

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL CONSORCIO NELL BUSINESS SAC & GENERAL BUSINESS CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, DOCTOR OSCAR FERNANDO HERRERA GUIFRA

RESOLUCIÓN N° 8

Lima, 10 de diciembre del año 2013

VISTOS:

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

El día 27 de marzo de 2012, el CONSORCIO NELL BUSINESS SAC & GENERAL BUSINESS (en adelante, CONSORCIO o DEMANDANTE) y el MINISTERIO DE DEFENSA (en adelante, MINISTERIO o DEMANDADO), suscribieron el Contrato N° 016-2012 EP/UE 0770, "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012" (en adelante, CONTRATO)

En la cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, se estipuló que cualquiera de las partes tenía derecho a iniciar un arbitraje, con el propósito de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 24 de junio de 2013 se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, doctor Oscar Fernando Herrera Guifra, quien declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, 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.

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. DEMANDA PRESENTADA POR CONSORCIO

Mediante escrito ingresado el día 07 de agosto de 2013, CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra el MINISTERIO, en la que pretende lo siguiente:

Primera Pretensión.- Se reconozca y ordene el pago por parte del MINISTERIO al CONSORCIO, por los daños y perjuicios originados de la resolución parcial del CONTRATO, alegando caso fortuito y fuerza mayor sin existir causa legal probada que la acredite. Asimismo, tanto el daño emergente ocasionado por la demora innecesaria en la solución de la presente controversia, como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 1 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Segunda Pretensión.

- Se reconozca y ordene el pago de S/. 18,988.98 nuevos soles al MINISTERIO, por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, las cuales no fueron emitidas las órdenes de servicio y que cuya ejecución por parte del CONSORCIO han sido reconocidas al momento de la resolución parcial del CONTRATO.
- Se reconozca y ordene el pago al MINISTERIO, de las costas y costos del proceso arbitral, gastos de abogado y todos aquellos que se pudieran desprender de este.

FUNDAMENTOS DE HECHO

- i) Con fecha 27 de marzo de 2012, el CONSORCIO y el MINISTERIO, suscribieron el Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/OU 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.
- ii) El mencionado CONTRATO, se venía ejecutando con normalidad habiéndose efectuado prestaciones a favor del MINISTERIO sin observaciones por el monto de S/. 99,682.50 nuevos soles, quedando un saldo por ejecutar de S/. 97,776.00 nuevos soles y un saldo por pagar de S/. 18,999.98 nuevos soles, los cuales corresponden a actividades realizadas por nuestra representada y que no fueron giradas las órdenes de servicio por parte de la Entidad y que en la Resolución del Contrato reconocen su ejecución.
- iii) Con fecha 03 de agosto de 2012, mediante Carta Notarial N° 11 M/D-absto se comunica a el CONSORCIO, de la intención del MINISTERIO, de resolver el CONTRATO parcialmente en virtud del artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, aduciendo caso fortuito o fuerza mayor, en el contenido del Oficio N° 250/S-3/e.3a/18.30 de fecha 16 de julio de 2012, en donde la Jefatura de Bienestar del Ejercito señala literalmente que "Las FFAA se encuentran en operaciones en el VRAEM, lo que motiva que personal militar de la guarnición Lima, tenga que desplazarse a la zona de operaciones. Asimismo los conflictos sociales en el norte, centro y sur del país han motivado que efectivos militares tengan que desplazarse a la ciudad de Cajamarca, Ayacucho y Puno, a fin de poder coadyuvar con la PNP, al restablecimiento del orden interno y/o público, siendo entonces esto causal de fuerza mayor que ha conllevado a que desaparezca algunas necesidades de actividades de bienestar".
- iv) Conforme a lo establecido en el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONSORCIO, desconoce las razones señaladas como caso fortuito y fuerza mayor mediante Carta Notarial N° 54901 de fecha 27 de agosto de 2012, en la medida que la Jefatura de Bienestar justifica el caso fortuito y fuerza mayor en la ejecución de funciones inherentes a las funciones del MINISTERIO, como son el traslado militar de la guarnición de Lima a diversos puntos del país donde existen conflictos sociales o al VRAEM, hechos que no son extraordinarios, imprevisibles o irresistibles que impidan la ejecución de las obligaciones pactadas en el CONTRATO, en la medida que son acciones que desarrollan las fuerzas armadas en forma permanente en el territorio nacional y que incluso, cuentan con su propia asignación presupuestal, como son las acciones en el VRAEM; por lo que no se ha sustentado debidamente el

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

caso fortuito o fuerza mayor invocado, razones por las cuales, frente a la controversia relacionada con la resolución parcial del CONTRATO decidimos someter a conciliación la resolución invocada antes del vencimiento del plazo de su consentimiento conforme se establece en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- v) Conforme indica el CONSORCIO, en todo momento tuvo la intención de continuar con el CONTRATO al entender que no existía razón legal ni táctica para invocar el caso fortuito y fuerza mayor invocado por la DEMANDADO, por lo que procedió a someter la controversia a una conciliación en el Centro de Conciliación Extrajudicial GANDHI, la cual fue frustrada en dos oportunidades ante la inasistencia del MINISTERIO, para lo cual la DEMANDANTE adjunta el acta correspondiente de fecha 17 de setiembre de 2012, en calidad de anexo en el escrito de demanda arbitral; en el cual puede observarse que con fechas 06 y 17 de setiembre de 2012, el CONSORCIO invitó al MINISTERIO a conciliar con la ausencia de esta última parte.
- vi) Con fecha 12 de setiembre de 2012, el MINISTERIO remite al CONSORCIO la Carta Notarial N° 024 M/d-absto, de fecha 05 de setiembre de 2013, mediante la cual señalan que reconsideran su decisión de resolver los contratos y que han dispuesto continuar con los mismos (entre ellos, el CONTRATO materia de arbitraje); sin embargo; ya había operado la resolución parcial del mismo y la controversia ya estaba sometida a la conciliación; por lo que la parte DEMANDANTE continua por esta vía en el entendido que, la única forma de formalizar la decisión de continuar el citado CONTRATO era con una salida conciliatoria, la cual siempre fue frustrada por la inasistencia de la parte DEMANDADA, conforme se señala en el numeral anterior.
- vii) Teniendo en cuenta la vigencia contractual del CONTRATO materia de arbitraje, el cual era hasta el 31 de diciembre de 2012, resulta inejecutable solicitar la nulidad de la Resolución contractual invocada por la parte DEMANDADA y exigir la continuidad del mismo; en la medida que a la fecha el citado CONTRATO ya ha vencido, por lo cual de conformidad con el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual establece taxativamente que "**Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad**"; en ese sentido el CONSORCIO solicita como primera pretensión se confirme la Resolución del CONTRATO y se proceda a ordenar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por el saldo contractual resuelto por el MINISTERIO; solicitud que está establecida expresamente en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y cuya determinación es obligatoria bajo responsabilidad del Titular del MINISTERIO.
- viii) Con relación a los daños y perjuicios causados, es más que evidente conforme se advierte de los hechos expuestos precedentemente que la Resolución Parcial del CONTRATO aduciendo caso fortuito y fuerza mayor conforme lo establece el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no es aplicable en el presente caso, en la medida que los hechos aducidos por el MINISTERIO no son extraordinarios, imprevisibles o irresistibles que impidieron en su oportunidad la ejecución de las obligaciones pactadas en el CONTRATO; por lo que corresponde que la demandada efectué el resarcimiento por los daños ocasionados a nuestra representada, por lo cual la parte DEMANDANTE efectúa las siguientes precisiones de los elementos configurativos de la responsabilidad contractual de la entidad:

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 3 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Tel.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

La imputabilidad: En el caso que nos ocupa, la responsabilidad contractual imputada, ha sido generada por quienes han actuado en nombre y representación del MINISTERIO, para resolver sus obligaciones contractuales contenidas en el CONTRATO materia del arbitraje; pues dicha parte actuó sin sustentar debidamente los hechos señalados como caso fortuito y fuerza mayor con la sola intención de paralizar injustificadamente la ejecución de prestaciones pactadas con el CONSORCIO en el CONTRATO, con el perjuicio económico que esto ocasiona esta última.

El daño: En la presente demanda, la parte DEMANDADA ha acreditado fehacientemente que se ha producido un daño emergente objetivo, cierto y actual de los intereses de dicha parte, amparada por el CONTRATO materia del presente arbitraje suscrito con la entidad, pues se ha producido un menoscabo patrimonial valorizado en S/. 130,000 nuevos soles, incluidos los impuestos de Ley, por lo que la parte DEMANDANTE requiere la satisfacción de sus intereses motivados por la indebida resolución contractual ejecutada por la parte DEMANDADA.

La ilicitud o antijuricidad: Con el proceder de la DEMANDADA, se ha evidenciado un grado de ilicitud objetiva, al haberse producido una contravención al ordenamiento jurídico en su conjunto que protege y ampara, las actuaciones de las personas sean naturales o jurídicas que procedan dentro del marco de la Ley y la Constitución; en el presente caso, se tiene que el MINISTERIO violentó la continuidad de la ejecución del CONTRATO sin que medie causa justificable alegando caso fortuito y fuerza mayor; dicho accionar derivó a la vez en una ilicitud subjetiva, relacionada al menoscabo de los derechos o intereses jurídicamente protegidos que tiene el CONSORCIO, en su calidad de contratista, como eran las expectativas ciertas y legítimas que tenía sobre la demandada de cumplir sus obligaciones contenidas en el compromiso contractual declarado resuelto.

Factores de atribución: En el presente caso, corresponde atribuir la existencia de dolo por parte de la parte DEMANDADA, la misma que consistió en la intención de dejar de cumplir las obligaciones pactadas en el CONTRATO declarado resuelto.

El nexo causal: Lo dicho hasta el momento, también acredita la existencia de un vínculo ineludible entre el hecho antecedente, esto es el incumplimiento de las obligaciones de la parte DEMANDADA, y el hecho consecuente, que es la producción de un detrimento o menoscabo en el patrimonio de hacia la parte DEMANDANTE.

- ix) De otro lado, el MINISTERIO ha causado al CONSORCIO un perjuicio objetivo detallado como pretensión accesoria en su demanda arbitral, en la medida que en la parte ejecutada del Contrato y reconocida como pagada por parte de la DEMANDADA, es decir la suma de S/. 99,682.50 nuevos soles, se ha omitido por parte de esta última girar las correspondientes ordenes de servicio valorizadas en la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles, toda vez que solo se ha facturado y pagado la suma de S/. 80,682.52 nuevos soles, conforme se demuestra con las facturas que anexamos en calidad de medio probatorio en la demanda antes dicha. En ese sentido, se ha solicitado se convine a la parte DEMANDADA al momento de laudar se ordene el pago de la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles por la ejecución de actividades programadas en el CONTRATO que no han sido regularizadas por la Entidad respecto de la parte contractual ejecutada.

- x) Por lo expuesto en el detalle de los hechos, la pretensión principal de la demanda arbitral del CONSORCIO, está destinada a que el MINISTERIO pague la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados a la primera de las partes por la indebida resolución parcial del CONTRATO materia del presente procedimiento arbitral, sin que medie justificación real y racional que sustente el supuesto caso fortuito y fuerza mayor en virtud de lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que en estricta aplicación al artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones corresponde al CONSORCIO, al ser parte perjudicada, la indemnización de daños y perjuicios solicitada esta, así como las pretensiones accesorias que devienen de la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al MINISTERIO en la ejecución del CONTRATO en la parte contractual que no ha sido materia de resolución contractual.

Mediante Resolución N° 2, emitida el 22 de agosto de 2013, el Árbitro Único admitió a trámite el escrito de demanda arbitral, presentado el 07 de agosto de 2013, presentado por el CONSORCIO y tener por ofrecidos los medios probatorios que se indican. Asimismo, se resuelve correr traslado al MINISTERIO por el plazo de diez (10) días hábiles, contados al día siguiente de notificada la presente resolución.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL GOBIERNO

Con fecha 02 de setiembre de 2013 y, mediante escrito "Contesta Demanda Arbitra, deduce excepciones, y otros" el MINISTERIO deduce las siguientes excepciones y contesta la demanda, conforma a los puntos que a continuación se detallan:

i) EXCEPCIONES

1. DE INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE

De conformidad a lo dispuesto por el Párrafo 23 del Acta de Instalación de fecha 17 de mayo de 2013 y el Numeral 2 del Art 446º del Código Procesal Civil, aplicable en atención al principio de legalidad y al debido proceso, el MINISTERIO deduce la **EXCEPCION DE INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE, SOLICITANDO** que la presente excepción sea declarada **FUNDADA EN SU OPORTUNIDAD Y DAR POR CONCLUIDO** el presente Proceso Arbitral, por los siguientes fundamentos de hecho y derecho que paso a exponer:

- a) De la Copia de la Promesa Formal de Consorcio, que se adjunta como anexo de la demanda, se establece que el CONSORCIO, no ha cumplido con presentar el Contrato del Consorcio en la que conste los derechos y obligaciones con relación a la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012-EP/UO 0770 y suscripción del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS, que suscribió como ganador de la buena pro y a la que se encuentra obligado, conforme consta del párrafo 2 de su promesa formal, así como de las bases integradas.
- b) La omisión de presentación del Contrato de Consorcio, no sólo haría inválida y sin eficacia legal la relación contractual suscrita con el MINISTERIO, sino además de no ser presentada a tiempo y con las formalidades que exige la ley para su validez y ejecución, se está ante la presentación de una demanda arbitral por un representante legal de la parte DEMANDANTE que es incapaz, además de que éste

Arbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

tampoco ha presentado el documento que lo legalice y faculte como tal, en la presente acción.

- c) Es menester hacer presente, que para acreditar no sólo la validez del CONTRATO de consorcio, sino también su eficacia, la DEMANDADA debe presentar obligatoriamente copia del CONTRATO de Consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público por cada uno de sus integrantes, de sus apoderados o representantes legales, conforme lo prescribe el Art. 145º del DS N° 184-2008-EF - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado; así como la inscripción de su RUC ante la SUNAT, para llevar la contabilidad del contrato, ya sea en forma "independiente" o "por cada parte contratante" (empresa integrante del consorcio), para lo cual debe acreditar su autorización de la SUNAT, de acuerdo como lo que haya declarado y en el plazo establecido (05 y 15 días respectivamente, desde su suscripción del contrato de consorcio).
- d) En el caso, que la parte DEMANDANTE no acredite lo expuesto, con documentos idóneos dentro del plazo legal y debidamente legalizados, la parte DEMANDADA SOLICITA que la presente excepción sea declarada FUNDADA EN SU OPORTUNIDAD Y DAR POR CONCLUIDO el presente Proceso Arbitral.

2. DE CADUCIDAD

De conformidad a lo dispuesto por el Párrafo 23 del Acta de Instalación de fecha 17 de mayo de 2013 y el tercer párrafo del Art. 215 del DS N° 184-2008-EF - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Numeral 11 del Art. 446º y numeral 4 del Art. 451º del Código Procesal Civil, aplicable en atención al principio de legalidad y al debido proceso, la parte DEMANDADA deduce la EXCEPCION DE CADUCIDAD, SOLICITANDO que la presente excepción sea declarada FUNDADA EN SU OPORTUNIDAD Y DAR POR CONCLUIDO el presente Proceso Arbitral, por los siguientes fundamentos de hecho y derecho que paso a exponer:

- i) Del Acta de Conciliación N° 6148-2012 expedida el día 17 de setiembre de 2012, por el Centro de Conciliación Extrajudicial "GANDHI" en el Exp. N° 6013-2012, se acredita que no hubo acuerdo por parte del MINISTERIO sobre las pretensiones del CONSORCIO. Dicho documento ha sido anexado como prueba en la demanda arbitral.
- ii) La parte DEMANDANTE, mediante Carta de fecha 10 de octubre de 2012, hizo conocer su petición de solicitud de arbitraje, conforme consta del documento que presentó ante el OSCE y que obra en el expediente, el cual ha sido mencionado en el exhorto del Acta de Instalación del presente proceso arbitral (Fecha de inicio del proceso arbitral: 10 oct 2012 y su pie de página).
- iii) Al respecto, la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 015-2012-EP/UO 0770 ADS de 27 Mar 2012, (ARBITRAJE), señala que:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado".

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 6 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

- iv) En el presente caso resulta de aplicación lo dispuesto por el tercer párrafo del Art. 170º del DS N° 184-2008-EF- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: *"Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".*
- v) De igual forma, el tercer párrafo del Art. 215º del DS N° 184-2008-EF - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, prescribe:
- "Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial".* (El subrayado y negrita es nuestro)
- vi) En ese sentido, se puede apreciar que habiéndose emitido el *Acta de No Acuerdo Conciliatorio entre las partes con fecha 17 de setiembre de 2012*; y habiendo la parte DEMANDANTE interpuesto su *Solicitud de Arbitraje con fecha 10 de octubre de 2012*, se acredita que esta última ha perdido la potestad de ejercer un acto de carácter arbitral para tener efectos jurídicos en su pretensión, toda vez que lo *ha solicitado fuera del plazo de Ley*.
- vii) En efecto, haciendo el cómputo respectivo, se tiene que desde el 18 de setiembre 2012 (día siguiente de emitida el Acta de No Acuerdo Conciliatorio) la parte DEMANDANTE tuvo la oportunidad de solicitar el arbitraje hasta el 09 de octubre de 2012 (15 días hábiles); *SIN EMBARGO*, al haber solicitado el CONSORCIO, el inicio del Arbitraje *con fecha 10 de octubre de 2012*, se establece fehacientemente que se encuentra fuera del plazo perentorio establecido en la Ley.
- viii) Por consiguiente, la parte DEMANDANTE ha perdido su derecho a entablar la acción correspondiente, *POR CUANTO HA INICIADO EL ARBITRAJE FUERA DEL PLAZO DE QUINCE (15) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES DE EMITIDA EL ACTA DE NO ACUERDO TOTAL O PARCIAL ENTRE LAS PARTES*, conforme lo establece el tercer párrafo del Art. 215º del DS N° 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, *POR LO QUE HA OPERADO LA CADUCIDAD DE PLENO DERECHO*.
- ix) Considerando, que la *CADUCIDAD* constituye en sentido estricto *la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud de no haberse propuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley*, y siendo que el CONSORCIO, presentó su Solicitud de Arbitraje fuera del plazo establecido por el dispositivo legal mencionado en el párrafo precedente, solicito a Ud. Señor Arbitro Único que la presente *EXCEPCION DE CADUCIDAD* se declare *FUNDADA*, declarando *NULO EL PROCESO Y DAR POR CONCLUIDO* el presente proceso arbitral.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 7 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

ii) CONTESTACIÓN

1. Respecto de la pretensión principal

- a) Con relación a la resolución del CONTRATO por causal de "Fuerza Mayor", la parte DEMANDADA menciona que dicha cláusula está referida a "hechos que no se puede evitar y que tampoco se puede prever", es decir, sirva para cubrir posibilidades fuera de control de las partes, como por ejemplo: huelgas, guerra, desastres naturales, etc. En conclusión, es una fuerza imposible de evitar o de prever más allá del control por la parte, que hace imposible el cumplimiento de una obligación.
- b) Conforme consta de la Carta Notarial N° 11 M/D-Absto de 03 Ago 2012 y del Oficio N° 250/S-2/e.3a/18.30 de 16 de julio de 2012, la parte DEMANDADA sustenta la resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS de 27 de marzo de 2012, en el hecho que personal militar (Oficiales, Técnicos y Suboficiales) de la guarnición de Lima se ha desplazado al VRAEN y a la zona de conflictos sociales en el norte, centro y sur del país, a efecto de coadyuvar con la PNP a restablecer el orden interno, que por mandato constitucional le corresponde, motivo por el cual ha desaparecido las necesidades de actividades de bienestar que se ha contratado.
- c) En efecto, es de público conocimiento que a partir del mes de julio 2012, se desató conflictos sociales en el país:
- En la Zona Norte, en Cajamarca los ronderos hicieron un paro indefinido contra la empresa Minera CONGA, conjuntamente con el SUTEP.
 - En la Zona Central, en Ancash, se dio la mayor cantidad de conflictos sociales contra empresas mineras y energéticas.
 - En la zona Sur, en Cuzco, la población se levantó contra la minera Tintaya, así como protestaron por el gas en la convención.
- d) Tanto el Ejército como la PNP, cuenta con personal militar y policial que se encuentra acantonado en diversas zonas del país y cuentas con su presupuesto anual para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, al suceder conflictos sociales de gran magnitud, cuando la capacidad de la PNP es sobrepasada para mantener el orden público e interno, es que se recurre al personal militar, para apoyar a la PNP en su misión constitucional.
- e) Dichos conflictos sociales de gran magnitud, así como el apoyo que presta la Fuerza Armada a la PNP, es un hecho que no se puede prever con anticipación (como por ejemplo un plan de adquisiciones en el año), toda vez que dicha situación ocurre en forma imprevisible, de un momento a otro, y no está calendarizadas previamente en determinadas fechas y horas.
- f) En tal sentido, según señala la parte DEMANDADA, si el personal militar de la guarnición de Lima, salió al interior del país a coadyuvar con la PNP a solucionar el orden interno, resulta evidente que en Lima no quedaba personal militar a quien brindar el bienestar programado para la temporada de invierno, motivo por el

cual, el Jefe de Bienestar del Ejército comunicó la desaparición de dicha necesidad por causal de fuerza mayor, resolviéndose el CONTRATO conforme a lo dispuesto por el Art. 44º de la Ley de Contrataciones del Estado.

- g)** Respecto del supuesto, según indica el MINISTERIO, el "daño emergente" solicitado por el CONSORCIO, no se encuentra acreditado con medio de prueba en modo alguno; vale decir, en primer lugar, desde que se le comunicó la resolución del CONTRATO (06 de agosto 2012) hasta el 11 de septiembre de 2012 (en que se le remitió la *Carta N° 024 M/d-absto, en que se le comunicó dejar sin efecto la resolución de contrato y la continuación del contrato*); es decir, **UN MES**, el CONSORCIO no sustenta con documentos, cual es el daño sufrido en dicho lapso de tiempo, ni los supuestos gastos efectuados que tengan relación de causalidad con la actividad contratada para poder ser indemnizada.

Por el contrario, el MINISTERIO según indica, resulta ser la parte agravada, pues ha sufrido perjuicio económico y daño moral, al no haber asumido el CONSORCIO su responsabilidad de proporcionar el servicio de orquesta para las actividades por navidad, día del Ejército (09 Dic), chocolatada navideña, etc.

Finalmente, según indica el MINISTERIO, el CONSORCIO en su solicitud de conciliación pide se le indemnice con la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 49.000.00) y en la presente demanda arbitral solicita sin sustentar en modo alguno, la suma de CIENTO TREINTA MIL NUEVOS SOLES (S/ 130.000.00), lo que demuestra no sólo el carácter subjetivo de su pretensión, sino además que no lo puede acreditar en forma alguna.

- h)** En ese sentido, no habiendo acreditado el CONSORCIO daño alguno, la parte DEMANDADA **SOLICITA** que este extremo la demanda sea declarada **INFUNDADA** por improbad o y no corresponder conforme a Ley.

2. Respeto de la pretensión Accesoria

- a)** Respecto de la pretensión del CONSORCIO, que el MINISTERIO le reconozca el pago de DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO CON 98/100 NUEVOS SOLES (S/. 18,988.98), por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, según indica esta última parte, la DEMANDANTE no presenta ni acredita con documento alguno, la conformidad de recepción del servicio por parte de la DEMANDADA a la que se encuentra obligado conforme a la cláusula novena del CONTRATO y mucho menos la orden de servicio respectivo.

- b)** No indica cuales son aquellas actividades por las que se le debería abonar la cantidad de dinero solicitada.

- c)** El CONSORCIO, se limita a colegir dicha deuda del contenido de la Carta Notarial N° 11 M/D-Absto de 03 Ago 2012 y Oficio N° 250/S-2/e.3a/18.30 de 16 de julio de

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guita

2012, que resuelven parcialmente el CONTRATO, el cual no acredita en forma alguna dicha deuda.

d) Por ello, si la parte DEMANDANTE solicita un pago, no acredita con los documentos sustentatorios conforme a Ley, el MINISTERIO SOLICITA que este extremo de la demanda arbitral sea declarada **INFUNDADA** por improbadada.

iii) **RECONVENCIÓN**

Por medio de la presente reconvención, la Entidad solicita las siguientes pretensiones:

1. **PRETENSION N° 01:**

Solicita se **DECLARE LA VALIDEZ Y EFICACIA** de la **DE LA CARTA NOTARIAL N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 y EL OFICIO N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012**, con la cual el MINISTERIO le notifica al CONSORCIO, la Resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS de 27 de marzo de 2012.

2. **PRETENSION N° 02:**

Solicita se **DECLARE LA VALIDEZ Y EFICACIA** de la **CARTA N° 024 M/D-ABSTO** de fecha 05 de septiembre de 2012, que ha sido anexada a la demanda arbitral, aunque no se menciona en esta como prueba ni anexo, pero si en el punto 6 del Párrafo II-Hechos de la Demanda; documento con el cual el MINISTERIO le comunicó al CONSORCIO, **dejar sin efecto la Resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS y se proceda a su continuación hasta su total culminación.**

3. **PRETENSION N° 03:**

Solicita se **RECONOZCA** y **ORDENE** el pago al CONSORCIO por el monto de **CIENTO CINCUENTA MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 150,000.00)** por concepto de **DAÑOS Y PERJUICIOS** a favor del MINISTERIO, originados por el **INCUMPLIMIENTO** del CONSORCIO a la continuación en la ejecución del CONTRATO, toda vez que del 11 de setiembre 2012, en que fue notificado con los documentos mencionados en nuestra pretensión 2 de la reconvención, hasta el 31 de diciembre de 2012 en que concluía el CONTRATO, el CONSORCIO tuvo más de tres (03) meses para ejecutar totalmente el CONTRATO, máxime si todavía no se había ejecutado actividades correspondientes a dicho lapso de tiempo, como son, actividades por navidad, día del Ejército (09 Dic), chocolatada navideña, etc., lo cual nos ha impedido realizar las actividades previstas, causándonos perjuicio económico y daño moral.

Mediante Resolución N° 3 emitida el 10 de setiembre de 2013, el Árbitro Único tuvo por deducidas las excepciones antes mencionadas y corrió traslado de las mismas al CONSORCIO, por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución. Asimismo, se tiene pro presentada la contestación de la demanda y por ofrecidos los medios probatorios ofrecidos en la misma. Finalmente, se tiene por formulada la reconvención presentada por el MINISTERIO, por ofrecidos los medios de prueba contenidos en la misma y correr traslado de las mismas al CONSORCIO por el plazo de diez (10) días hábiles, contados al día siguiente de notificada la presente resolución.

V. ABSOLUCIÓN DE RECONVENCIÓN

Con fecha 02 de setiembre de 2013 y, mediante escrito "Absuelvo Reconvención" el CONSORCIO absuelve el traslado de la reconvención formulada por el MINISTERIO y a su vez se pronuncia sobre las excepciones planteadas en el mismo escrito, conforme a los puntos que a continuación se detallan:

i) ABSOLUCIÓN

Respecto de la PRETENSIÓN N° 01 – QUE SE DECLARE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CARTA NOTARIAL N° 11 M/D-ABSTO de fecha 03 de agosto de 2012 y el Oficio N° 250/S-2/E.3A/18.30 de fecha 16 de julio de 2012 con la cual el Ejercito del Perú le notifica al CONSORCIO, la Resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS de fecha 27 de marzo de 2012

1. Para la parte DEMANDANTE, la Resolución Parcial del Contrato que le fue notificada mediante la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO no acredita la existencia de una causal de caso fortuito y/o fuerza mayor conforme lo establece el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado y en forma supletoria lo dispuesto en el Código Civil en la medida que, se ha demostrado que el traslado de tropas militares a las zonas del VRAE y otros, no es un hecho imprevisible, irresistible ni extraordinario que impidiera en forma definitiva la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del MINISTERIO en la medida que son funciones inherentes a la actividad militar, máxime si el servicio contratado estaba destinado no solo al personal militar de la guarnición de Lima si no al personal civil y discapacitado de la guarnición de Lima por lo que no existía imposibilidad definitiva que impidiese continuar con el CONTRATO máxime si después de operada la Resolución contractual en una comunicación posterior deciden continuar con el CONTRATO.
2. Por las consideraciones expuestas por el CONSORCIO, la pretensión N° 01 de la demandada en reconvención planteada por la parte DEMANDADA, debe ser declarada INFUNDADA.

Respecto a la PRETENSIÓN N° 02 – QUE EL ÁRBITRO ÚNICO DECLARE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CARTA N° 024-M/D-ABSTO de fecha 05 de setiembre de 2013 a través de la cual se comunicó a la parte DEMANDANTE, dejar sin efecto la resolución del contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS y se proceda a su continuación hasta su total culminación.

Al respecto, el CONSORCIO señala lo siguiente:

1. La Resolución Parcial del Contrato operó el 06 de agosto de 2012, fecha en la que empieza a contar el plazo de caducidad por el cual la parte interesada puede someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

2. En ese sentido, la parte DEMANDANTE buscó en todo momento una salida conciliatoria previa tan es así que citó a la DEMANDADA en dos oportunidades para llevar la controversia a una fórmula conciliatoria favorable para ambas partes (06 de setiembre y 17 de setiembre de 2012), sin embargo, en todo momento como se demuestra con las actas del centro de conciliación que obran en demanda ARBITRAL, la parte DEMANDADA nunca se apersonó en esta instancia.
3. Es por ello que, cuando se comunicó a la parte DEMANDANTE la carta N° 024-M/D-ABSTO de fecha 05 de setiembre de 2012 y recibida el 12 de setiembre de 2012, dicha parte determinó que, cualquier decisión destinada a continuar con la ejecución del CONTRATO debía ser formalizada por la vía procedural pertinente, ya sea a través de un acuerdo conciliatorio o en su defecto a través del laudo arbitral correspondiente, en la medida que, una vez operada la resolución contractual notificada por parte de la DEMANDADA correspondía que conforme al artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones se inicie cualquiera de los procedimientos propuestos (conciliación y/o arbitraje) como único mecanismo legal establecido en la normatividad aplicable para evitar que esta Resolución parcial del CONTRATO materia del arbitraje quede consentida.
4. Es por ello que, en este extremo de la reconvención solicitó que el Árbitro Único declare esta pretensión INFUNDADA.

Respeto de la PRETENSIÓN N° 03 – Que se reconozca y ordene el pago al CONSORCIO por el monto de 150,000 mil nuevos soles por concepto de daños y perjuicios a favor del MINISTERIO originados por el INCUMPLIMIENTO del CONSORCIO a la continuación en la ejecución del contrato toda vez que del 11 de setiembre de 2012 fue notificado con los documentos mencionados en nuestra pretensión 2 de la reconvención hasta el 31 de diciembre de 2012 en que concluía el CONTRATO el CONSORCIO tuvo más de 03 meses para ejecutar totalmente el CONTRATO máxime si todavía no se había ejecutado actividades correspondientes a dicho lapso de tiempo, como son actividades por navidad, día del ejército (09 de diciembre), chocolatada navideña, etc, causándonos perjuicio económico y daño moral.

Al respecto, el CONSORCIO señala lo siguiente:

1. Solicita que el señor Arbitro verifique que no existe conexión lógica, ni legal y ni fáctica entre lo señalado en la contestación de la demanda y lo requerido en la presente pretensión establecida en la reconvención, ya que la parte DEMANDADA en primer lugar, defiende la validez y eficacia del acto resolutivo de fecha 06 de agosto de 2012 y luego requiere que se declare la validez y eficacia del acto que revoca la citada Resolución para finalmente solicitar la indemnización por un supuesto incumplimiento por parte de la parte DEMANDANTE, a través de la presente pretensión, circunstancia que demuestra la incongruencia, falta de razonabilidad e irregularidad de sus pretensiones, por lo que solicita al señor arbitro en el presente extremo de la reconvención debe ser declarado INFUNDADO.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 12 de 39

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

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

ii) **EXCEPCIONES**

RESPECTO DE LA EXCEPCION DE INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE

1. La parte DEMANDANTE plantea la presente excepción de incapacidad del representante de CONSORCIO alegando que esta última no ha cumplido con presentar el Contrato de Consorcio a la que conste sus derechos y obligaciones con relación a la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012-EP/UO 0770 y suscripción del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS.
2. Sobre el particular, señala que, al momento de la suscripción del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS, el Ejército del Perú nunca requirió al CONSORCIO la formalización del CONTRATO de consorcio correspondiente, tan es así, que el CONTRATO materia del presente arbitraje se suscribió con fecha 27 de marzo de 2012 por ambas partes, en donde en la cláusula sexta PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO se observa objetivamente que:

"El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, siendo estas las siguientes:

- Constancia de No estar Inhabilitado para contratar con el Estado expedido por el OSCE (consorciados).
- Promesa Formal de Consorcio debidamente legalizada
- Copia de la constitución de la empresa y sus modificatorias debidamente actualizado.
- Copia del DNI del representante legal
- Declaración Jurada de Fiel Cumplimiento
- Copia del RUC de la empresa
- Código de Cuenta Interbancaria (CCI) y nombre del Banco"

3. La parte DEMANDADA a través de la cláusula sexta del CONTRATO materia del presente arbitraje determinó que el único documento necesario requerido por ellos mismos para acreditar la representación del CONSORCIO, para formalizar la relación contractual entre las partes, fue la promesa formal de Consorcio debidamente legalizada.
4. En ese sentido, la omisión del CONTRATO de Consorcio que imputan a la parte DEMANDADA conforme señalan al sustentar en su excepción de INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE, no es un hecho que se haya configurado por responsabilidad del CONSORCIO si no; por el desconocimiento, de la parte DEMANDADA de la normatividad aplicable en materia de contrataciones del Estado, toda vez que, si el MINISTERIO hubiese exigido la formalización del CONTRATO de Consorcio conforme lo prescribe el artículo 145º del Reglamento en su oportunidad, es decir; al momento de la suscripción del CONTRATO y este no se hubiera formalizado, la consecuencia lógica y legal es que el CONTRATO no se debía haber firmado entre las partes y haber tenido consecuencias jurídicas que son materia del presente arbitraje.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 13 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Miraflores Tel.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

5. En ese sentido, el MINISTERIO es la que dispuso, conforme se establece en la cláusula sexta del CONTRATO que el CONSORCIO presente tan sólo la PROMESA FORMAL DE CONSORCIO DEBIDAMENTE LEGALIZADA como un documento derivado del proceso de selección que establezca obligaciones para las partes, situación que ahora la primera de las partes pretende desconocer con la presente excepción de incapacidad de la parte DEMANDANTE y de su respectivo representante.
6. Es pertinente señalar además que, es la misma parte DEMANDADA la que suscribe en su oportunidad el presente CONTRATO sin oponerse como hemos demostrado, a la omisión de la formalización del CONTRATO de consorcio validando con dicha suscripción la promesa formal de consorcio debidamente legalizada conforme se le fue requerida al CONSORCIO en su oportunidad por el MINISTERIO al momento de suscribir el presente CONTRATO.
7. En ese sentido, la DEMANDADA no puede alegar la presente excepción de INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE y DE SU REPRESENTANTE, en una omisión de formalización de CONTRATO de consorcio que no fue requerida en su oportunidad por la DEMANDADA y que fue validada al momento de la suscripción del CONTRATO en virtud a los alcances de la cláusula sexta del mismo.
8. Por ello, se da por entendido que la omisión de formalizar el CONTRATO de consorcio por parte de la parte DEMANDANTE no inhibe que esta no tenga capacidad para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el citado contrato, máxime si, como hemos señalado la omisión deviene del desconocimiento por parte del MINISTERIO de no requerir en su oportunidad la formalización de dicho CONTRATO de Consorcio y validar, situación que no admite prueba en contrario por el solo efecto de la cláusula sexta del CONTRATO, la presentación de la promesa formal de consorcio con firmas legalizadas como el documento para establecer obligaciones legales entre las partes.
9. Asimismo, debemos señalar que la parte DEMANDADA a través de esta excepción formulada pretende desconocer los alcances del CONTRATO suscrito entre las partes, aludiendo la falta de capacidad del CONSORCIO en virtud a la omisión de presentación del CONTRATO de consorcio, sin observar que, es la misma DEMANDADA quien determinó la presentación de la promesa formal de consorcio debidamente legalizada en reemplazo del CONTRATO de Consorcio al momento de la suscripción del CONTRATO, situación que compete estrictamente a la esfera de responsabilidad del MINISTERIO, en la medida que ésta tiene la obligación de verificar que todos los documentos presentados cumplan con las exigencias dispuestas en las Bases y normas legales aplicables por lo que una vez que se haya realizado la citada revisión respectiva del cumplimiento de los citados requisitos será posible suscribirlo, por lo que queda absolutamente demostrado que la omisión de requerir la formalización del CONTRATO de consorcio no se llevó a cabo por parte de la parte DEMANDADA al momento de la suscripción y fue esta

Última la que solicitó la legalización de firmas de la promesa formal de consorcio, conforme se desprende de la cláusula sexta del CONTRATO.

10. Independientemente de la omisión de la presentación del CONTRATO de consorcio, el CONTRATO materia del presente arbitraje ha sido suscrito por las partes y ha generado obligaciones contractuales **de carácter patrimonial que es el sustento de la presente controversia** y no, como pretende la parte DEMANDADA, que el señor arbitro disponga la invalidez y eficacia legal de la relación contractual suscrita con el MINISTERIO en virtud a hechos que han surgido por la irresponsabilidad de esta última parte.
11. Asimismo, de conformidad con la cláusula décimo tercera del CONTRATO suscrito entre las partes se establece que en lo no previsto en este y de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento será de aplicación las disposiciones pertinentes del código civil vigente y demás normas concordantes por lo que, es aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil que dispone que "**Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla**" y asimismo, lo señalado en el artículo 1362º del Código Civil que señala que "**Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes**"; por lo que el señor Arbitro debe observar que la presente excepción tiene como finalidad desconocer los alcances de las obligaciones contractuales pactadas entre las partes aduciendo un vicio de invalidez y eficacia del contrato materia del presente arbitraje que fue configurado por la parte DEMANDADA al disponer que solo bastaba la presentación de la promesa formal de consorcio con firmas legalizadas para la suscripción del mismo, situación que no tuvo en su oportunidad ninguna observación por parte del MINISTERIO y que inclusive determinó la ejecución del CONTRATO en forma parcial hasta la indebida resolución del mismo materia del presente arbitraje, por lo que nuestra representada siempre actuó de buena fe desde su celebración hasta la ejecución interrumpida del citado CONTRATO.
12. Por las consideraciones expuestas, se solicita al señor Arbitro en su oportunidad declarar INFUNDADA la presente excepción en virtud a los hechos descritos y a las pruebas aportadas que devienen del propio CONTRATO que ahora pretende desconocer el MINISTERIO.

RESPECTO DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD FORMULADA POR EL DEMANDADO

1. La parte DEMANDADA plantea la presente excepción de caducidad en virtud a que, según señalan conforme al Acta de Conciliación expedida el día 17 de setiembre de 2012 por el Centro de Conciliación Extrajudicial "GANDHI" (Expediente N° 6148-2012) no hubo acuerdo entre las partes y por ello, desde el 18 de setiembre de 2012, conforme lo establece el artículo 215º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al caso concreto se prescribe que "**Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo**

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

de caducidad de quince (15 días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo total o parcial"; por lo que, señalan indebidamente que al hacer el computo respectivo, teniendo en cuenta que la Solicitud de Arbitraje fue notificada a su representada con fecha 10 de octubre de 2012, esta fue solicitada fuera del plazo de Ley por lo que se debe declarar NULO EL PROCESO ARBITRAL y DARLO POR CONCLUIDO.

2. Asimismo, la parte DEMANDADA ha realizado dicho cálculo sin tener en cuenta que, conforme se dispuso en el Decreto Supremo N° 095-2012-PCM se declaró feriados en Lima Metropolitana los días 01 y 02 de octubre de 2012, conforme se demuestra en la siguiente impresión de la norma dictada en su oportunidad:

Declaran día no laborable, a nivel de Lima Metropolitana y la Provincia Constitucional del Callao, para los trabajadores de los Sectores Público y Privado, los días lunes 1 y martes 2 de octubre de 2012

DECRETO SUPREMO
N° 095-2012-PCM

DECRETA

Artículo 1°.- Días no laborables.

Declaran día no laborable, a nivel de Lima Metropolitana y la Provincia Constitucional del Callao, para los trabajadores de los Sectores Público y Privado, los días lunes 1° y martes 2 de octubre de 2012. Para los fines tributarios, dichos días serán considerados hábiles.

Artículo 2°.- Compensación de horas

En el sector público, las horas dejadas de laborar durante los días declarados no laborables serán compensadas en los días inmediatos posteriores, o en la oportunidad que establezca el Titular de cada entidad pública, en función a las necesidades de la misma. En el sector privado, mediante acuerdo entre el empleador y sus trabajadores, se establecerá la forma como se hará efectiva la recuperación de las horas dejadas de laborar. A falta de acuerdo, decidirá el empleador.

Artículo 3°.- Supuesto de excepción

Si permanecido lo establecido en los artículos precedentes, los titulares de las entidades del Sector Público adoptarán las medidas necesarias para garantizar a la comunidad, durante los días no laborables establecidos, la provisión de aquellos servicios que resultan indispensables.

Artículo 4°.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

3. Se solicita al señor Arbitro, tener en cuenta de que si se contabiliza en el caso concreto desde el 18 de setiembre de 2012, 15 días hábiles para poder iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido por Ley, el CONSORCIO tenía como fecha límite para interponer la citada solicitud hasta el 10 de octubre de 2012, si se consideran los días 01 y 02 de octubre de 2012 como días inhábiles conforme dispone la norma citada, la cual ha sido desconocida por la parte DEMANDADA con la sola intención de promover una supuesta nulidad del presente proceso arbitral sin el sustento legal y fáctico pertinente, como se ha demostrado en el presente extremo.
4. En ese sentido, se solicita al señor Arbitro que en su oportunidad, disponga declarar INFUNDADA la presente excepción de caducidad por no estar acorde con los hechos y la norma legal señalada en el presente escrito.

VI. ACTUACIONES ARBITRALES

i) Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 16 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Gómez

1. El día 10 de octubre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes del CONSORCIO y el MINISTERIO.
2. De otro lado, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO

Primer Punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único disponga que se reconozca y ordene al EJERCITO pagar al CONSORCIO, la suma de S/. 130,000.00, incluidos los impuestos de Ley, por los daños y perjuicios originados por la resolución parcial del Contrato N° 016-2012 M/D-absto, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/OU 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", (en adelante, CONTRATO) y por el daño emergente ocasionado por la demora innecesaria en la solución de la presente controversia, así como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje

Segundo Punto controvertido: En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al MINISTERIO pagar al CONSORCIO la suma de S/. 18,988.98 nuevos soles por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, respecto de las cuales no fueron emitidas las órdenes de servicio y cuya ejecución ha sido reconocida por el MINISTERIO, al momento de la resolución parcial del CONTRATO.

DE LA RECONVENCION DEL MINISTERIO

Tercer Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 y el Oficio N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012, a través de la cual se resuelve el CONTRATO.

Cuarto Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta N° 024 M/D-ABSTO de fecha 05 de septiembre de 2012, con la cual el EJERCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO y se proceda a su continuación hasta su total culminación.

Quinto Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al CONSORCIO pagar a favor del MINISTERIO la suma de S/. 150,000.00 por concepto de daños y perjuicios originados por el incumplimiento del CONSORCIO en la continuación del CONTRATO, toda vez que desde el 11 de setiembre 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, el CONSORCIO tuvo más de tres (03) meses para ejecutar totalmente el CONTRATO, causando perjuicio económico y daño moral.

3. Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

Del CONSORCIO

Se admitieron los documentos ofrecidos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS", del escrito N° 1 "Demanda Arbitral" de fecha 7 de agosto de 2013.

En el rubro "Medios probatorios", del escrito N° 2 "Absuelve reconvención", del 20 de septiembre de 2013, el CONSORCIO ofrece los mismos medios de pruebas de la demanda.

Del GOBIERNO

Se admitieron los documentos ofrecidos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" y "Medios Probatorios" del escrito "Contesta demanda arbitral, deduce excepciones y otro", ingresado el 2 de septiembre de 2013.

ii) **Conclusión de la etapa de pruebas y presentación de alegatos**

1. En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Árbitro declaró la conclusión de la etapa de pruebas y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días, para que presenten sus alegatos escritos.
2. CONSORCIO y el MINISTERIO con fecha 17 de octubre de 2013 cumplieron con presentar sus alegatos finales, los cuales fueron tramitados con Resolución N° 7 del 28 de octubre de 2013. En la misma resolución, el Árbitro Único estableció que el expediente se encontraba listo para laudar y fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para expedir el laudo, reservando el derecho de ampliar dicho plazo en caso lo considere necesario.
3. En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

CONSIDERANDO:

i) **CUESTIONES PRELIMINARES**

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 CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que el MINISTERIO fue debidamente emplazada 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 Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

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.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 18 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Miraflores Tel.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

ii) ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES

RESPECTO DE LA EXCEPCION DE INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE

Sustento de la entidad:

- a) De la Copia de la Promesa Formal de Consorcio, que se adjunta como anexo de la demanda, se establece que el CONSORCIO, no ha cumplido con presentar el Contrato del Consorcio en la que conste los derechos y obligaciones con relación a la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012-EP/UO 0770 y suscripción del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS, que suscribió como ganador de la buena pro y a la que se encuentra obligado, conforme consta del párrafo 2 de su promesa formal, así como de las bases integradas.
- b) La omisión de presentación del Contrato de Consorcio, no sólo haría inválida y sin eficacia legal la relación contractual suscrita con el MINISTERIO, sino además de no ser presentada a tiempo y con las formalidades que exige la ley para su validez y ejecución, se está ante la presentación de una demanda arbitral por un representante legal de la parte DEMANDANTE que es incapaz, además de que éste tampoco ha presentado el documento que lo legalice y faculte como tal, en la presente acción.
- c) Es menester hacer presente, que para acreditar no sólo la validez del CONTRATO de consorcio, sino también su eficacia, la DEMANDADA debe presentar obligatoriamente copia del CONTRATO de Consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público por cada uno de sus integrantes, de sus apoderados o representantes legales, conforme lo prescribe el Art. 145º del DS N° 184-2008-EF - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado; así como la inscripción de su RUC ante la SUNAT, para llevar la contabilidad del contrato, ya sea en forma "independiente" o "por cada parte contratante" (empresa integrante del consorcio), para lo cual debe acreditar su autorización de la SUNAT, de acuerdo como lo que haya declarado y en el plazo establecido (05 y 15 días respectivamente, desde su suscripción del contrato de consorcio).
- d) En el caso, que la parte DEMANDANTE no acredite lo expuesto, con documentos idóneos dentro del plazo legal y debidamente legalizados, la parte DEMANDADA SOLICITA que la presente excepción sea declarada FUNDADA EN SU OPORTUNIDAD Y DAR POR CONCLUIDO el presente Proceso Arbitral.

Sustento del contratista:

- a) Señala que, al momento de la suscripción del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS, el Ejército del Perú nunca requirió al CONSORCIO la formalización del CONTRATO de consorcio correspondiente, tan es así, que el CONTRATO materia del presente arbitraje se suscribió con fecha 27 de marzo de 2012 por ambas partes, en donde en la cláusula sexta PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO se observa objetivamente que:

"El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, siendo estas las siguientes:

- Constancia de No estar Inhabilitado para contratar con el Estado expedido por el OSCE (consorciados).
 - **Promesa Formal de Consorcio debidamente legalizada**
 - Copia de la constitución de la empresa y sus modificatorias debidamente actualizado.
 - Copia del DNI del representante legal
 - Declaración Jurada de Fiel Cumplimiento
 - Copia del RUC de la empresa
 - Código de Cuenta Interbancaria (CCI) y nombre del Banco"
- b) La entidad a través de la cláusula sexta del CONTRATO materia del presente arbitraje determinó que el único documento necesario requerido por ellos mismos para acreditar la representación del CONSORCIO, para formalizar la relación contractual entre las partes, fue la promesa formal de Consorcio debidamente legalizada.
- c) En ese sentido, la omisión del CONTRATO de Consorcio que imputan a la parte DEMANDADA conforme señalan al sustentar en su excepción de INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE Y DE SU REPRESENTANTE, no es un hecho que se haya configurado por responsabilidad del CONSORCIO si no; por el desconocimiento, de la parte DEMANDADA de la normatividad aplicable en materia de contrataciones del Estado, toda vez que, si el MINISTERIO hubiese exigido la formalización del CONTRATO de Consorcio conforme lo prescribe el artículo 145º del Reglamento en su oportunidad, es decir; al momento de la suscripción del CONTRATO y este no se hubiera formalizado, la consecuencia lógica y legal es que el CONTRATO no se debía haber firmado entre las partes y haber tenido consecuencias jurídicas que son materia del presente arbitraje.
- d) El MINISTERIO es quien que dispuso, conforme se establece en la cláusula sexta del CONTRATO que el CONSORCIO presente tan sólo la PROMESA FORMAL DE CONSORCIO DEBIDAMENTE LEGALIZADA como un documento derivado del proceso de selección que establezca obligaciones para las partes, situación que ahora la primera de las partes pretende desconocer con la presente excepción de incapacidad de la parte DEMANDANTE y de su respectivo representante.
- e) El Ministerio es quien suscribe en su oportunidad el presente CONTRATO sin oponerse como hemos demostrado, a la omisión de la formalización del CONTRATO de consorcio validando con dicha suscripción la promesa formal de consorcio debidamente legalizada conforme se le fue requerida al CONSORCIO en su oportunidad por el MINISTERIO al momento de suscribir el presente CONTRATO.
- f) El Ministerio no puede alegar la excepción de INCAPACIDAD DEL DEMANDANTE y DE SU REPRESENTANTE, en una omisión de formalización de CONTRATO de consorcio que no fue requerida en su oportunidad por la DEMANDADA y que fue validada al

momento de la suscripción del CONTRATO en virtud a los alcances de la cláusula sexta del mismo.

- g) Se da por entendido que la omisión de formalizar el CONTRATO de consorcio por parte de la parte DEMANDANTE no inhibe que esta no tenga capacidad para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el citado contrato, máxime si, como hemos señalado la omisión deviene del desconocimiento por parte del MINITSERIO de no requerir en su oportunidad la formalización de dicho CONTRATO de Consorcio y validar, situación que no admite prueba en contrario por el solo efecto de la cláusula sexta del CONTRATO, la presentación de la promesa formal de consorcio con firmas legalizadas como el documento para establecer obligaciones legales entre las partes.
- h) Independientemente de la omisión de la presentación del CONTRATO de consorcio, el CONTRATO materia del presente arbitraje ha sido suscrito por las partes y ha generado obligaciones contractuales de carácter patrimonial que es el sustento de la presente controversia y no, como pretende la parte DEMANDADA, que el señor arbitro disponga la invalidez y eficacia legal de la relación contractual suscrita con el MINISTERIO en virtud a hechos que han surgido por la irresponsabilidad de esta última parte.
- i) De conformidad con la cláusula décimo tercera del CONTRATO suscrito entre las partes se establece que en lo no previsto en este y de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento será de aplicación las disposiciones pertinentes del código civil vigente y demás normas concordantes por lo que, es aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil que dispone que "*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*" y asimismo, lo señalado en el artículo 1362º del Código Civil que señala que "*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*"; por lo que el señor Arbitro debe observar que la presente excepción tiene como finalidad desconocer los alcances de las obligaciones contractuales pactadas entre las partes aduciendo un vicio de invalidez y eficacia del contrato materia del presente arbitraje que fue configurado por la parte DEMANDADA al disponer que solo bastaba la presentación de la promesa formal de consorcio con firmas legalizadas para la suscripción del mismo, situación que no tuvo en su oportunidad ninguna observación por parte del MINISTERIO y que inclusive determinó la ejecución del CONTRATO en forma parcial hasta la indebida resolución del mismo materia del presente arbitraje, por lo que nuestra representada siempre actuó de buena fe desde su celebración hasta la ejecución interrumpida del citado CONTRATO

Posición del árbitro único:

- a) El Artículo 145º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: *El contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario por cada uno de los integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda, designándose en dicho documento*

al representante o apoderado común. No tendrá eficacia legal frente a la Entidad los actos realizados por personas distintas al representante o apoderado común.

Al suscribirse el contrato de consorcio se mantendrá la información referida al porcentaje de obligaciones de cada uno de sus integrantes, conforme a lo indicado en la promesa formal del consorcio.

Los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo, estando facultada la Entidad, en dichos casos, para demandar a cualquiera de ellos por los daños y perjuicios causados. El incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se hayan individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno.

- b) La Directiva N° 16 -2012-OSCE/CD, regula la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado. Establece en su numeral 6.4.2. que la promesa de consorcio debe ser suscrita por cada uno de sus integrantes o de sus representantes legales.
- c) Como se puede apreciar tanto la normativa de contrataciones, como la Directiva N° 16-2012 establecen la obligatoriedad de designar al representante del consorcio.
- d) No ha sido materia sometida a este árbitro único pronunciarse sobre la validez del contrato, en tal sentido hacerlo implicaría un pronunciamiento extrapetita, razón por la que no nos vamos a pronunciar sobre las implicancias de no haber presentado el contrato de consorcio debidamente suscrito,
- e) Por lo expuesto, Este Arbitro Único que el contrato suscrito por las partes identifica plenamente a los representantes de cada una de ellas y en ese sentido declara INFUNDADA la presente excepción

RESPECTO DE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD FORMULADA POR EL DEMANDADO

Argumentos de la Entidad

- a) Del Acta de Conciliación N° 6148-2012 **expedida el día 17 de setiembre de 2012**, por el Centro de Conciliación Extrajudicial "GANDHI" en el Exp. N° 6013-2012, se acredita que no hubo acuerdo por parte del MINISTERIO sobre las pretensiones del CONSORCIO. Dicho documento ha sido anexado como prueba en la demanda arbitral.
- b) La parte DEMANDANTE, mediante **Carta de fecha 10 de octubre de 2012**, hizo conocer su petición de solicitud de arbitraje, conforme consta del documento que presentó ante el OSCE y que obra en el expediente, el cual ha sido mencionado en el exhorto del Acta de Instalación del presente proceso arbitral (Fecha de inicio del proceso arbitral: 10 oct 2012 y su pie de página).
- c) Al respecto, la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 015-2012-EP/UO 0770 ADS de 27 Mar 2012, (ARBITRAJE), señala que:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e

Arbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado".

- d) En el presente caso resulta de aplicación lo dispuesto por el tercer párrafo del Art. 170º del DS N° 184-2008-EF- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: "Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".
- e) De igual forma, el tercer párrafo del Art. 215º del DS N° 184-2008-EF - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, prescribe:
- "Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial".* (El subrayado y negrita es nuestro)
- f) En ese sentido, se puede apreciar que habiéndose emitido el **Acta de No Acuerdo Conciliatorio entre las partes con fecha 17 de setiembre de 2012**; y habiendo la parte DEMANDANTE interpuesto su **Solicitud de Arbitraje con fecha 10 de octubre de 2012**, se acredita que esta última ha perdido la potestad de ejercer un acto de carácter arbitral para tener efectos jurídicos en su pretensión, toda vez que lo **ha solicitado fuera del plazo de Ley**.
- g) En efecto, haciendo el cómputo respectivo, se tiene que desde el 18 de setiembre 2012 (día siguiente de emitida el Acta de No Acuerdo Conciliatorio) la parte DEMANDANTE tuvo la oportunidad de solicitar el arbitraje hasta el 09 de octubre de 2012 (15 días hábiles); **SIN EMBARGO**, al haber solicitado el CONSORCIO, el inicio del Arbitraje **con fecha 10 de octubre de 2012**, se establece fehacientemente que se encuentra fuera del plazo perentorio establecido en la Ley.
- h) Por consiguiente, la parte DEMANDANTE ha perdido su derecho a entablar la acción correspondiente, **POR CUANTO HA INICIADO EL ARBITRAJE FUERA DEL PLAZO DE QUINCE (15) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES DE EMITIDA EL ACTA DE NO ACUERDO TOTAL O PARCIAL ENTRE LAS PARTES**, conforme lo establece el tercer párrafo del Art. 215º del DS N° 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, **POR LO QUE HA OPERADO LA CADUCIDAD DE PLENO DERECHO.**

Arguments del Contratista

- a) La parte DEMANDADA ha realizado su cálculo del plazo sin tener en cuenta que, conforme se dispuso en el Decreto Supremo N° 095-2012-PCM se declaró feriados en Lima Metropolitana los días 01 y 02 de octubre de 2012, conforme se demuestra en la siguiente impresión de la norma dictada en su oportunidad:

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 23 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Mirallos Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

Declaran día no laborable, a nivel de Lima Metropolitana y la Provincia Constitucional del Callao, para los trabajadores de los Sectores Público y Privado, los días lunes 1 y martes 2 de octubre de 2012

DECRETO SUPREMO
Nº 096-2012-PCM

DECRETA:

Artículo 1º.- Días no laborables.

Declarar día no laborable, a nivel de Lima Metropolitana y la Provincia Constitucional del Callao, para los trabajadores de los Sectores Público y Privado, los días lunes 1º y martes 2º de octubre de 2012. Para los fines tributarios, dichos días serán considerados hábiles.

Artículo 2º.- Compensación de horas

En el sector público, las horas dejadas de laborar durante los días declarados no laborables, serán compensadas en los días inmediatos posteriores, o en la oportunidad que establezca el Titular de cada entidad pública, en función a las necesidades de la misma. En el sector privado, mediante acuerdo entre el empleador y sus trabajadores, se establecerá la forma como se hará efectiva la recuperación de las horas dejadas de laborar; a falta de acuerdo, decidirá el empleador.

Artículo 3º.- Supuesto de excepción

Si perjuicio o daño establecido en los artículos precedentes, los titulares de las entidades del Sector Público adoptarán las medidas necesarias para garantizar a la comunidad, durante los días no laborables establecidos, la provisión de aquellos servicios que resultan indispensables.

Artículo 4º.- Referido

El presente Decreto Supremo será referido por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

- b) Contabilizar en el caso concreto, desde el 18 de setiembre de 2012, 15 días hábiles para poder iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido por Ley. el CONSORCIO tenía como fecha límite para interponer la citada solicitud hasta el 10 de octubre de 2012, si se consideran los días 01 y 02 de octubre de 2012 como días inhábiles conforme dispone la norma citada, la cual ha sido desconocida por la parte DEMANDADA con la sola intención de promover una supuesta nulidad del presente proceso arbitral sin el sustento legal y fáctico pertinente, como se ha demostrado en el presente extremo

Posición del árbitro único:

- a) El Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece:
Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.
- b) El artículo de la Ley de Contrataciones establece:
Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 24 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0973
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50º de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

- c) El Artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.
- d) Este Árbitro Único, entiende que el CONSORCIO tenía como fecha límite para interponer la solicitud hasta el 10 de octubre de 2012, al considerar los días 01 y 02 de octubre de 2012 como días inhábiles conforme lo dispone el decreto Supremo N° 095-2012-PCM, y en ese sentido, se solicita al señor Arbitro que en su oportunidad, disponga declarara INFUNDADA la presente excepción.

iii) ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO

Primer Punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único disponga que se reconozca y ordene al EJERCITO pagar al CONSORCIO, la suma de S/. 130,000.00, incluidos los impuestos de Ley, por los daños y prejuicios originados por la resolución parcial del Contrato N° 016-2012 M/D-absto, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/OU 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", (en adelante, CONTRATO) y por el daño emergente ocasionado por la demora innecesaria en la solución de la presente controversia, así como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje

Sobre el particular el Contratista alega:

- a) El Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/OU 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. El mencionado CONTRATO, se venía ejecutando con normalidad habiéndose efectuado prestaciones a favor del MINISTERIO sin observaciones por el monto de S/. 99,682.50 nuevos soles, quedando un saldo por ejecutar de S/. 97,776.00 nuevos soles y un saldo por pagar de S/. 18,999.98 nuevos soles, los cuales corresponden a actividades realizadas por nuestra representada y que no fueron giradas las órdenes de servicio por parte de la Entidad y que en la Resolución del Contrato reconocen su ejecución.
- b) Con fecha 06 de agosto de 2012, mediante Carta Notarial N° 11 M/D-absto se comunica a el CONSORCIO, de la intención del MINISTERIO, de resolver el CONTRATO parcialmente en virtud del artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, aduciendo caso fortuito o fuerza mayor, en el contenido

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 25 de 39

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

del Oficio N° 250/S-3/e.3a/18.30 de fecha 16 de julio de 2012, en donde la Jefatura de Bienestar del Ejército señala literalmente que *"Las FFAA se encuentran en operaciones en el VRAEM, lo que motiva que personal militar de la guarnición Lima, tenga que desplazarse a la zona de operaciones. Asimismo los conflictos sociales en el norte, centro y sur del país han motivado que efectivos militares tengan que desplazarse a la ciudad de Cajamarca, Ayacucho y Puno, a fin de poder coadyuvar con la PNP, al restablecimiento del orden interno y/o público, siendo entonces esto causal de fuerza mayor que ha conllevado a que desaparezca algunas necesidades de actividades de bienestar"*.

- c) Conforme a lo establecido en el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONSORCIO, desconoce las razones señaladas como caso fortuito y fuerza mayor mediante Carta Notarial N° 54901 de fecha 27 de agosto de 2012, en la medida que la Jefatura de Bienestar justifica el caso fortuito y fuerza mayor en la ejecución de funciones inherentes a las funciones del MINISTERIO, como son el traslado militar de la guarnición de Lima a diversos puntos del país donde existen conflictos sociales o al VRAEM, hechos que no son extraordinarios, imprevisibles o irresistibles que impidan la ejecución de las obligaciones pactadas en el CONTRATO, en la medida que son acciones que desarrollan las fuerzas armadas en forma permanente en el territorio nacional y que incluso, cuentan con su propia asignación presupuestal, como son las acciones en el VRAEM; por lo que no se ha sustentado debidamente el caso fortuito o fuerza mayor invocado, razones por las cuales, frente a la controversia relacionada con la resolución parcial del CONTRATO decidimos someter a conciliación la resolución invocada antes del vencimiento del plazo de su consentimiento conforme se establece en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- d) Con fecha 12 de setiembre de 2012, el MINISTERIO remite al CONSORCIO la Carta Notarial N° 024 M/d-absto, de fecha 05 de setiembre de 2013, mediante la cual señalan que reconsideran su decisión de resolver los contratos y que han dispuesto continuar con los mismos (entre ellos, el CONTRATO materia de arbitraje), sin embargo; Teniendo en cuenta la vigencia contractual la cual era hasta el 31 de diciembre de 2012, resulta inejecutable solicitar la nulidad de la Resolución contractual invocada por la parte DEMANDADA y exigir la continuidad del mismo; en la medida que a la fecha el citado CONTRATO ya ha vencido, por lo cual de conformidad con el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual establece taxativamente que *"Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad"*; en ese sentido el CONSORCIO solicita como primera pretensión se confirme la Resolución del CONTRATO y se proceda a ordenar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por el saldo contractual resuelto por el MINISTERIO; solicitud que está establecida expresamente en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y cuya determinación es obligatoria bajo responsabilidad del Titular del MINISTERIO.
- e) Con relación a los daños y perjuicios causados, la Resolución Parcial del CONTRATO aduciendo caso fortuito y fuerza mayor conforme lo establece el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no es aplicable en el presente caso, en la medida que los hechos aducidos por el MINISTERIO no son

extraordinarios, imprevisibles o irresistibles que impidieron en su oportunidad la ejecución de las obligaciones pactadas en el CONTRATO; por lo que corresponde que la demandada efectué el resarcimiento por los daños ocasionados a nuestra representada, por lo cual la parte DEMANDANTE efectúa las siguientes precisiones de los elementos configurativos de la responsabilidad contractual de la entidad:

i) La imputabilidad: En el caso que nos ocupa, la responsabilidad contractual imputada, ha sido generada por quienes han actuado en nombre y representación del MINISTERIO, para resolver sus obligaciones contractuales contenidas en el CONTRATO materia del arbitraje; pues dicha parte actuó sin sustentar debidamente los hechos señalados como caso fortuito y fuerza mayor con la sola intención de paralizar injustificadamente la ejecución de prestaciones pactadas con el CONSORCIO en el CONTRATO, con el perjuicio económico que esto ocasiona esta última.

ii) El daño: En la presente demanda, la parte DEMANDADA ha acreditado fehacientemente que se ha producido un daño emergente objetivo, cierto y actual de los intereses de dicha parte, amparada por el CONTRATO materia del presente arbitraje suscrito con la entidad, pues se ha producido un menoscabo patrimonial valorizado en S/. 130,000 nuevos soles, incluidos los impuestos de Ley, por lo que la parte DEMANDANTE requiere la satisfacción de sus intereses motivados por la indebida resolución contractual ejecutada por la parte DEMANDADA.

iii) La ilicitud o antijuricidad: Con el proceder de la DEMANDADA, se ha evidenciado un grado de ilicitud objetiva, al haberse producido una contravención al ordenamiento jurídico en su conjunto que protege y ampara, las actuaciones de las personas sean naturales o jurídicas que procedan dentro del marco de la Ley y la Constitución; en el presente caso, se tiene que el MINISTERIO violentó la continuidad de la ejecución del CONTRATO sin que medie causa justificable alegando caso fortuito y fuerza mayor; dicho accionar derivó a la vez en una ilicitud subjetiva, relacionada al menoscabo de los derechos o intereses jurídicamente protegidos que tiene el CONSORCIO, en su calidad de contratista, como eran las expectativas ciertas y legítimas que tenía sobre la demandada de cumplir sus obligaciones contendidas en el compromiso contractual declarado resuelto.

iv) Factores de atribución: En el presente caso, corresponde atribuir la existencia de dolo por parte de la parte DEMANDADA, la misma que consistió en la intención de dejar de cumplir las obligaciones pactadas en el CONTRATO declarado resuelto.

v) El nexo causal: Lo dicho hasta el momento, también acredita la existencia de un vínculo ineludible entre el hecho antecedente, esto es el incumplimiento de las obligaciones de la parte DEMANDADA, y el hecho consecuente, que es la producción de un detimento o menoscabo en el patrimonio de hacia la parte DEMANDANTE.

¶ De otro lado, el MINISTERIO ha causado al CONSORCIO un perjuicio objetivo detallado como pretensión accesoria en su demanda arbitral, en la medida que en la parte ejecutada del Contrato y reconocida como pagada por parte de la DEMANDADA, es decir la suma de S/. 99,682.50 nuevos soles, se ha omitido por parte de esta última girar las correspondientes órdenes de servicio valorizadas en la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles, toda vez que solo se ha facturado y pagado la suma de S/. 80,682.52 nuevos soles, conforme se demuestra con las facturas que anexamos en calidad de medio probatorio en la demanda antes dicha. En ese sentido, se ha solicitado se convine a la parte DEMANDADA al momento de laudar se ordene el pago de la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles por la ejecución de

actividades programadas en el CONTRATO que no han sido regularizadas por la Entidad respecto de la parte contractual ejecutada.

g) Por lo expuesto en el detalle de los hechos, la pretensión principal de la demanda arbitral del CONSORCIO, está destinada a que el MINISTERIO pague la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados a la primera de las partes por la indebida resolución parcial del CONTRATO materia del presente procedimiento arbitral, sin que medie justificación real y racional que sustente el supuesto caso fortuito y fuerza mayor en virtud de lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que en estricta aplicación al artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones corresponde al CONSORCIO, al ser parte perjudicada, la indemnización de daños y perjuicios solicitada esta, así como las pretensiones accesorias que devienen de la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al MINISTERIO en la ejecución del CONTRATO en la parte contractual que no ha sido materia de resolución contractual.

La Entidad señala:

- i. Con relación a la resolución del CONTRATO por causal de "Fuerza Mayor", la parte DEMANDADA menciona que dicha cláusula está referida a "hechos que no se puede evitar y que tampoco se puede prever", es decir, sirva para cubrir posibilidades fuera de control de las partes, como por ejemplo: huelgas, guerra, desastres naturales, etc. En conclusión, es una fuerza imposible de evitar o de prever más allá del control por la parte, que hace imposible el cumplimiento de una obligación.
- ii. Conforme consta de la Carta Notarial N° 11 M/D-Absto de 03 Ago 2012 y del Oficio N° 250/S-2/e.3a/18.30 de 16 de julio de 2012, la parte DEMANDADA sustenta la resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS de 27 de marzo de 2012, en el hecho que personal militar (Oficiales, Técnicos y Suboficiales) de la guarnición de Lima se ha desplazado al VRAEN y a la zona de conflictos sociales en el norte, centro y sur del país, a efecto de coadyuvar con la PNP a restablecer el orden interno, que por mandato constitucional le corresponde, motivo por el cual ha desaparecido las necesidades de actividades de bienestar que se ha contratado.
- iii. En efecto, es de público conocimiento que a partir del mes de julio 2012, se desató conflictos sociales en el país:
 - En la Zona Norte, en Cajamarca los ronderos hicieron un paro indefinido contra la empresa Minera CONGA, conjuntamente con el SUTEP.
 - En la Zona Central, en Ancash, se dio la mayor cantidad de conflictos sociales contra empresas mineras y energéticas.
 - En la zona Sur, en Cuzco, la población se levantó contra la minera Tintaya, así como protestaron por el gas en la convención.
- iv. Tanto el Ejército como la PNP, cuenta con personal militar y policial que se encuentra acantonado en diversas zonas del país y cuentas con su presupuesto anual para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, al suceder conflictos

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

sociales de gran magnitud, cuando la capacidad de la PNP es sobrepasada para mantener el orden público e interno, es que se recurre al personal militar, para apoyar a la PNP en su misión constitucional.

- v. Dichos conflictos sociales de gran magnitud, así como el apoyo que presta la Fuerza Armada a la PNP, es un hecho que no se puede prever con anticipación (como por ejemplo un plan de adquisiciones en el año), toda vez que dicha situación ocurre en forma imprevisible, de un momento a otro, y no está calendarizadas previamente en determinadas fechas y horas.
- vi. En tal sentido, según señala la parte DEMANDADA, si el personal militar de la guarnición de Lima, salió al interior del país a coadyuvar con la PNP a solucionar el orden interno, resulta evidente que en Lima no quedaba personal militar a quien brindar el bienestar programado para la temporada de invierno, motivo por el cual, el Jefe de Bienestar del Ejército comunicó la desaparición de dicha necesidad por causal de fuerza mayor, resolviéndose el CONTRATO conforme a lo dispuesto por el Art. 44º de la Ley de Contrataciones del Estado.
- vii. Respecto del supuesto, según indica el MINISTERIO, el "daño emergente" solicitado por el CONSORCIO, no se encuentra acreditado con medio de prueba en modo alguno; vale decir, en primer lugar, desde que se le comunicó la resolución del CONTRATO (06 de agosto 2012) hasta el 11 de septiembre de 2012 (en que se le remitió la *Carta N° 024 M/d-absto, en que se le comunicó dejar sin efecto la resolución de contrato y la continuación del contrato*); es decir, **UN MES**, el CONSORCIO no sustenta con documentos, cual es el daño sufrido en dicho lapso de tiempo, ni los supuestos gastos efectuados que tengan relación de causalidad con la actividad contratada para poder ser indemnizada.
- viii. el MINISTERIO segun indica, resulta ser la parte agravada, pues ha sufrido perjuicio económico y daño moral, al no haber asumido el CONSORCIO su responsabilidad de proporcionar el servicio de orquesta para las actividades por navidad, día del Ejército (09 Dic), chocolatada navideña, etc.
- ix. Finalmente, el MINISTERIO indica que, el CONSORCIO en su solicitud de conciliación pide se le indemnice con la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 49,000.00) y en la presente demanda arbitral solicita sin sustentar en modo alguno, la suma de CIENTO TREINTA MIL NUEVOS SOLES (S/ 130,000.00), lo que demuestra no sólo el carácter subjetivo de su pretensión, sino además que no lo puede acreditar en forma alguna

C Criterio del árbitro Único

- I) Este árbitro único considera necesario para poder pronunciarse respecto al punto controvertido, es decir la indemnización solicitada, analizar si la resolución del Ejercito resulta valida o no.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 29 de 39

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

- ii) El artículo 44º de la Ley de Contrataciones establece

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 causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados

- iii) Este arbitro único considera que mediante la resolución del contrato se busca "dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones"

- iv) El artículo 1315 del Código Civil establece:

"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"

- v) La Opinión N° 028-2010/DTN del OSCE establece:

«Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra.

Asimismo —y directamente vinculado a lo extraordinario—un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor, puesto que este tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Finalmente, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

Ahora, adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la voluntad del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad.

De lo expuesto, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir

- vi) El Decreto Legislativo N° 1137 Ley del Ejercito del Perú establece en su artículo 4º numeral 3) la siguiente función del Ejercito:

Participar en el control del orden interno, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú y la normatividad legal vigente.

- vii) Por lo expuesto este árbitro único considera que los argumentos establecidos por la entidad como causal de fuerza mayos, al encontrarse dentro de las funciones de la misma no configuran como caso Fortuito o fuerza mayor. Por lo que no resulta valida la resolución de contrato basada en la misma.

viii) Con relación a la indemnización solicitada por el contratista) El artículo 1321, del Código civil establece:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída

ix) La doctrina establece que existe daño emergente cuando se incumple un contrato, cuando se destruye o deteriora un bien, o cuando se lesiona una persona, entre otros.

x) En el presente caso se aprecia que las partes suscribieron el Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/UO 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. Del cual las partes reconocen que existe un saldo por ejecutar ascendente a S/. 97,776.00 nuevos soles.

xii) Considerando que la resolución contractual efectuada por la entidad no encuadra en los supuestos de fuerza mayor/caso fortuito, que la misma deviene en inaplicable, que al cortarse de manera operativa las prestaciones brindadas por causa imputable a la entidad, se le generó un perjuicio económico al contratista en su valida aspiración a cobrar el importe total establecido en el contrato, que el artículo 44 de la Ley de Contrataciones reconoce al contratista el derecho a ser indemnizado ante incumplimiento de la entidad, corresponde amparar la pretensión, circunscribiendo la misma al importe dejado de percibir, el cual en este caso y por las consideraciones expuestas tiene carácter indemnizatorio y asciende a S/. 97,776.00 nuevos soles

O
Segundo Punto controvertido: En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al MINISTERIO pagar al CONSORCIO la suma de S/. 18,988.98 nuevos soles por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, respecto de las cuales no fueron emitidas las órdenes de servicio y cuya ejecución ha sido reconocida por el MINISTERIO, al momento de la resolución parcial del CONTRATO.

a) Sobre el particular el Contratista alega:

i) El Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/UO 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles con una vigencia hasta el 31 de

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

diciembre de 2012. El mencionado CONTRATO, se venía ejecutando con normalidad habiéndose efectuado prestaciones a favor del MINISTERIO sin observaciones por el monto de S/. 99,682.50 nuevos soles, quedando un saldo por ejecutar de S/. 97,776.00 nuevos soles y un saldo por pagar de S/. 18,999.98 nuevos soles, los cuales corresponden a actividades realizadas por nuestra representada y que no fueron giradas las ordenes de servicio por parte de la Entidad y que en la Resolución del Contrato reconocen su ejecución.

- ii) El MINISTERIO ha causado al CONSORCIO un perjuicio objetivo detallado como pretensión accesoria en su demanda arbitral, en la medida que en la parte ejecutada del Contrato y reconocida como pagada por parte de la DEMANDADA, es decir la suma de S/. 99,682.50 nuevos soles, se ha omitido por parte de esta última girar las correspondientes ordenes de servicio valorizadas en la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles, toda vez que solo se ha facturado y pagado la suma de S/. 80,682.52 nuevos soles, conforme se demuestra con las facturas que anexamos en calidad de medio probatorio en la demanda antes dicha. En ese sentido, se ha solicitado se convine a la parte DEMANDADA al momento de laudar se ordene el pago de la suma de S/. 18,999.98 nuevos soles por la ejecución de actividades programadas en el CONTRATO que no han sido regularizadas por la Entidad respecto de la parte contractual ejecutada.

b) La entidad señala:

- i) Respecto de la pretensión del CONSORCIO, que el MINISTERIO le reconozca el pago de DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO CON 98/100 NUEVOS SOLES (S/. 18,988.98), por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, según indica esta última parte, la DEMANDANTE no presenta ni acredita con documento alguno, la conformidad de recepción del servicio por parte de la DEMANDADA a la que se encuentra obligado conforme a la cláusula novena del CONTRATO y mucho menos la orden de servicio respectivo.
- ii) No indica cuales son aquellas actividades por las que se le debería abonar la cantidad de dinero solicitada.
- iii) El CONSORCIO, se limita a colegir dicha deuda del contenido de la Carta Notarial N° 11 M/D-Absto de 03 Ago 2012 y Oficio N° 250/S-2/e.3a/18.30 de 16 de julio de 2012, que resuelven parcialmente el CONTRATO, el cual no acredita en forma alguna dicha deuda.

c) Criterio del árbitro Único

En el presente caso se aprecia que las partes suscribieron el Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/UE 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles con

una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. Del cual las partes reconocen que existe prestaciones ejecutadas hasta por la suma de a S/. 99,682.50 nuevos soles, habiéndose acreditado el pago de la suma de S/. 80,682.52 nuevos soles. . Este árbitro único considerando que la entidad no ha acreditado haber efectuado el pago por las prestaciones ascendentes a S/. 99,682.50 nuevos soles, se desprende que existe un saldo pendiente de la cancelación de las mismas por la suma de S/.18,988.98.

DE LA RECONVENCION DEL MINISTERIO

Tercer Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 y el Oficio N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012, a través de la cual se resuelve el CONTRATO.

a) Sobre el particular La entidad señala:

Solicita se declare la validez y eficacia de la DE LA CARTA NOTARIAL N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 y EL OFICIO N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012, con la cual el MINISTERIO le notifica al CONSORCIO, la Resolución del Contrato N° 016-2012-EP/UO 0770-ADS de 27 de marzo de 2012

b) el Contratista alega:

La Resolución Parcial del Contrato que le fue notificada mediante la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO no acredita la existencia de una causal de caso fortuito y/o fuerza mayor conforme lo establece el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado y en forma supletoria lo dispuesto en el Código Civil en la medida que, se ha demostrado que el traslado de tropas militares a las zonas del VRAE y otros, no es un hecho imprevisible, irresistible ni extraordinario que impidiera en forma definitiva la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del MINISTERIO en la medida que son funciones inherentes a la actividad militar, máxime si el servicio contratado estaba destinado no solo al personal militar de la guarnición de Lima si no al personal civil y discapacitado de la guarnición de Lima por lo que no existía imposibilidad definitiva que impidiese continuar con el CONTRATO máxime si después de operada la Resolución contractual en una comunicación posterior deciden continuar con el CONTRATO.

c) Criterio del árbitro Único

i) El argumento esgrimido por la entidad para resolver el contrato fue: "Las FFAA se encuentran en operaciones en el VRAEM, lo que motiva que personal militar de la guarnición Lima, tenga que desplazarse a la zona de operaciones. Asimismo los conflictos sociales en el norte, centro y sur del país han motivado que efectivos militares tengan que desplazarse a la ciudad de Cajamarca, Ayacucho y Puno, a fin de poder coadyuvar con la PNP, al restablecimiento del orden interno y/o público, siendo entonces esto causal de fuerza mayor que ha conllevado a que desaparezca algunas necesidades de actividades de bienestar".

i) El artículo 44º de la ley de Contrataciones establece:

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

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.

- ii)** Este arbitro único considera que mediante la resolución del contrato se busca "dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones"
- iii)** El artículo 1315 del Código Civil establece:
"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"
- iv)** La Opinión N° 028-2010/DTN del OSCE establece:
Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra.
Asimismo —y directamente vinculado a lo extraordinario—un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor, puesto que este tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.
Finalmente, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.
Ahora, adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la voluntad del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad.
De lo expuesto, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir
- v)** El Decreto Legislativo N° 1137 Ley del Ejercito del Perú establece en su artículo 4º numeral 3) la siguiente función del Ejercito:
Participar en el control del orden interno, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú y la normatividad legal vigente.
- vi)** Por lo expuesto este árbitro único considera que los argumentos establecidos por la entidad como causal de fuerza mayos, al encontrarse dentro de las funciones de la misma no configuran como caso Fortuito o fuerza mayor. Por lo que no resultan validos ni eficaces la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 ni el Oficio N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012, mediante los cuales la entidad resolvió el CONTRATO.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 34 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

Cuarto Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta N° 024 M/D-ABSTO de fecha 05 de septiembre de 2012, con la cual el EJERCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO y se proceda a su continuación hasta su total culminación.

a) La entidad solicita

Que se declare la validez y eficacia de la Carta N° 024 M/D-ABSTO de fecha 05 de septiembre de 2012, con la cual el EJÉRCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO y se proceda a su continuación hasta su total culminación

b) El contratista señala:

- i) La Resolución Parcial del Contrato operó el 06 de agosto de 2012, fecha en la que empieza a contar el plazo de caducidad por el cual la parte interesada puede someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.
- ii) En ese sentido, la parte DEMANDANTE buscó en todo momento una salida conciliatoria previa tan es así que citó a la DEMANDADA en dos oportunidades para llevar la controversia a una fórmula conciliatoria favorable para ambas partes (06 de setiembre y 17 de setiembre de 2012), sin embargo, en todo momento como se demuestra con las actas del centro de conciliación que obran en demanda ARBITRAL, la parte DEMANDADA nunca se apersona en esta instancia.
- iii) Es por ello que, cuando se comunicó a la parte DEMANDANTE la carta N° 024-M/D-ABSTO de fecha 05 de setiembre de 2012 y recibida el 12 de setiembre de 2012, dicha parte determinó que, cualquier decisión destinada a continuar con la ejecución del CONTRATO debía ser formalizada por la vía procedimental pertinente, ya sea a través de un acuerdo conciliatorio o en su defecto a través del laudo arbitral correspondiente, en la medida que, una vez operada la resolución contractual notificada por parte de la DEMANDADA correspondía que conforme al artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones se inicie cualquiera de los procedimientos propuestos (conciliación y/o arbitraje) como único mecanismo legal establecido en la normatividad aplicable para evitar que esta Resolución parcial del CONTRATO materia del arbitraje quede consentida

c) Criterio del árbitro Único

- i) Que según obra en el expediente y es aceptado por las partes, una vez comunicada por parte de la entidad la resolución del contrato, el contratista inicio el procedimiento de conciliación, y la entidad no asumió una posición respecto a la misma, siendo dicha vía la idónea para continuar las prestaciones contratadas, considerando que la normativa de contrataciones no contempla la posibilidad de continuar un contrato que ha sido resuelto por la entidad, salvo utilizando los medios de solución de controversias previstos en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones, por ello no resulta valida la Carta N° 024 M/D-ABSTO de fecha 05 de setiembre de 2012, con la cual el EJERCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

- ii) con relación a la continuidad del contrato, este árbitro único considera irrelevante pronunciarse sobre este aspecto al evidenciarse que el Contrato N° 016-2012 M/D-absto devenido de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/UD 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", por un monto de S/. 197,458.50 nuevos soles tenían vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. En tal sentido no resulta amparable bajo el ordenamiento de las contrataciones públicas, continuar con la vigencia de un contrato cuyo plazo de ejecución ha concluido.

Quinto Punto controvertido: Determinar si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al CONSORCIO pagar a favor del MINISTERIO la suma de S/. 150,000.00 por concepto de daños y perjuicios originados por el incumplimiento del CONSORCIO en la continuación del CONTRATO, toda vez que desde el 11 de setiembre 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, el CONSORCIO tuvo más de tres (03) meses para ejecutar totalmente el CONTRATO, causando perjuicio económico y daño moral.

- a) Sobre el particular la entidad alega:

Que desde el 11 de setiembre 2012, en que fue notificado con los documentos mencionados en su segunda pretensión de la reconvención, hasta el 31 de diciembre de 2012 en que concluía el CONTRATO, el CONSORCIO tuvo más de tres (03) meses para ejecutar totalmente el CONTRATO, máxime si todavía no se había ejecutado actividades correspondientes a dicho lapso de tiempo, como son, actividades por navidad, día del Ejército (09 Dic), chocolatada navideña, etc., lo cual nos ha impedido realizar las actividades previstas, causándonos perjuicio económico y daño moral.

- b) El contratista señala:

Que no existe conexión lógica, ni legal y ni fáctica entre lo señalado en la contestación de la demanda y lo requerido en la presente pretensión establecida en la reconvención, ya que la parte DEMANDADA en primer lugar, defiende la validez y eficacia del acto resolutivo de fecha 06 de agosto de 2012 y luego requiere que se declare la validez y eficacia del acto que revoca la citada Resolución para finalmente solicitar la indemnización por un supuesto incumplimiento por parte de la parte DEMANDANTE, a través de la presente pretensión, circunstancia que demuestra la incongruencia, falta de razonabilidad e irregularidad de sus pretensiones, por lo que solicita al señor árbitro en el presente extremo de la reconvención debe ser declarado INFUNDADO

- c) Criterio del árbitro Único:

- i) Que según obra en el expediente y es aceptado por las partes, una vez comunicada por parte de la entidad la resolución del contrato, el contratista inicio el procedimiento de conciliación, y la entidad no asumió una posición respecto a la misma, siendo dicha vía la idónea para continuar las prestaciones contratadas, considerando que la normativa de contrataciones no contempla la posibilidad de continuar un contrato que ha sido resuelto por la entidad, salvo utilizando los medios de solución de controversias previstos en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones, por ello no resulta valida la Carta N° 024 M/D-ABSTO de

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 36 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Gólfra

fecha 05 de septiembre de 2012, con la cual el EJERCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO

- ii) Que no existiendo base legal para la continuidad del contrato, no corresponde pronunciarse sobre la indemnización por un incumplimiento de la continuidad del mismo

iv) COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

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.

Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Árbitro Único y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73º 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.

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.

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.

Es preciso indicar que mediante Resolución N° 5 del 26 de setiembre de 2013, el Árbitro Único resolvió tener por efectuado el pago de la totalidad de los honorarios y gastos arbitrales por parte del CONSORCIO correspondientes al MINISTERIO. Así las cosas, el MINISTERIO debe reembolsar el monto de los honorarios y gastos arbitrales que el CONSORCIO pagó ante su incumplimiento, con los respectivos intereses legales.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 37 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

Por lo que el Árbitro Único, en derecho;

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDAD EN PARTE LA PRIMERA PRETENSION respecto a si corresponde o no que el Árbitro Único disponga que se reconozca y ordene al EJERCITO pagar al CONSORCIO, la suma de S/. 130,000.00, incluidos los impuestos de Ley, por los daños y prejuicios originados por la resolución parcial del Contrato N° 016-2012 M/D-absto, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2012 EP/UO 0770: "Contratación del Servicio de Alquiler de Orquesta para las diversas actividades de Bienestar para la JBIENE AF-2012", (en adelante, CONTRATO) y por el daño emergente ocasionado por la demora innecesaria en la solución de la presente controversia, así como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje y ordenar a la entida pagar al Consorcio Contratista la suma de S/. 97,776.00 nuevos soles más los intereses de ley generados hasta la fecha del pago.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSION respecto a si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al MINISTERIO pagar al CONSORCIO la suma de S/. 18,988.98 nuevos soles por actividades ejecutadas durante la vigencia del CONTRATO, respecto de las cuales no fueron emitidas las órdenes de servicio y cuya ejecución ha sido reconocida por el MINISTERIO, al momento de la resolución parcial del CONTRATO y ordenar a la entida pagar al Consorcio Contratista la suma de S/. 18,988.98 nuevos soles más los intereses de ley generados hasta la fecha del pago

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSION DE LA RECONVENCION respecto a si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta Notarial N° 11 M/D-ABSTO de 03 de agosto de 2012 y el Oficio N° 250/S-2/E.3A/18.30 de 16 de julio de 2012, a través de la cual se resuelve el CONTRATO

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSION DE LA RECONVENCION respecto a si corresponde que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la Carta N° 024 M/D-ABSTO de fecha 05 de septiembre de 2012, con la cual el EJERCITO comunicó al CONSORCIO, dejar sin efecto la Resolución del CONTRATO y se proceda a su continuación hasta su total culminación.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSION DE LA RECONVENCION si corresponde que el Árbitro Único reconozca y ordene al CONSORCIO pagar a favor del MINISTERIO la suma de S/. 150,000.00 por concepto de daños y perjuicios originados por el incumplimiento del CONSORCIO en la continuación del CONTRATO, toda vez que desde el 11 de setiembre 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, el CONSORCIO tuvo más de tres (03) meses para ejecutar totalmente el CONTRATO, causando perjuicio económico y daño moral

SEXTO: ORDENAR que el CONSORCIO y el MINISTERIO asuman las costas y costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado IV del análisis.

Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 38 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0955
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Árbitro Único

Oscar Fernando Herrera Guifra

SETIMO: DISPÓNGASE que la MINISTERIO reembolse al CONSORCIO el monto de los honorarios del Arbitro Unico y Secretaria Arbitral que el CONSORCIO pagó ante su incumplimiento, con los respectivos intereses legales.

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

Notifíquese a las partes.

OSCAR FERNANDO HERRERA GUIFRA
ARBITRO ÚNICO

MIGUEL SANTACRUZ VITAL
SECRETARIO ARBITRAL

Expediente N° 0044-2013/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO NELL BUSINESS SAC &
GENERAL BUSINESS - MINISTERIO DE DEFENSA
Página 39 de 39

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Miraflores Tel.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM