ofertadas durante la Adjudicación Directa Pública N°007-2011MINDEF/VRD/DGGAD/DL y a los entregados con Guía de Remisión N°4348-0037547, que sí tienen en el chasis la referencia al logo HP A5800-48G, ya que esta empresa luego del procedimiento de adquisición de la empresa 3COM y sus divisiones H3C y Tipping Point, procedería a uniformar el chasis de todos los equipos a partir del mes de diciembre de 2011.

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguñña  
Rolando Eyzaguirre Maccari  
Mario Linares Jara

- 8. El 05 de diciembre de 2011, fueron notificados por carta notarial, mediante la cual EL DEMANDADO imputó el incumplimiento de las prestaciones y otorgó cinco (5) días para la entrega de los tres switches con el chasis que haga referencia al modelo HP A5800-48G, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 9. El 30 de enero de 2012, TELEFONIA fue notificada por conducto notarial, con la Carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C/, con la que EL DEMANDADO resolvió parcialmente el CONTRATO.

**4.1 FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN**

- 1. El 02 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, entregaron al DEMANDADO, entre otros equipos, tres (3) switches HP A5800-48G; sin embargo, dicha entrega fue rechazada por el área usuaria del DEMANDADO sólo porque tres (3) de los switches tenían en el chasis una inscripción que hacía referencia al modelo H3C S 5800-56C. El área usuaria jamás cuestionó ni expresó disconformidad alguna con las características técnicas y funciones de los switches.
- 2. Sobre la identidad de los equipos H3C S 5800-56C y HP A5800-48G, el DEMANDANTE presentó un Informe Técnico emitido por HP con fecha 05 de julio de 2012, en el que se acredita que los equipos H3C S 5800-56C poseen idénticas características y funciones que aquellos que tienen el logo HP A5800-48G.
- 3. TELEFÓNICA menciona que debe tenerse presente que el logo de los switches no tuvo ninguna incidencia en la adjudicación de la buena pro, pues lo que el Comité Especial verificó, es el cumplimiento de las características y funcionalidades de los equipos que aparecen descritas en los Términos de Referencia de las Bases del proceso, que fueron ofertadas por TELEFÓNICA.
- 4. Indica, además que el numeral 1.3 del Capítulo I de las Bases de la A.D.P. N° 007-2011-MINDEF/vrd/dggad/dl, dispone que el mencionado proceso de selección tiene por objeto "la contratación para la adquisición de switches de comunicaciones para la red de datos para el Ministerio de Defensa", siendo que en ningún extremo se hace referencia a marca o fabricante específico.
- 5. Tal como se puede apreciar de la Carta del 22 de noviembre de 2011, HP confirmó que fabrica el equipo HP A580-48G, con el logotipo de la marca H3C, modelo S580, razón por la cual figuran dichos datos en el chasis de los switches que TELEFÓNICA entregó al DEMANDADO el 02 de noviembre de 2011, por consiguiente no existe razón alguna para la negativa del DEMANDADO a otorgar conformidad a los bienes entregados y tener por cumplida la obligación.

**4.2 FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN**

- 1. El DEMANDANTE indica que para efecto de la resolución, la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO remite a las partes a las disposiciones contenidas en los

The bottom of the page features several handwritten signatures in black ink. On the left, there is a large, stylized signature. In the center, there is a signature that appears to be 'M'. On the right, there is another signature that looks like 'R'. There are also some faint, illegible markings and stamps scattered around these signatures.

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

artículos 167° y 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y, específicamente, dispone que la entidad, en este caso el MINISTERIO, debe sujetarse al procedimiento dispuesto en el artículo 169° del texto normativo antes indicado.

- 2. Por otro lado, arguye que TELEFÓNICA cumplió con entregar al demandado, el 02 de noviembre de 2011, la totalidad de switches ofertados, los mismos que son de la marca HP y tienen la garantía de dicho fabricante, por lo que no existe incumplimiento alguno que pudiera ser imputado, y por tanto, no procede la resolución del contrato.
- 3. EL DEMANDANTE indica que el MINISTERIO le imputó el incumplimiento de la entrega de switches HP A5800-48G y; sin embargo, resolvió el contrato por el supuesto incumplimiento de otras actividades adicionales, situación que supone la transgresión al debido procedimiento, descrito en el artículo 169° del Reglamento, y afectó su derecho de defensa, toda vez que no fueron notificados previamente respecto de otros supuestos incumplimientos, con lo cual se les negó la posibilidad de pronunciarse respecto de ellos o, en caso hubiera correspondido, proceder con su subsanación.
- 4. Por último, indica que la falta de precisión sobre cuál es la parte del contrato que queda resuelta, también supone la inobservancia al debido procedimiento, descrito en el artículo 169° del Reglamento, que acarrea la invalidez del acto por el cual se resuelve el contrato, de conformidad con el artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

**4.3 FUNDAMENTOS DE LA TERCERA PRETENSIÓN**

- 1. EL DEMANDANTE indica que, después de resolver el contrato, el DEMANDADO les dio acceso a sus instalaciones y permitió que instalara los switches entregados e implemente el software de administración y gestión. Lo cual da cuenta de que el MINISTERIO tiene conocimiento y acepta que su negativa a dar conformidad a los switches entregados el 02 de noviembre de 2011 afectando la normal ejecución de las prestaciones a su cargo.
- 2. Asimismo, menciona que la ejecución del resto de prestaciones de cargo de TELEFÓNICA, consistentes en: la implementación del software de administración y gestión, la integración de los equipos al sistema 3Com (preexistente) y la capacitación respectiva, se realizó después de vencido el plazo pactado originalmente, por un hecho que no resulta atribuible, que fue la negativa del DEMANDADO a otorgar la conformidad a los switches entregados el 02 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión No 4348-0037547.

**4.4 FUNDAMENTO DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA**

- 1. El DEMANDANTE menciona que la Cláusula Décimo Sexta del contrato no contiene ninguna disposición sobre la parte que debe asumir los gastos del presente

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

arbitraje, solicitando al Tribunal Arbitral que ordene al DEMANDADO responder por el pago de los mismos, en virtud al artículo 73° de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

**IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA**

Con fecha 05 de setiembre de 2012 y, mediante escrito "Apersonamiento y Contesto demanda", ingresado en término oportuno, MINISTERIO DE DEFENSA contestó la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos.

**4.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

**4.1.1 Antecedentes**

1. El Comité Especial Ad Hoc del Ministerio de Defensa adjudicó la Buena Pro de la Adjudicación Directa Pública N° 0007-201-MINDEF/VRD/DGGAD/DL a "LA DEMANDANTE", para la adquisición de switches de comunicaciones para la red de datos de la sede central del MINDEF.
2. Con fecha 04 de Octubre de 2011, el MINDEF suscribió con TELEFONICA, el Contrato N° 048-2011 MINDEF-VRD/DGGAD/DL, por el monto contractual de S/. 319,989.45 Nuevos Soles.
3. El plazo de ejecución de la entrega del bien, instalación, configuración y puesta en marcha de los equipos será de 49 días calendario contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, cuya fecha máxima de término será el día 22 de noviembre del 2011.
4. Para proceder a la firma del CONTRATO resultaba necesaria la presentación de la "Propuesta Técnica presentada por TELEFÓNICA".
5. El DEMANDADO indica que en la Propuesta Técnica presentada por el DEMANDANTE, no existe ningún párrafo que exprese que los equipos de la marca Hewlett Packard con sus respectivos modelos y números ofrecidos, podrán ser remplazados por equipos distintos o equivalentes a los propuestos.
6. Con el Oficio N° 758-2011/VRD/C/01 (07.12.2011) la Dirección de Logística solicita opinión técnica sobre la viabilidad de la propuesta de "LA DEMANDANTE", contenida en la Carta TDA-GPV-84023000-C-0859-2011 (06.1 2.2011), donde ofrecen compensaciones a cambio de ampliar el plazo del contrato en noventa (90) días, para la entrega de los switches materia del proceso y los servicios asociados.
7. Con el Oficio N° 548-2011/SG/B/03 (07.12.2011), la OGTIE opina favorablemente en tanto se cumpla con todo lo ofrecido por la Empresa Telefónica del Perú y el fabricante de los equipos Hewlett Packard.

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

- 8. Mediante el Oficio N° 729-2011-MINDEF-VRD/DL, de fecha 29 de Noviembre de 2011, se le comunicó a TELEFÓNICA, que cumpla con hacer entrega de los bienes ofertados sin variar su cantidad, calidad, precio ni especificación alguna; también se le denegó la solicitud de mejora y ampliación de plazo en virtud a que no resultaban de aplicación lo estipulado en los artículo 143 y 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 9. Con fecha 05 de Diciembre de 2011, la Dirección de Logística envió una Carta Notarial a TELEFÓNICA, otorgándole 05 días calendarios para el cumplimiento del CONTRATO, bajo apercibimiento de efectuar la resolución del mismo, esto en virtud de haber culminado el plazo para el cumplimiento de la prestación con fecha 22 de noviembre de 2011.
- 10. En tal sentido, ante el cumplimiento parcial por parte de la DEMANDANTE del CONTRATO, la Dirección de Logística le remite la Carta Notarial N° 003-2012-MINDEF/VRD/C/01, en la cual le indica que en atención a los dispuesto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Artículo 40 de la Ley de Contrataciones se procede a efectuar la resolución parcial del CONTRATO por incumplimiento injustificado.
- 11. Después del vencimiento el plazo de ejecución del CONTRATO, TELEFONICA mediante Carta TDA-CPV-840023000-C-0822-2011, de fecha 23 de Noviembre de 2011, plantea una mejora en el servicio que involucra la capacitación del personal, solicitando para ejecutar dicha mejora 27 días adicionales al plazo original pactado para la entrega (puesta en funcionamiento) del equipo.
- 12. Mediante el Oficio N° 729-2011-MINDEF-VRD/DL, de fecha 29 de Noviembre de 2011, se le comunicó a la DEMANDANTE, que cumpla con hacer entrega de los bienes ofertados sin variar su cantidad, calidad, precio ni especificación alguna; y, también se denegó la solicitud de mejora y ampliación de plazo, en virtud a que no resultaban de aplicación lo estipulado en los artículos 143 y 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**4.2.2 Fundamentos de la contestación de demanda**

- 1. El DEMANDADO argumenta que las garantías de fábrica ofrecidas por TELEFONICA, resultarían inejecutables si es que se otorgase conformidad respecto de "Equipos Switch de Comunicaciones de 48 puertos" distintos a los de la marca Hewlett Packard, modelo HP A 5800-48G.
- 2. De la misma manera, el DEMANDANTE indica que del total de bienes entregados, TELEFONICA, ha cumplido con el setenta y cinco por ciento (75%) de lo establecido en el contrato.
- 3. Asimismo, respecto a los servicios asociados al objeto de la convocatoria, como son los característicos de la modalidad "llave en mano": la "implementación del

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguina  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

software de administración" y la "capacitación", no se han cumplido; es decir, tuvieron un avance del cero por ciento ("0%").

- 4. Por otro lado, indica que la empresa DEMANDANTE continuó realizando los trabajos a fin de dar continuidad a los servicios de comunicación de datos del MINDEF, culminando el 27 de abril de 2012, teniendo que haber culminado el servicio materia del contrato como fecha máxima el 22 de noviembre de 2011; es decir, más de cinco (05) meses después.
- 5. Finalmente manifiesta que nunca fueron entregados los equipos ofertados por parte del DEMANDANTE, lo que se entregó y fue rechazado por el área usuaria fueron equipos con una placa que en el chasis que decía: "fabricante H3C", que si bien podrían guardar correspondencia e incluso equivalencia NO ERAN LOS QUE SE OFERTARON; ES DECIR, SE TRATABA DE EQUIPOS DISTINTOS A LOS QUE FUERON OBJETO DEL CONTRATO.

**V. DEL PROCESO ARBITRAL**

**6.1 De la Audiencia de Conciliación**

- El día 30 de octubre de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- En dicha diligencia La DEMANDANTE indicó que haría llegar al DEMANDADO una propuesta de acuerdo conciliatorio, por lo que solicitó una suspensión de diligencia y del proceso hasta el martes 20 de noviembre de 2012.
- El 19 de noviembre de 2012 la DEMANDANTE presenta escrito N°5, en donde informa los avances de las reuniones para arribar a acuerdos que permitan la autocomposición de intereses.
- El 27 de noviembre del 2012 el DEMANDADO presenta escrito N° 5 en el cual pide se señale nueva fecha para continuación de audiencia.
- Con resolución N° 7 del 3 de diciembre del 2012 se corrió traslado de los escritos del DEMANDANTE y del DEMANDADO por el plazo de 5 días hábiles para que expresen lo conveniente a su derechos.
- Con resolución N° 8 del 17 de diciembre del 2012 se corre traslado del escrito N° 6 de la DEMANDANTE y del escrito N° 6 del DEMANDADO, asimismo se cita a las partes a la audiencia de conciliación el día 28 de diciembre del 2012.
- En dicha diligencia, el DEMANDANTE solicitó la incorporación de una pretensión al proceso, consistente en:

10

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

El supuesto negado que al momento de laudar, los árbitros determinarían que no se debió resolver el contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGGAD/DL, pero que sí se causó daños y perjuicios al MINISTERIO se disponga una compensación económica por la suma de S/. 180,877.25

- Finalmente, al no haberse podido arribar a una conciliación entre las partes, se procedió a continuar con la determinación de puntos controvertidos:

**DE TELEFÓNICA DEL PERÚ**

**Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que TELEFÓNICA con fecha 2 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, entregó los switches ofertados en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/vrd/dggad/dl, que originó el Contrato No. 048-2011-MINDEF-VDR-DGGAD/DL del 4 de octubre de 2011 (en adelante, CONTRATO).

**Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la resolución parcial del CONTRATO, dispuesta por el MINISTERIO con Carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C7, notificada notarialmente el 30 de enero de 2012.

**Tercer Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que TELEFONICA ha cumplido con la totalidad de las prestaciones que correspondían según el CONTRATO.

**DEL MINISTERIO:**

**Cuarto Punto Controvertido:**

El supuesto negado que al momento de laudar, los árbitros determinarían que no se debió resolver el contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGGAD/DL, pero que sí se causó daños y perjuicios al MINISTERIO se disponga una compensación económica por la suma de S/. 180,877.25

**Costos y costas del proceso**

Igualmente, el Tribunal Arbitral debería pronunciarse sobre los costos y costas del proceso.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 23 del acta de instalación:

**De la DEMANDANTE**

Se admiten los documentos ofrecidos en el acápite "IX. Medios Probatorios" del escrito N° 1 "Demanda arbitral" de fecha 23 de julio de 2012. <

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

Respecto a la Pericia técnica que elaborará un especialista en la materia, referida a la identidad entre los equipos que tienen el logo HP A580-48G y H3C- S580, TELEFÓNICA en este acto se desiste de este ofrecimiento.

Finalmente, sobre el Informe que acreditaría que las prestaciones de: i) elaboración e implementación del Software de Administración y Gestión de Datos, ii) la implementación de la totalidad de equipos con la solución de equipos 3Com, y, iii) La capacitación, están sujetas y condicionadas a que el MINISTERIO otorgue la conformidad a la entrega de la totalidad de switches, TELEFÓNICA en este acto se desiste de este ofrecimiento.

**Del MINISTERIO**

Se admiten a trámite los medios probatorios ofrecidos en el rubro "Como medios probatorios ofrecemos y presentamos" del escrito N° 1 "Apersonamiento y contesto demanda" de fecha 5 de septiembre de 2012 y, que se encuentran identificados como los números 2 al 20 y del 22 al 27.

Sobre los medios de prueba números 1 y 21, se deja constancia que estos fueron ingresados mediante escrito del 27 de septiembre de 2012. En este acto, el Tribunal Arbitral decide admitirlos a trámite.

**6.2 Del plazo para laudar**

- Con Resolución N° 12 expedida el 12 de febrero de 2013, el Tribunal Arbitral estableció que el expediente se encontraba listo para laudar y fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para expedir el laudo. Asimismo, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de ampliar este plazo en veinte (30) días adicionales.

**CONSIDERANDO:**

**I. CUESTIONES PRELIMINARES**

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral 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 TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A presentó su escrito de demanda; (iv) que MINISTERIO DE DEFENSA fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (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 Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

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.

II. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

II.1. Breves consideraciones respecto al CONTRATO celebrado.

1. Antes de entrar al análisis de las pretensiones de las partes, sobre la base de los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, corresponde hacer una breve referencia al CONTRATO celebrado entre éstas, el día 4 de octubre del año 2011, con un plazo de 49 días calendario, contados desde su suscripción, que venció el 22 de noviembre del año 2011, conforme a lo establecido en la cláusula quinta del documento que lo contiene.
2. En toda relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle<sup>1</sup> ha manifestado sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él"*.
3. Dentro de las obligaciones de las partes, se encuentra la de realizar los trabajos contratados o entregar los bienes acordados en los plazos establecidos, abonar de modo oportuno la contraprestación correspondiente, todo ello sin perjuicio de la ocurrencia, en el transcurso de su ejecución de hechos que motiven una alteración de las condiciones inicialmente pactadas, los que vienen a constituir supuestos que pueden dar motivo a la aprobación de deductivos, adicionales, resoluciones parciales o totales y, en general, brindar las condiciones necesarias para alcanzar el fin contractual deseado.
4. Por otro lado, la celebración de contratos presupone la existencia de un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, el equilibrio contractual puede, incluso, establecer prestaciones dispares entre sí, pero dicha disparidad tiene por objeto, precisamente, alcanzar el propósito de las partes. No obstante, para estos efectos, atendiendo que ésta implica la asunción de obligaciones dinerarias, se asumirá que el equilibrio que buscan las partes para cumplir con sus propósitos, de modo tal que la exigencia de una de las partes respecto de la otra, no puede devenir en excesiva,

<sup>1</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

desproporcionada y, menos aún, en elemento de frustración del objeto del propio contrato.

5. En relación con el CONTRATO, resulta importante precisar al respecto que, tratándose de un contrato celebrado sobre la base de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el CONTRATO está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, tal y como reza la cláusula sexta el documento que lo contiene, según se parecía de estos actuados arbitrales.
6. Para todo lo que no esté regulado en el CONTRATO, de conformidad con lo que establece el artículo 142° del Reglamento, se aplican las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y, en lo no previsto en dichos cuerpos de normas, resultarán de aplicación las normas de derecho público y, en ausencia de éstas, las de derecho privado.
7. Ahora bien, como se aprecia de la cláusula segunda del CONTRATO, el mismo que en copia obra en estos actuados arbitrales, al haber sido ofrecido como medio probatorio, tanto por TELEFONICA –anexo 1-E de su escrito de demanda-, como por el MINISTERIO –anexo 03 del escrito de contestación de demanda-, el objeto de éste lo constituía la Adquisición de Switches de Comunicaciones para la Red de Datos del MINISTERIO, ubicado en el Edificio Quiñones, donde se ubica el Cuartel General de la FAP, en el distrito de Jesús María, Lima.
8. Un aspecto importante a considerar para resolver el conflicto entre las partes, está relacionado con el sistema de contratación adoptado para la celebración del CONTRATO. Según es de verse de lo señalado en el numeral 1.7 de la Sección Específica, "Condiciones Especiales del Proceso de Selección", Capítulo 1, Generalidades, de las Bases Integradas para la contratación del servicio, que fueran ofrecidas como medio probatorio por TELEFONICA –anexo 1-C del escrito de demanda- que en copia obra en estos autos, como por lo señalado en la cláusula tercera del CONTRATO, éste se celebra bajo el sistema de contratación a "suma alzada". Resulta igualmente importante señalar que, la modalidad de ejecución contractual pactada entre las partes fue la de "Llave en mano". El Tribunal Arbitral entiende de manera concordante con la doctrina nacional y extranjera que, el sistema de contratación a "suma alzada" es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. Así lo expresa también el numeral 1° del artículo 40° del Reglamento. En este sistema de contratación, el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un plazo de ejecución determinado. Asimismo, la modalidad de ejecución contractual "Llave en mano" a que se refiere el numeral 1° del artículo 41° del Reglamento, implica en el CONTRATO celebrado que, TELEFONICA no sólo se obligó a la entrega de determinados bienes, sino a su

14

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

instalación y puesta en funcionamiento, lo que resulta concordante con lo expresado en punto "01 GENERALIDADES", de su oferta:

*"La finalidad de esta oferta es la de proveer, instalar y configurar equipos Switches de comunicación para la red de datos de la sede central del Ministerio de Defensa."*

9. Siendo esto así, cabe preguntarse entonces ¿quién es el responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obra a ejecutarse? El artículo 11° del Reglamento nos da la respuesta, al señalar que el "área usuaria" es la responsable de definirlo, en función a los requerimientos para el ejercicio de sus funciones. Debe notarse además que, el mencionado artículo establece en su segundo párrafo lo siguiente:

*"Artículo 11.- características técnicas de lo que se va a contratar*

*...*

*Para la descripción de los bienes y servicios a contratar no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico...."*

10. En ese orden de ideas, resulta meridianamente claro para este colegiado que, en el caso del CONTRATO celebrado, era el MINISTERIO y no TELEFONICA, quien tenía la responsabilidad de definir con claridad las magnitudes y calidades de las prestaciones a cargo de los postores, en concordancia con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no pudiendo liberarse de dicha obligación por ser inherente al sistema de contratación adoptado por la propia Entidad y en efecto, el Tribunal Arbitral considera que dicha parte cumplió con dicha obligación legal. Sin perjuicio de lo antes señalado, correspondía a TELEFONICA cumplir igualmente con ejecutar cada una de las prestaciones a las que se había comprometido voluntariamente y que formaron parte de su oferta, que resultó la ganadora y a la que el MINISTERIO adjudicó la "buena pro", a ello volveremos más adelante.

11. Atendiendo a este marco conceptual, el Tribunal analizará cada uno de los puntos controvertidos.

**II.2. Consideraciones respecto de los puntos controvertidos y pretensiones de las partes**

12. Concluida la apretada referencia al CONTRATO, en especial al sistema de contratación sobre la base del cual se celebró éste, así como el de la modalidad de ejecución contractual, corresponde que el Tribunal Arbitral efectúe el análisis de los puntos controvertidos, a fin de pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones planteadas por las partes en su demanda y reconvencción.

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

13. Así las cosas, el Tribunal Arbitral efectuará un análisis del primer punto controvertido que comprende a la primera pretensión principal contenida en el escrito de demanda presentado por TELEFONICA. Este análisis se efectuará, sobre la base de las posiciones y pruebas aportadas por las partes y considerando las normas de derecho aplicables al presente caso, a fin de determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que TELEFÓNICA con fecha 2 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, entregó los switches ofertados en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/vrd/dggad/dl, que originó el Contrato No. 048-2011-MINDEF-VDR-DGGAD/DL del 4 de octubre de 2011.
14. Sobre el particular, TELEFONICA sostiene que el día 2 de noviembre del año 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, que obra en estos actuados arbitrales y que fuera presentada como Anexo 1-F del escrito de demanda, entregó tres (3) switches de comunicación de 48 puertos, con las demás características contenidas en su oferta. Por su parte, el MINISTERIO manifiesta que si bien entregó los tres (3) switches, ellos no cumplían con las características descritas ofertadas por TELEFONICA, razón por las que los rechazó.
15. Como lo hemos señalado anteriormente, el Tribunal Arbitral considera que, bajo el sistema de contratación a "suma alzada", la responsabilidad de definir con claridad las magnitudes y calidades de las prestaciones a cargo de los postores, es de las entidades, en el presente caso del MINISTERIO, no pudiendo liberarse de dicha obligación por ser inherente al sistema de contratación elegido. Es así como el MINISTERIO, en cumplimiento de su responsabilidad de determinar los alcances de las prestaciones del CONTRATO a cargo del contratista, estableció en el numeral 1 "CALIDAD DE LOS BIENES A ADQUIRIR" de la Sección Específica, "Condiciones Especiales del Proceso de Selección", Capítulo III, Requerimientos Técnicos Mínimos, de las Bases Integradas para la contratación del servicio, que en copia obran en estos autos, lo siguiente:

"CAPÍTULO III

I. CALIDAD DE LOS BIENES A ADQUIRIR

- ...
- Los bienes a ofertar por los participantes deberán reunir condiciones de primera calidad, reconocido prestigio y modernidad tecnológica necesaria para cumplir con efectividad los fines para los cuales son requeridos. La calidad de los bienes a adquirir deberán cumplir los estándares de calidad exigidos por las marcas ofertadas.

CANTIDAD

N°	Cant	Unidad	Descripción
2	03	Unid.	Equipo Switch de comunicaciones, deberá tener soporte para conmutación de paquetes en Capa 2 y 3, de 48 puertos 10/100/1000 Ethernet con conector RJ-45, deberá contar con al menos cuatro puertos SFP+ que permitan establecer conexiones de 1/10Gb Ethernet en cobre, fibra monomodo y fibra multimodo, asimismo deberá contar con interfaz de Stack o apilamiento.

... (las cursivas son del Tribunal Arbitral)

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

Como puede comprobarse, las Bases no establecieron requerimientos respecto del fabricante ni modelo de los equipos bajo suministro, sino sus calidades y potencialidades técnicas. Ni la Marca ni el Modelo fueron un factor de evaluación ni requisito técnico que dichas Bases contemplaron como condición original para motivar la selección del contratista.

Cabe advertir que dicho dato no podía ser incluido en las Bases como elemento que defina la característica, condiciones y calidad de los bienes a adquirir, conforme lo prohíbe el artículo 11 del Reglamento:

**Artículo 11º.- Características técnicas de lo que se va a contratar**

*El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13º de la Ley. El órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria y, como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar.*

*Para la descripción de los bienes y servicios a contratar no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico. Sólo será posible solicitar una marca o tipo de producto determinado cuando ello responda a un proceso de estandarización debidamente sustentado, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*

16. Sobre la base de lo antes señalado, nos toca determinar a continuación, los alcances de la oferta de TELEFONICA, que como está dicho, forma parte de los documentos que regulan la relación contractual existente entre las partes. La referida oferta fue ofrecida como prueba, obra en copia en estos actuados arbitrales y se acompañó al escrito de demanda presentado por TELEFONICA, como Anexo 1-D. Como es de verse del numeral 02 CALIDAD DE LOS BIENES A ADQUIRIR de la referida oferta, TELEFONICA señaló lo siguiente:

"02. CALIDAD DE LOS BIENES A ADQUIRIR

*Los bienes ofertados por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (En adelante TDP) reúnen condiciones de primera calidad, reconocido prestigio y modernidad tecnológica necesaria para cumplir con efectividad los fines para los cuales son requeridos. La calidad de los bienes a proveer cumplen los estándares de calidad exigidos por la marca ofertada **Hewlett Packard** (En adelante HP).*

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccon  
Mario Linares Jara

...

Nº	Cant	Unidad	Descripción
2	03	Unid.	Equipo Switch de comunicaciones modelo <b>HP A5800-48G</b> , soporta para conmutación de paquetes en Capa 2 y 3, posee <b>48 puertos 10/100/1000 Ethernet</b> con conector RJ-45, cuenta con cuatro puertos SFP+ que permiten establecer conexiones de 1/10Gb Ethernet en cobre, fibra monomodo y fibra multimodo, asimismo cuenta con interfaz de Stack o apilamiento.

..." (las cursivas son del Tribunal Arbitral)

17. Como se puede apreciar del numeral precedente, TELEFONICA ofertó, los tres switches de comunicaciones que requería el MINISTERIO, habiéndolo hecho en la marca Hewlett Packard y en el modelo HP A5800-48G, en consecuencia para éste Tribunal Arbitral, en principio, la prestación de entrega de dichos bienes se entenderá cumplida en la medida en que TELEFONICA cumpla con la entregar los bienes en la marca y modelo ofertados.
18. Corresponde preguntarse a continuación, ¿cuáles fueron los tres switches de 48 puertos que entregó TELEFÓNICA el día 2 de noviembre del año 2011 al MINISTERIO? Al respecto, de la Guía de Remisión N° 4348-0037547 del 2 de noviembre del año 2011, así como de la copia de la carta enviada por TELEFONICA al MINISTERIO, el día 9 del mismo mes y año, que fuera acompañada como medio probatorio de TELEFONICA, como Anexo 1-G de su escrito de demanda, se puede apreciar que los tres switches eran de marca y modelo H3C-S5800, es decir, de una marca y modelo distinto al ofertado.
19. Sobre el particular, TELEFONICA sostiene que los tres switches de 48 puertos entregados el 2 de noviembre al MINISTERIO son equivalentes a los de marca HP A5800-48G ofertados por ésta en su oportunidad. A fin de acreditar su dicho, TELEFONICA presenta la copia de la carta enviada por la firma Hewlett Packard, el 9 de noviembre del año 2011, a la Dirección de Logística del MINISTERIO, en la que indica que Hewlett Packard Co. "...finalizó la adquisición de la empresa 3COM y sus divisiones H3C y TippingPoint." y que "...todos los productos 3COM, H3C y TippingPoint ahora pertenecen a Hewlett Packard."
20. Por su parte el MINISTERIO, en diversas comunicaciones que en copia obran en estos actuados arbitrales y que han sido merituadas en conjunto por el Tribunal Arbitral, como copias de correos electrónicos, que obran como Anexos 1- I; 1-J y 1\_K del escrito de demanda de TELEFONICA, sostiene que la DEMANDANTE no cumplió a cabalidad el día 2 de noviembre de 2011, con entregar los bienes a que ella misma se había comprometido en su oferta ganadora.
21. Los hechos producidos con posterioridad a la entrega de los tres switches de 48 puertos efectuada por TELEFONICA, el día 2 de noviembre del año 2011, impidieron que ésta continúe con la ejecución contractual, en razón a que el MINISTERIO no le otorgaba la conformidad a dichos bienes. Frente a ello, TELEFONICA, el día 22 de noviembre de 2011, presentó una solicitud de ampliación de plazo contractual de 27

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

- días adicionales, sobre la base de una supuesta mejora en el servicio a brindarse, proponiendo –que la capacitación se realice por personal extranjero directamente del fabricante HP, así como la incorporación de un alumno adicional a los pactados inicialmente con el MINISTERIO-, tal y como consta en la copia de la carta que fuera acompañada a la demanda como Anexo 1-L.
22. Por su parte el MINISTERIO, mediante Oficio N° 729-2001-MINDEF/VRD/DL de fecha 29 de noviembre del año 2011 que en copia obra en estos autos (Anexo 1-M escrito de demanda), declaró improcedente la solicitud de mejora y ampliación de plazo formulada por TELEFONICA.
  23. Con posterioridad, TELEFONICA, mediante carta de fecha 2 de diciembre del año 2011, entregada al MINISTERIO el 5 del mismo mes y año, solicita una nueva ampliación de plazo, esta vez de 90 días calendarios, sobre la base de lo dispuesto en los numerales 2° y 4° del artículo 175° del Reglamento, proponiendo asimismo una mejora del CONTRATO, sin costo adicional para el MINISTERIO. TELEFONICA adjuntó a su solicitud de ampliación de plazo y mejora, la carta de fecha 22 de noviembre del año 2011 enviada por Hewlett Packard, mediante la cual dicha firma expresa las razones por las que no pudo entregar a TELEFONICA en forma oportuna los switches HP A5800-48G, indica que esto se empezarán a fabricar a partir del mes de diciembre del año 2011 y propone reemplaza los entregados por TELEFONICA por equipos HP dentro del plazo de 3 meses.
  24. El MINISTERIO, el mismo 5 de diciembre del año 2011, envía a TELEFONICA, por conducto notarial una comunicación mediante la cual la requiere el cumplimiento del CONTRATO, dentro el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de resolución. Posteriormente, mediante carta notarial N° 003-2012-MINDEF/VRD/C/01, de fecha 25 de enero del año 2012, recibida el 30 del mismo mes y año por TELEFONICA, le comunica la resolución parcial del CONTRATO.
  25. Al respecto, más adelante efectuaremos el análisis correspondiente, por el momento sólo cabe mencionar a las ampliaciones de plazo y a las cartas de requerimiento y resolución del CONTRATO, como parte de los hechos producidos.
  26. Así las cosas, ha quedado meridianamente claro para el Tribunal Arbitral que no resulta posible declarar que TELEFONICA, el 2 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, entregó los switches ofertados en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/VRD/DGGAD/DL, toda vez que como se advierte del análisis actuado en los numerales precedentes, ha quedado acreditado que los bienes entregados inicialmente por TELEFONICA, si bien eran equivalentes, no correspondían exactamente a la marca ofertada.
  27. Ahora bien, ante dicha situación, correspondía que TELEFÓNICA solicitara al MINISTERIO la aprobación de una Modificación en el contenido del Contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 143° del Reglamento, es procedente una Modificación en el Contrato:

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**Artículo 143°.- Modificación en el Contrato**

*Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.*

En ese sentido, TELEFÓNICA tuvo la posibilidad de promover una modificación del contrato con la finalidad que el MINISTERIO de por superada la observación sobre la correcta identidad de la prestación materia del contrato, ajustándose a los requisitos establecidos por el citado artículo 143° para autorizar una modificación en el Contrato.

28. En tal virtud, el Tribunal Arbitral considera que se debe declarar infundada la primera pretensión principal de TELEFONICA. Ello sin perjuicio de analizar y determinar si finalmente TELEFONICA cumplió con todas y cada una de sus prestaciones derivadas del CONTRATO celebrado, si lo hizo en tiempo oportuno y si las demoras que pudieran haberse producido, pueden ser imputables a ésta.
29. Habiendo concluido con el análisis del primer punto controvertido, corresponde ahora determinar si el Tribunal Arbitral debe dejar sin efecto la resolución parcial del CONTRATO, dispuesta por el MINISTERIO con Carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C7, notificada notarialmente el 30 de enero de 2012.
30. Sobre el particular, la parte DEMANDANTE, sostiene que la resolución contractual efectuada por el MINISTERIO es contraria a derecho, en razón de no haberse sujetado a los requisitos establecidos para su procedencia, en la normativa sobre contrataciones del Estado, señalando al respecto en su escrito de demanda que los requisitos incluyen la, i) configuración de alguna de las causales previstas en el artículo 168° del Reglamento y, ii) la observancia del debido procedimiento previsto en el artículo 169° del mismo.
31. En efecto, el DEMANDANTE señala que el supuesto para que el MINISTERIO pretenda la resolución del CONTRATO, es decir, el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales de TELEFONICA, no se habría producido, toda vez que el día 2 de noviembre del año 2011 –aún dentro del plazo contractual inicialmente pactado por las partes-, cumplió con entregar tres (3) switches de comunicación de 48 puertos, con las demás características contenidas en su oferta. Sin embargo, ya el Tribunal Arbitral ha determinado que los switches entregados inicialmente, no correspondían a los de la marca ofertada por TELEFONICA.
32. Sin perjuicio de lo antes expuesto, de la valoración conjunta de las pruebas obrantes en estos actuados arbitrales y de lo señalado por las partes; para este Tribunal Arbitral, queda meridianamente claro que, el problema surgido por la imposibilidad de realizar la entrega de los tres switches ofertados marca Hewlett Packar dentro del plazo

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

contractual inicialmente pactado por las partes, no puede ser considerado como un caso de "incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales" por parte de TELEFONICA, toda vez que si bien hubo cumplimiento tardío de alguna de sus prestaciones, como se verá más adelante, éste se debió al hecho de un tercero, en efecto, el fabricante de los switches no cumplió con entregarlos a TELEFONICA oportunamente, habiendo entregado inicialmente tres, que si bien reunían las mismas características referidas en los Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas para la contratación, eran de marca distinta a los ofertados por TELEFONICA, sin perjuicio de que dicha marca era también de propiedad de la fabricante antes señalada. Lo cierto es que Hewlett Packar empezó a producir los switches marca HP recién a partir del mes de diciembre del año 2011 (ver copia de carta Anexo 1-Ñ demanda), es decir, luego de vencido el CONTRATO celebrado.

- 33. Ahora bien, para este colegiado, si bien no debe considerarse como un incumplimiento injustificado de las prestaciones de TELEFONICA, el hecho de la entrega tardía de los tres switches marca HP de 48 puertos cada uno y, por lo tanto, no le resultaría aplicable a dicha parte la penalidad por mora establecida en la cláusula duodécima del CONTRATO celebrado; ello no implica, en modo alguno, liberar a TELEFONICA del pago de una compensación económica a favor del MINISTERIO, en razón de que dicho contratista no promovió oportunamente una solicitud de Modificación del Contrato, lo que hubiera evitado los perjuicios soportados por la Entidad, todo ello sin perjuicio de la presunción establecida en el artículo 1339° del Código Civil, tema al que nos referiremos más adelante.
- 34. De otro lado, el Tribunal Arbitral advierte que el MINISTERIO no ajustó su proceder conforme a lo estipulado en el Reglamento, generando un "retraso desleal" al plantear la Resolución Contractual, que en aplicación del principio de Buena Fe no puede dejarse de evaluar.

De acuerdo con el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, de existir observaciones a la recepción y conformidad de los Equipos, el MINISTERIO debió otorgarle al contratista un plazo para su subsanación, y si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podía resolver el contrato. Incluso, en los casos de discrepancias o diversidades manifiestas con las características y condiciones ofrecidas, el MINISTERIO estaba facultado para no efectuar la recepción y considerar no ejecutada la prestación.

**CAPÍTULO V  
CULMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL  
Artículo 176°.- Recepción y conformidad**

(...)  
*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario.*

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

*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 correspondan.*

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

*La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.*

En el presente caso, el MINISTERIO no optó por la resolución inmediata después de la entrega de los equipos con fecha 02 de noviembre de 2011. Recién el día 08 de noviembre de 2011, la Entidad manifestó su disconformidad con lo entregado, y es después del vencimiento del plazo contractual (22 de noviembre de 2011), que procede a la resolución contractual con fecha 30 de enero de 2012. De esta manera, la pretensión resolutoria del MINISTERIO configura a todas luces un "retraso desleal", en los siguientes términos doctrinarios.

En efecto, GONZÁEZ PEREZ<sup>2</sup> identifica el retraso desleal como un supuesto típico de aplicación del límite impuesto por el principio de la Buena fe:

*"Constituye uno de los supuestos típicos de límite al ejercicio de los derechos en aplicación del principio de la buena fe: "Un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará".*

*Aun cuando no se hubiese producido la prescripción o no hubiese transcurrido el plazo para el ejercicio legítimo del derecho, si el tiempo transcurrido fuese excesivo o se hubiese manifestado una conducta del titular que hubiese despertado la confianza del adversario en que ya no se ejercitaría, tal ejercicio sería inadmisibles".*

35. Continuando con el análisis del segundo punto controvertido, corresponde determinar, si la carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C1 mediante la cual el MINISTERIO comunica a TELEFÓNICA, su decisión de resolver el CONTRATO, que fuera notificada notarialmente el 30 de enero de 2012 a TELEFONICA, fue emitida válidamente, es decir, en concordancia con lo pactado en el CONTRATO. Sobre el particular, la cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, establece lo siguiente:

**"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

***Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, inciso c), y 44° de la Ley, y los artículos 167° y 168° de su Reglamento.***

<sup>2</sup> JESÚS GONZALEZ PEREZ: "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo". Civitas. Madrid. 1983. Página 99.

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado." (el resaltado es del Tribunal Arbitral)**

- 36. Como se puede apreciar de la cláusula contractual antes transcrita, las partes no pactaron un procedimiento especial para los efectos de la resolución contractual, remitiéndose para ello, a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento. En tal sentido, el Tribunal Arbitral deberá definir si el MINISTERIO cumplió con las formalidades establecidas en las normas aplicables.
- 37. La Ley de Contrataciones del Estado, en lo referente a la resolución contractual señala:

**"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos**  
 Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: (...)  
 c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá **resolver el contrato en forma total o parcial**, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta **decisión y el motivo que la justifica**. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (...)" (lo resaltado es del Tribunal Arbitral)

**"Artículo 44.- Resolución de los contratos**  
 Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.  
 Cuando se resuelva el contrato, **por causales imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados..."** (lo resaltado es del Tribunal Arbitral)

- 38. Así las cosas, una primera conclusión a la que arriba el Tribunal Arbitral es que, la Ley de Contrataciones del Estado, establece la posibilidad de resolver el CONTRATO en forma total o parcial, en caso de incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones, siempre y cuando haya sido previamente observada por la entidad. El colegiado advierte igualmente que la Ley exige la necesidad de motivar debidamente las decisiones adoptadas por la administración.

- 39. Para, este Tribunal Arbitral, la aplicación estricta del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, implica consignar, de manare obligatoria, en la decisión

Caso Arbitral Telefónica del Perú - Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

de resolución contractual por incumplimiento del contratista, "en qué consistió el incumplimiento y la forma en que se infringe una determinada obligación contractual", pues sólo de esta manera será posible garantizar que el ejercicio del derecho de defensa de la contratista, en este caso de TELEFONICA, se pueda ejercer a plenitud, pudiendo realizar sus descargos en tiempo oportuno y de manera adecuada.

40. Ahora bien, veamos qué señala el Reglamento en relación con la resolución contractual:

**"Artículo 167.- Resolución de Contrato**

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto."

**"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento**

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en 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 monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º."

**"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato**

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor 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, plazo este último que se

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

otorgará necesariamente en el caso de obras. **Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa**, la parte perjudicada **resolverá el contrato en forma total o parcial**, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

**La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento** y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, **el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.**

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento." (lo resaltado es del Tribunal Arbitral)

- 41. De las normas antes glosadas, el Tribunal Arbitral extrae una segunda conclusión; no basta con la configuración de alguna de las causales establecidas en el artículo 168° del Reglamento, en armonía con lo dispuesto en el antes citado artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, como la alegada por el MINISTERIO para resolver el CONTRATO celebrado con TELEFONICA, sino que además debe seguirse el procedimiento de para la resolución establecido en el artículo 169° del Reglamento.
- 42. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿el MINISTERIO cumplió o no con el procedimiento a seguir en los casos de resolución de CONTRATO? Sobre el particular, tenemos que el MINISTERIO envió a TELEFONICA una primera carta notarial, de fecha 5 de diciembre del año 2011, -cabe señalar que la carta en mención fue enviada a TELEFONICA con posterioridad al vencimiento del plazo contractual establecido en 49 días -, en efecto el plazo del CONTRATO venció el 22 de noviembre del año 2011. En dicha carta, que obra en autos y que fuera ofrecida como medio probatorio y acompañada como Anexo 1-O- del escrito de demanda de TELEFONICA, se señala lo siguiente:

**"... habiendo verificado que hasta le fecha su empresa no ha cumplido con la entrega de los tres equipos HP A5800-48G, pese a haber vencido el contrato con fecha 22 de noviembre del 2011, en virtud a lo establecido en el Artículo 169 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, le requerimos cumplan con lo establecido en el Contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD/DGGAD/DL., en un plazo no mayor de 5 días calendarios, bajo apercibimiento de efectuar la resolución del contrato."** (el resaltado es del Tribunal Arbitral)

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

43. Ahora bien, no basta con el envío de la carta de requerimiento, ésta debe contener un requerimiento válido y acorde con las normas que regulan la resolución de contratos en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento. En opinión de este Tribunal Arbitral, la carta antes mencionada no contiene un requerimiento válido en razón las siguientes consideraciones:

- a. **La referencia al incumplimiento del CONTRATO, si bien señala la falta de entrega oportuna de tres switches marca HP, es incompleta, en razón de no haberse indicado qué otras prestaciones había incumplido TELEFONICA.** Lo antes señalado resulta particularmente relevante, en razón a que el MINISTERIO terminó resolviendo el CONTRATO de manera parcial, **no solo por el incumplimiento en la entrega oportuna de los tres switches, sino por consideraciones adicionales, como se aprecia de la carta de resolución obrante en autos** y ofrecida como medio de prueba por las dos partes. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que se debió señalar en la carta de requerimiento de cumplimiento o formulación de cargos, qué parte del CONTRATO se resolvería, de persistir el incumplimiento de TELEFONICA.
- b. El hecho de no haber detallado las razones o motivos del requerimiento con precisión, **desvirtúa el procedimiento de resolución contractual establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, impidiendo además que TELEFONICA pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa.**

44. Al no haberse respetado el procedimiento de resolución del CONTRATO en la carta bajo análisis,; el Tribunal Arbitral considera que, el MINISTERIO ha incurrido en una causal de nulidad que invalida el procedimiento de resolución del CONTRATO, en virtud a lo dispuesto por el artículo 10º de la Ley N° 27444<sup>3</sup>, que establece en su inciso 1º lo siguiente:

**"Art. 10. Causales de nulidad.-** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o las normas reglamentarias."

45. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que, se debe dejar sin efecto la resolución parcial del CONTRATO efectuada por el MINISTERIO con Carta N° 003-2012-MINDEF/VRD/C7, notificada notarialmente el 30 de enero de 2012 a TELEFONICA, no siendo necesario profundizar más en el análisis, por lo que se deberá declarar fundada la segunda pretensión principal de la DEMANDANTE.

46. Concluido el análisis del segundo punto controvertido, corresponde a continuación, analizar el tercer punto controvertido, que comprende la tercera pretensión principal de la DEMANDANTE y que consiste en determinar, si TELEFONICA ha cumplido con la totalidad de las prestaciones que correspondían según el CONTRATO. El análisis se

<sup>3</sup> Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

efectuará, sobre la base de las posiciones y pruebas aportadas por las partes, y considerando las normas de derecho aplicables al presente caso.

- 47. Del análisis efectuado respecto al primer punto controvertido el Tribunal Arbitral llegó a la conclusión que, TELEFONICA no había cumplido, por lo menos al 2 de noviembre del año 2011, con la entrega de tres switches de 48 puertos, marca HP, ofertados al MINISTERIO, razón por la cual consideró que la primera pretensión principal de dicha parte debía declararse infundada.
- 48. Sin embargo, a pesar de los problemas que impidieron la ejecución de las prestaciones a cargo de TELEFONICA dentro del plazo originalmente pactado en el CONTRATO, las partes mantuvieron un nivel de colaboración permanente. Al respecto, se aprecia de la abundante prueba documental obrante en autos; que a pesar del inconveniente por la falta de entrega oportuna de los tres switches marca HP, las partes se mantuvieron en comunicación permanente a efectos de lograr una solución a dicho impase.
- 49. Es así que, TELEFONICA mediante carta de fecha 2 de diciembre del año 2011, notificada al MINISTERIO el 5 del mismo mes y año, solicita una ampliación de plazo por 90 días calendarios a efectos de entregar los tres switches e implementar las demás prestaciones a su cargo. La carta obra como Anexo 1-N del escrito de demanda. A continuación, el Tribunal Arbitral, considera necesario efectuar algunas precisiones respecto de la ampliación de plazo contractual para los efectos del CONTRATO celebrado entre las partes. La ampliación de plazo está regulada por los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 175° de su Reglamento.
- 50. Para la procedencia de una ampliación de plazo contractual, la parte que la solicita debe adecuarse estrictamente al procedimiento establecido en el artículo 175° del Reglamento, pues se trata de una norma de orden público y como tal de obligatorio cumplimiento por las partes.
- 51. En aplicación del procedimiento que establece el artículo 175° del Reglamento, el contratista que solicita una ampliación de plazo debe hacerlo en la oportunidad debida, es decir, dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. Por su parte, la entidad, debe resolver el pedido en un plazo de diez (10) días hábiles, computado desde la presentación de la solicitud por parte del contratista, en caso no lo haga dentro del plazo establecido, la solicitud se entiende por aprobada, en aplicación del silencio positivo, por expreso mandato de la ley.
- 52. Adicionalmente, la parte que solicita una ampliación de plazo debe cuidar de hacerlo en el modo adecuado, es decir, debe especificar con meridiana claridad en primer lugar, la causal o causales que invoca y en las que ampara su alegado derecho, las que no pueden ser otras que las establecidas en el CONTRATO celebrado y en las normas sobre contrataciones del Estado. En segundo lugar, la contratista deberá fundamentar adecuadamente su solicitud y probar sus

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

dlegaciones, no siendo suficiente la sola invocación de la causal o causales. Finalmente, debe precisar la cantidad de días de ampliación de plazo que requiere, dependiendo del tipo de contratación, así como el tramo o tramos del contrato afectados por el hecho que justifica la ampliación de plazo solicitada.

- 53. Lo contrario nos llevaría al absurdo de trasladar a la parte que evaluará el pedido de ampliación de plazo la responsabilidad de determinar las características, detalles y condiciones del petitorio de su contraparte, aspecto que no resiste el menor análisis. Debemos reiterar, en este extremo, que el pedido de quien formula la ampliación de plazo debe ser efectuado de modo claro, preciso y suficiente.
- 54. Ahora bien, sin perjuicio del análisis antes efectuado respecto de las ampliaciones de plazo, el Tribunal Arbitral considera que éstas serán procedentes, además de lo antes señalado, **siempre y cuando el contrato se encuentre con el plazo de ejecución vigente, de lo contrario no habría plazo que ampliar pues éste estaría cumplido.** Es por ello que al entender de este colegiado, teniendo en cuenta la oportunidad debida a la que nos hemos referido anteriormente, resulta posible solicitar una ampliación de plazo parcial, en tanto se trate de una causal continuada en el tiempo, que incluso puede prolongarse más allá del plazo formal establecido en el contrato.
- 55. Corresponde a continuación analizar, sobre la base de las consideraciones precedentes, la ampliación de plazo solicitada por TELEFONICA, mediante carta de fecha 2 de diciembre del año 2011, entregada el 5 del mismo mes y año al MINISTERIO.
- 56. El Tribunal Arbitral, ha podido apreciar de la carta obrante en autos, que la ampliación de plazo contractual solicitada por TELEFONICA, fue presentada con posterioridad a la fecha de vencimiento del plazo del CONTRATO celebrado, por lo que la misma deviene en improcedente.
- 57. El análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en relación con la ampliación de plazo contractual, se ha realizado a fin de determinar si TELEFONICA ha cumplido, con la totalidad de las prestaciones que correspondían, según contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGAD/DL, bajo la modalidad de "Llave en mano".
- 58. Si bien como está dicho las partes venían colaborando mutuamente a efectos cumplir con el CONTRATO, esta colaboración inicial se vio frustrada (por lo menos en lo formal), en razón a que el MINISTERIO remitió la carta notarial N° 003-2012-MINDEF/VRD/C/01, de fecha 25 de enero del año 2012, notificada a TELEFONICA el 30 del mismo mes y año, mediante la cual decidió resolver parcialmente el CONTRATO. Aunque como se señalará más adelante, ello no implicó que las partes siguieran colaborando.
- 59. A pesar la formal resolución del CONTRATO realizada por el MINISTERIO, que el Tribunal Arbitral ha considerado inválida, la conducta desplegada por las partes se ha orientado a la conservación del CONTRATO y al cumplimiento de sus objetivos. Lo que llevó a que finalmente TELEFONICA cumpliera con la totalidad de sus prestaciones y que, el MINISTERIO otorgara el Acta de Aceptación y Conformidad, de fecha 27 de

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

abril del año 2012, la misma que obra en estos autos y que fuera adjuntada en calidad de Anexo 1-W del escrito de demanda, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula novena del CONTRATO, concordante con lo señalado en el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado. Así las cosas, se cumplió con el objetivo de la contratación, es decir, la Adquisición de Switches de Comunicaciones para la Red de Datos del MINISTERIO, ubicado en el Edificio Quiñones, donde se ubica el Cuartel General de la FAP, en el distrito de Jesús María, Lima, lo que implicaba el suministro y la implementación, bajo la modalidad de ejecución "Llave en mano".

60. Ahora bien, como se aprecia de las pruebas obrantes en estos actuados, si bien ha quedado establecido que TELEFONICA no cumplió con ejecutar sus prestaciones dentro del plazo pactado en el CONTRATO, el Tribunal Arbitral reitera que debe dejar claramente establecido que el retraso en que incurrió dicha parte, no puede ser considerado como "retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones"...
61. Así las cosas, el Tribunal Arbitral, considera que debe declararse fundada la tercera pretensión principal de TELEFONICA, al haberse acreditado en estos autos que dicha parte cumplió, a satisfacción del MINISTERIO, con el objeto del CONTRATO.
62. Por otro lado, en relación con la pretensión accesoria contenida en el escrito de demanda de TELEFONICA, mediante la cual solicita el pago del íntegro de los gastos, costos y costas del arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que habiendo tenido las partes del arbitraje atendibles razones para litigar, no corresponde amparar la pretensión accesoria de TELEFONICA, debiendo declarar la infundada.
63. Finalmente, en relación con la pretensión formulada vía reconvencción por el MINISTERIO, en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos celebrada el día 28 de diciembre del año 2012, planteada en los siguientes términos: "El supuesto negado que al momento de laudar, los árbitros determinarían que no se debió resolver el contrato N° 048-2011-MINDEF-VRD-DGGAD/DL, pero que sí se causó daños y perjuicios al MINISTERIO, se disponga una compensación económica por la suma de S/. 180,877,25"; el Tribunal Arbitral considera que para el pago de una indemnización, se debe tener en cuenta, de acuerdo a lo señalado por el doctor Juan Espinoza Espinoza<sup>4</sup> el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad, a saber, la imputabilidad, la ilicitud o antijuridicidad, el factor de atribución, el nexo causal, y el daño producido, siendo que este último determina el monto de la indemnización correspondiente de acuerdo a lo ocurrido en cada caso en concreto.
64. En el presente caso, como ha señalado el Tribunal Arbitral, si bien no se puede hablar de un incumplimiento o retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo de TELEFÓNICA, que pudiera implicar la imposición de penalidades de acuerdo a lo establecido en la cláusula duodécima del CONTRATO celebrado; ésta resulta responsable al no haber promovido oportunamente una modificación en el Contrato de acuerdo a lo previsto en el artículo 143° del Reglamento. En efecto, TELEFÓNICA no actuó con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación, lo que

<sup>4</sup> Espinoza Espinoza Juan, "Derecho de la Responsabilidad Civil", Gaceta Jurídica, Lima, 2005, 28.

**Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

hubiera evitado la observación sobre la identidad de la prestación contractualmente comprometida, posibilitando que el MINISTERIO con la debida anticipación evaluación del caso aprobara la ejecución del contrato con bienes diferentes pero de iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios como los originalmente ofertados. Esa omisión por parte de TELEFÓNICA, impidió que la entidad, previa evaluación, pueda modificar el contrato y reconociera con el sustento debido que los nuevos bienes satisfacían su necesidad, evitando con ello toda la discusión y resolución parcial del contrato. Por ello, el Tribunal aprecia que dicho comportamiento causa daños que deben ser asumidos por la Demandante dada su omisión.

65. En efecto, para el Tribunal Arbitral con la documentación que obra en estos autos, ha quedado probado que TELEFÓNICA omitió su deber de advertir oportunamente la imposibilidad del fabricante de entregar a tiempo los tres switches de 48 canales ofrecidos, lo que implica la omisión de actuar con la diligencia ordinaria que y, lo que conlleva una responsabilidad derivada de los daños que esa omisión pudiera generar.

66. Existiendo la presunción de incumplimiento de la obligación por culpa leve, de acuerdo con el artículo 1329° del Código Civil, correspondía a la Demandante probar que el incumplimiento de su deber no le es imputable, lo cual no ha sucedido en el presente proceso.

En efecto, TELEFÓNICA no ha probado que haya actuado con la diligencia ordinaria requerida para advertir cualquier deficiencia o error en las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obra a ejecutarse, ni que ha mediado una causa ajena que le impidió realizar tal advertencia.

Siendo una conducta antijurídica, atribuible a TELEFÓNICA por mediar culpa y existiendo nexo causal, el Colegiado debe apreciar el daño causado para fijar la indemnización correspondiente.

De acuerdo con la pretensión de la reconvencción, la compensación por los daños invocados ascienden a S/. 180,877,25. Sobre este extremo, el MINISTERIO no ha aportado prueba de la acreditación de tal monto, pero tampoco TELEFÓNICA lo ha cuestionado.

El Tribunal Arbitral aprecia que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil, cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, debe fijarlo con valoración equitativa. A este efecto, la equidad supone la aplicación de la justicia al caso concreto.

Así las cosas, el Tribunal Arbitral, considera que debe declararse fundada la pretensión formulada vía reconvencción por el MINISTERIO, al haberse acreditado en estos autos que TELEFÓNICA omitió su deber de advertir los inconvenientes que tenía el fabricante de los tres switches marca HP de 48 canales para entregarlos dentro del plazo establecido inicialmente en el CONTRATO, lo que ha causado la responsabilidad de resarcir el daño causado, en el monto de S/. 180,877,25.

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**III. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE**

Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 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, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

Que, en este sentido, el Tribunal Arbitral 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. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Tribunal Arbitral, en derecho y por unanimidad;

**LAUDA:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión principal de TELEFONICA y en consecuencia, que la demandante no cumplió con entregar al MINISTERIO, el día 2 de noviembre de 2011, con Guía de Remisión N° 4348-0037547, los switches ofertados en la Adjudicación Directa Pública N° 007-2011-MINDEF/vrd/dggad/dl, que originó el Contrato No. 048-2011-MINDEF-VDR-DGGAD/DL de fecha 4 de octubre de 2011, habiendo cumplido parcialmente con su prestación a dicha fecha, conforme a las consideraciones expuesta en el presente laudo.

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal de TELEFONICA y en consecuencia; dejar sin efecto la resolución parcial del CONTRATO, efectuada por el MINISTERIO mediante carta notarial N° 003-2012-MINDEF/VRD/C/01, de fecha 25 de enero del año 2012, notificada a TELEFONICA el 30 del mismo mes y año.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda y en consecuencia que TELEFONICA ha cumplido, a satisfacción del MINISTERIO, con la totalidad de las prestaciones que correspondían, según el Contrato No. 048-2011-MINDEF-VDR-DGGAD/DL, bajo la modalidad "Llave en mano".

**CUARTO: DECLARAR INFUNDADA** la pretensión accesoria contenida en el escrito de demanda de TELEFONICA.

Página 29 de 30

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933

www.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Caso Arbitral Telefónica del Perú-Ministerio de Defensa

Tribunal Arbitral

Carlos Ruska Maguiña  
Rolando Eyzaguirre Maccan  
Mario Linares Jara

**QUINTO: DECLARAR FUNDADA** la reconvenición formulada por el MINISTERIO y en consecuencia disponer que TELEFONICA pague en calidad de compensación la cantidad de S/. 180, 877,25, monto que podrá ser entregado en bienes y servicios a satisfacción del MINISTERIO.

**SEXTO:** Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados por las partes.

**SÉPTIMO: ORDENAR** que cada parte asuma las costas y costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado III del análisis.

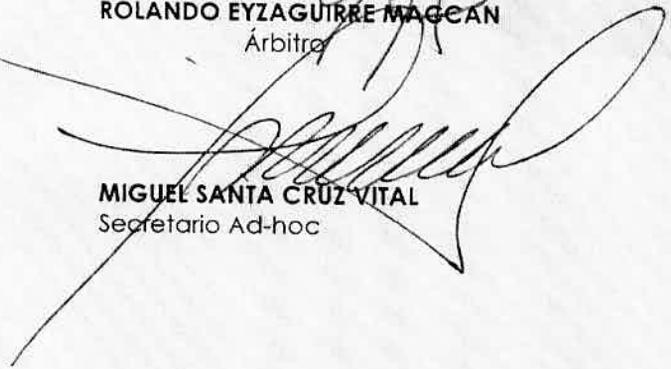
**OCTAVO: REMITIR** al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.

  
**CARLOS RUSKA MAGUIÑA**  
Presidente del Tribunal

  
**ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN**  
Árbitro

  
**MARIO LINARES JARA**  
Árbitro

  
**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**  
Secretario Ad-hoc