

Caso Arbitral Ad Hoc seguido entre

CONSORCIO MORGAN DEL ORIENTE S.A.C. – BONETTI PERÚ S.A.C.

(Demandante o el Consorcio)

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y
MINERÍA**

(Demandada, Osinergmin o Entidad)

Contrato de Locación de Servicios N° 178-2008

LAUDO

Árbitro Único

Dr. Juan Huamaní Chávez

Secretaria Arbitral

Carla De Los Santos López

Tipo de Arbitraje

Nacional y de Derecho

ÍNDICE

I.	Cláusula Arbitral	3
II.	Designación de Árbitro Único	3
III.	Instalación del Árbitro Único.....	3
IV.	Demanda presentada por el Consorcio.....	4
V.	Contestación de demanda presentada por el Osinergmin.....	9
VI.	Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios	10
VII.	Alegatos e Informe Oral	19
VIII.	Plazo para laudo	20
IX.	Análisis de la Materia Controvertida	20
X.	Laudo	36

Resolución N° 20

En Lima, a los 17 días del mes de enero del año dos mil once, el Árbitro Único, doctor Juan Huamani Chávez, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuado las pruebas ofrecidas, teniendo presente las alegaciones efectuadas por las partes, y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo:

I. CLÁUSULA ARBITRAL


1. En la Cláusula Vigésima del Contrato de Locación de Servicios N 178-2008, suscrito el 15 de diciembre de 2008, se estableció que *“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran 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 y adquisiciones del Estado. (...)”*.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

2. Las partes de común acuerdo y en forma expresa designaron como Árbitro Único para el presente arbitraje al doctor Juan Huamani Chávez.
3. El Árbitro Único que conoce la presente causa aceptó la designación efectuada, manifestando que no tiene ninguna incompatibilidad para ejercer el cargo de árbitro y no mantiene conflicto de intereses alguno con ninguna de las partes del arbitraje.

III. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

4. Con fecha 7 de mayo de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje del Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia del doctor Daniel Andrés Del Carpio Arellano, en representación de Osinergmin. Se dejó constancia de la inasistencia del representante del Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú

 3

S.A.C., pese a ser debidamente notificado. En esta Audiencia se establecieron las reglas que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los gastos arbitrales y se declaró formalmente instalado el Árbitro Único.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR CONSORCIO MORGAN DEL ORIENTE S.A.C. – BONETTI PERU S.A.C.

5. Mediante escrito de fecha 1 de diciembre de 2009, el Consorcio, presentó su escrito de demanda.

• **Pretensiones**

6. El Consorcio planteó las siguientes pretensiones:

A. Primera Pretensión Principal:

Se declare la nulidad de la resolución del Contrato dispuesta por Osinergmin mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG.

B. Segunda Pretensión Principal:

Se declare la resolución del Contrato por incumplimiento contractual de la Entidad y por no haber cumplido con las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado aplicables al presente caso.

C. Pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:

En forma subordinada a la segunda pretensión principal, solicitamos se declare la conclusión del Contrato por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.

D. Tercera Pretensión Principal:

Solicitamos la devolución de las garantías emitidas a favor del Osinergmin. Asimismo, que la Demandada asuma el costo financiero por las renovaciones de las garantías, para lo cual deberá tener en cuenta el tiempo transcurrido, imputable a la Entidad por su proceder en el presente caso, lo que generó estos costos pues debían mantener en vigencia dichas garantías.

E. Cuarta Pretensión Principal:

Que en aplicación del artículo 45° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante la Ley) y el artículo 227° de su Reglamento, se ordene a la Entidad el pago de una indemnización de daños y perjuicios, el cual corresponde al lucro cesante que comprenden los días dejados de facturar y cobrar, contados desde el día siguiente que resolvieron arbitrariamente el Contrato y hasta el vencimiento del mismo, el mismo que asciende a la suma de S/. 111,465.20.

F. Quinta Pretensión Principal:

El pago de los gastos que genere el presente arbitraje, entre ellos los gastos por honorarios arbitrales y asesoría legal para ejercer su derecho de acción y de defensa ante el Tribunal Arbitral.

• **Fundamentos de hecho y derecho:** El Consorcio manifiesta que:

7. Mediante Contrato de Locación de Servicios N° 178-2008 "Contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para las distintas sedes del Osinergmin en Provincias: Huánuco", (en adelante, el Contrato) de fecha 15 de diciembre de 2008, el Osinergmin lo contrató para brindar el servicio de seguridad y vigilancia en su sede en la provincia de Huánuco.
8. El monto de dicho Contrato fue de S/. 143,312.42 que incluía el costo del servicio, seguro e impuesto; así como todo aquello necesario para la correcta ejecución de la prestación materia de dicho Contrato.
9. Asimismo, quedó establecido que dicho pago sería efectuado mediante una contraprestación mensual ascendente a S/. 3,980.90 y que el plazo de vigencia del Contrato sería de tres (3) años.
10. Además se presentó a favor del Osinergmin la carta fianza de fiel cumplimiento del Contrato por el monto de S/. 14,332.00, conforme quedó indicado en la cláusula octava de dicho Contrato.

11. Mediante carta N° 024/02.2009.CONSORCIO informaron que se destacaría a un nuevo personal y que sus carnets y licencias de posesión de armas de la DICSCAMEC sería tramitado en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.
12. Mediante Oficio N° 185-2009-OS-OAF/ALOG recibido el 24 de febrero de 2009, el Osinergmin concedió sólo dos (2) días.
13. Con carta N° 031/02.2009.CONSORCIO de fecha 26 de febrero de 2009, solicitaron una reconsideración a dicho plazo, en razón que los trámites debían efectuarse en la ciudad de Lima y por ser época de lluvias se dificultaba el transporte, lo cual era un hecho de fuerza mayor.
14. Asimismo, mediante carta N° 042/03.2009.CONSORCIO notificada el 3 de marzo de 2009, de modo diligente, presentaron a los reemplazos de los agentes de seguridad, quienes estarían en dicho puesto por diez (10) días, mientras los agentes de seguridad titulares efectuaban los trámites en la ciudad de Lima.
15. Sin embargo, mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG notificado el 10 de marzo de 2009, el Osinergmin, sin tener en cuenta la carta antes referida, resuelve arbitrariamente el Contrato, alegando que se estaría ante un incumplimiento injustificado del contratista conforme al artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
16. Frente a esta decisión y dentro del plazo de ley se presentó la solicitud de arbitraje.
17. **Sobre la Primera Pretensión Principal: Nulidad de la resolución del Contrato**
18. Solicitan que se declare la nulidad de la resolución del Contrato en tanto que la misma no se ajusta a lo establecido en la Ley y el Reglamento, respecto del cumplimiento de obligaciones del contratista, y porque no se tomó en consideración que el Consorcio cumplió con subsanar las observaciones efectuadas por el Osinergmin.

- 19.El Oficio N° 001-2009-OS-GG no indica expresamente cuál es el incumplimiento injustificado de la obligación contractual en que se habría incurrido, lo cual de por sí, la vicia de nulidad.
- 20.Asimismo, no se ha tomado en cuenta la Carta N° 042/03.2009.CONSORCIO de fecha 3 de marzo de 2009, por la cual presentaron a los agentes que cumplirían el servicio con sus respectivos carnets y licencia de DISCAMEC; con lo cual cumplieron con los requerimientos de la Demandada.
- 21.De la lectura conjunta del artículo 41° de la Ley y del artículo 225° de su Reglamento, se puede apreciar que la resolución del Contrato por causal atribuible al Contratista sólo puede darse cuando éste incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, esto es, no basta que el Contratista incumpla sus obligaciones sino que además este incumplimiento deber ser injustificado, puesto que sólo en estos supuestos podría ser procedente una resolución por incumplimiento contractual.
- 22.En tal sentido, no existe incumplimiento injustificado, pues si en algún momento hubieron problemas durante la ejecución del servicio, el Consorcio justificó los mismos y solicitó plazos razonables para efectuar las regularizaciones, lo cual, de forma arbitra no fue tomado en cuenta por la Demandada.
- 23.Asimismo, frente al último requerimiento efectuado por el Osinergmin mediante Oficio N° 185-2009-OS-OAF recibido el 24 de febrero de 2009, el Consorcio solicitó un plazo razonable para cumplir con el requerimiento y finalmente presentó a dos agentes de reemplazo, sobre lo cual, no se pronunció la Demandada quien resolvió injustificadamente el Contrato.
- 24.De las comunicaciones cursadas por el Consorcio se desprende que cumplieron con presentar sus descargos, solicitando plazos razonables para regularizar la documentación faltante; siendo una causa ajena a su voluntad (renuncia del personal) lo que llevó a tener que asignar inmediatamente a nuevos agentes. Asimismo, el plazo solicitado por el Consorcio sustentó en la distancia y el difícil clima que se tiene en esa

época del año (febrero y marzo de 2008) todo lo cual, demuestra que no se cumple la condición del incumplimiento injustificado.

25. Sobre la Segunda Pretensión Principal: El incumplimiento de obligaciones por parte del Osinergmin.

26. En el presente caso, el Osinergmin ha incumplido sus obligaciones esenciales, pues al a fecha de resolución del Contrato, no había cumplido con el pago de sus servicios, no existiendo causal alguna que justifique dicho incumplimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41° de la Ley.

27. La Demandada no sólo incumplió sus obligaciones contractuales y legales, sino que evidenció negligencia y premeditación para resolver el Contrato.

28. Sobre Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Conclusión del Contrato por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.

29. En caso se desestime la pretensión anterior, como pretensión subordinada, solicitaron que se ordene la conclusión del Contrato al no ser posible la continuación del mismo en tanto que la demandada habría contratado a otra empresa para que culmine el servicio a cargo del Consorcio, razón por la cual, no es posible restituir las prestaciones que fueron materia del vínculo contractual.

30. Sobre la Tercera Pretensión Principal: La devolución de las garantías.

31. El Consorcio cumplió con presentar la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, conforme se estableció en la cláusula octava del Contrato.

32. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 221° del Reglamento, esta garantía deberá mantenerse vigente hasta la expedición del laudo, tras lo cual, en atención a los argumentos que sustentan la demanda, la Entidad deberá proceder a su devolución y a su vez deberá reconocer el costo financiero del mantenimiento de la misma.

33. Sobre la Cuarta Pretensión Principal: La indemnización.

34. Quedando acreditado que corresponde la resolución del Contrato por incumplimiento del Osinergmin, en aplicación de los artículos 45° de la Ley y 227° del Reglamento, se debe proceder a indemnizar al Consorcio a fin de compensar los daños y perjuicios causados por el arbitrario proceder de la Entidad.

35. El Contrato era por 36 meses, y siendo que desde el 10 de marzo de 2009, se vieron impedidos de continuar cumpliendo con el Contrato por la arbitraria resolución dispuesta por la Demandada, han visto frustrada sus expectativas económicas al no ser posible continuar con las prestación de sus servicios hasta el vencimiento del Contrato, lo que constituye un lucro cesante que debe ser resarcido.

36. Prueba de este daño es el Contrato que fija la suma de S/. 143,312.40 por 36 meses de servicios, por lo que corresponde que se reconozca el lucro cesante correspondiente a los más de 28 meses que dejaron de facturar, lo cual hace un monto de S/. 111,465.20 más los intereses respectivos, los cuales deberán ser fijados por el Árbitro Único.

37. Sobre la Quinta Pretensión Principal: Gastos en el presente arbitraje.

38. Se deberá disponer que la Entidad asuma el pago de las costas, costos y gastos arbitrales generados con la tramitación de este expediente, debido a que fue el accionar del Osinergmin lo que los llevó a iniciar el presente arbitraje en clara contravención de las normas de Contrataciones del Estado.

39. Siendo que es el negligente proceder de la Entidad lo que ha determinado el inicio de este arbitraje, solicitan se disponga el reintegro de los gastos arbitrales al Consorcio; así como que se disponga el pago a favor del Consorcio de los montos que se generaron por concepto de costas y costos procesales.

V. **CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR OSINERGMIN**

40. Mediante escrito de fecha 20 de enero de 2010, el Osinergmin contestó la demanda dentro del plazo establecido para tales efectos.

- **Fundamentos de hecho y de derecho:** El Osinergmin manifiesta que:

41. Con fecha 27 de noviembre de 2008, se otorgó la Buena Pro al Consorcio de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0379-2008-OSINERGMIN, derivado del Concurso Público N° 0014-2008-OSINERGMIN – Ítem 2, para la contratación del servicio de seguridad y vigilancia para las distintas sedes de Osinergmin en provincias: Huánuco.

42. Como consecuencia de ello, con fecha 15 de diciembre de 2008, se celebró el Contrato, el mismo que tendría vigencia de tres (3) años a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Actividades, lo cual se produjo el día 20 de enero de 2009.

43. Con la finalidad de supervisar que el servicio contratado se preste en cumplimiento de lo acordado, mediante Oficio N° 181-2009-OS-OAF/ALOG notificado al Consorcio el 16 de febrero de 2009, el Osinergmin solicitó que se le remita en el plazo máximo de tres (3) días calendario, la relación de los agentes destacados en la sede de Huánuco, debidamente acompañada de los respectivos carnet y licencia de posesión y uso de arma de la DICSCAMEC.

44. Como respuesta a lo solicitado por la Entidad, con fecha 19 de febrero de 2009, se recibe la carta N° 024/02.2009.CONSORCIO, a través de la cual, el Consorcio manifiesta haber designado a los señores Práxedes Pacherras Montalbán y Raúl Ypanaque Urdiales, para que presten el servicio en la sede del Osinergmin – Huánuco. Respecto a los carnets y licencias solicitados, manifestaron no poder alcanzarlos por tratarse de personal nuevo; por lo que requieren que se les conceda un plazo de quince (15) días para la obtención de tales documentos.

45. Al no encontrar satisfecho su requerimiento, el 24 de febrero de 2009, el Osinergmin notifica al Consorcio, vía conducto notarial, el Oficio N° 185-

2009-OS-OAF, a través del cual sustenta las razones para denegar el pedido efectuado por el Consorcio y reitera lo solicitado en el Oficio N° 181-2009-OS-OAF/ALOG, otorgándole un plazo máximo de dos (2) días para la presentación de la documentación requerida.

46. Mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG, notificado al domicilio del Consorcio el 10 de marzo de 2009, el Osinergmin comunica la resolución del Contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales y legales a cargo de la Demandante, al no presentar la información solicitada en los Oficios N° 181-2009-OS-OAF/ALOG y N° 185-2009-OS-OAF.

47. Sobre la Primera Pretensión Principal: Nulidad de la resolución del Contrato

48. El Consorcio pretende sustentar la nulidad de la resolución del Contrato argumentando que en el Oficio N° 001-2009-OS-GG no se indica expresamente cuál es el incumplimiento injustificado de obligación contractual en que habría incurrido.

49. Sobre el particular, el Oficio N° 001-2009-OS-GG precisó el motivo que justificaba la resolución, haciendo clara referencia al Oficio N° 185-2009-OS-OAF que se había verificado el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales y legales previstas en las Bases del Concurso Público N° 0014-2008-OSINERGMIN, el T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento; así como el Reglamento de Servicio de Seguridad Privada, aprobado por Decreto Supremo N° 005-98-IN.

50. Del Oficio N° 185-2009-OS-OAF se advierte que era de pleno conocimiento de la parte Demandante las razones por las cuales no podía destacar personal que no contase con la documentación respectiva; no siendo viable el otorgamiento de plazo para consecución de la misma, ya que, como veremos luego, los términos del servicio requerían necesariamente que todo personal designado al mismo cuente con carnets y licencias de posesión y uso de armas vigente.

51. En consecuencia, el Consorcio no puede pretender desconocer la validez de la resolución contractual apelando equivocadamente a la

exigencia de un formalismo que ha sido cumplido a cabalidad por la Entidad.

52. Ahora bien, el Consorcio reconoce en su escrito de demanda que existieron problemas durante la ejecución del servicio; sin embargo manifiesta haber justificado los mismos.
53. En primer término, los problemas a los que hace referencia el Consorcio venían presentándose desde el inicio del servicio. Como bien puede apreciarse del Acta de Activación del Servicio, la demandante inició el mismo con personal que no contaba con la documentación correcta exigida para la ejecución del servicio de vigilancia, lo que fue observado por Osinergmin.
54. Si bien dichos problemas no generaron la resolución del Contrato, fueron determinantes para que el Osinergmin proceda a supervisar con mayor rigurosidad las condiciones en que venía desarrollándose el servicio de vigilancia en la sede de Huánuco.
55. Por otro lado, el Consorcio sostiene que no se produjo en el presente caso un incumplimiento injustificado de obligaciones toda vez que mediante sus descargos justificó los mismos al solicitar un plazo razonable para regularizar la documentación de su personal, sustentado en la distancia y el difícil clima de esa época.
56. El Consorcio se equivoca en su apreciación al precisar que no existió incumplimiento injustificado de su parte.
57. De la lectura de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0379-2008-OSINERGMIN que forman parte integrante del Contrato se aprecia la obligación, por parte del personal destacado al servicio de vigilancia, de contar con licencia vigente de la DICSCAMEC para portar y hacer uso de armas de fuego, así como contar con el carné de dicha entidad.
58. Asimismo, el numeral 13 de los Términos de Referencia contenidos en dicho capítulo considera como falta inherente a la empresa contratada, entre otras, el no cumplir con lo dispuesto por la DICSCAMEC.

59. Por su parte, el numeral 8 de los referidos Términos de Referencia, considera como parte de los requerimientos del servicio, que éste se desarrolle según lo dispuesto por el Reglamento de Servicios de Seguridad Privada.
60. En atención a lo anterior, el cumplimiento de los requisitos mencionados constituía una obligación básica que el Consorcio debía asumir en el compromiso adoptado para la ejecución del Contrato.
61. El Consorcio conocía que era inaceptable para la Entidad que se destaque personal para las labores de vigilancia y que carezca de las licencias y carnet requeridos para la ejecución del servicio encomendado. En consecuencia, el Osinergmin no se encontraba en la obligación de otorgar plazos para la consecución de dichos documentos.
62. Cualquier cambio que afectara el servicio, debía ser efectuado con personal que cumpliera con los mismos requerimientos precisados en los Términos de Referencia y lo ofertado en la propuesta técnica; en consecuencia, todo personal nuevo destacado debía contar, entre otras cosas, con el carnet de la DICSCAMEC, así como con la licencia de uso y posesión de armas vigente.
63. Destacar personal al servicio sin los requerimientos mencionados, no sólo constituía un claro incumplimiento de los requerimientos técnicos del servicio especificados en las Bases, y por ende, al Contrato mismo; sino que ocasionaría un perjuicio evidente al Osinergmin, peligrando la continuidad del servicio al infringirse disposiciones del Reglamento de Servicios de Seguridad Privada.
64. Por otro lado, ningún factor climático, como aduce la Demandante, podía justificar el retraso en el envío de la información solicitada en su momento; puesto que, como puede desprenderse de la lectura del Oficio N° 185-2009-OS-OAF, dicha información podía ser entregada en la sede central de la Entidad, como en la misma sede de Huánuco, indistintamente. De igual forma, como ya se ha mencionado, el Osinergmin no tenía porque conceder plazo alguno para la obtención de requisitos que se entendían indispensables para el desempeño de las labores propias del servicio.

65. La Demandante no contaba con el personal idóneo para efectuar el servicio por lo que decide destacar agentes que no cumplieran las formalidades requeridas.
66. De otro lado, la renuncia del personal, de acuerdo a los Términos de Referencia, no hubiese constituido en forma alguna, justificación para designar que no contasen con los requisitos necesarios para el cumplimiento de la labor; pues los cambios del personal debían realizarse con la aprobación del Osinergmin y siempre que los nuevos agentes destacados cumplan con las mismas condiciones y requisitos mínimos establecidos en los Términos de Referencia.
67. Está claro entonces que no existía justificación válida para la modificación del personal, y menos aún por personal que no contaba con la licencia de uso y posesión de armas y carnet respectivo.
68. Osinergmin señala que la carta N° 042/03.2009.CONSORCIO, presentada al el 3 de marzo de 2009, es extemporánea, razón por la cual el Osinergmin no emitió pronunciamiento al respecto, ya habiéndose configurado el incumplimiento injustificado por parte de la Demandante.
69. En virtud de lo dispuesto por el artículo 226° del Reglamento para que proceda la resolución del Contrato, debía previamente requerirse al Consorcio para que satisfaga las obligaciones incumplidas.
70. La Entidad cumplió con dicho requisito al haber emitido la carta notarial N° 25631 (Oficio N° 185-2009-OS-OAF) comunicada el 24 de febrero de 2009, mediante la cual otorgó al Consorcio un plazo definitivo de dos (2) días para presentar la relación del personal destacado en la sede Cusco, incluyendo los carnets y licencias de posesión y uso de armas correspondientes. En consecuencia, la resolución del Contrato se efectuó conforme a Ley y siguiendo las formalidades prescritas para su perfeccionamiento, por lo que carecen de sentido los argumentos de nulidad sobre la misma expuesto por la Demandante.

- 71. Sobre la Segunda Pretensión Principal: El supuesto incumplimiento de obligaciones por parte del Osinergmin.**
72. Nunca existió negativa por parte del Osinergmin a cumplir con los correspondientes pagos por el servicio prestado, sino, por el contrario, ello se debió a una exclusiva responsabilidad del Consorcio.
73. De acuerdo a lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato, la contraprestación por el servicio debía efectuarse de manera mensual, tras la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia de las Bases Integradas.
74. Contrariamente a lo afirmado por la Demandante, el Osinergmin siempre tuvo la disposición para realizar los pagos respectivos por el servicio efectivamente prestado hasta el mes de marzo de 2009, fecha en la que se resolvió el Contrato.
75. Con el Oficio N° 982-2009-OS-OAF/ALOG, recibido por el Consorcio el 11 de setiembre de 2009, el Osinergmin comunica a la Demandante la falta de facturación por los servicios prestados referidos a los meses de enero, febrero y marzo de 2009, lo cual alteraba el orden contable y de pagos de la Entidad.
76. Con fecha 15 de diciembre de 2009, recién ingresan a Osinergmin las facturas correspondientes a los meses señalados, procediéndose a cancelar las mismas en el mes de enero de 2010, como puede apreciarse en el Kárdex de Movimientos de Cuenta corriente que adjuntan.
77. En consecuencia, es evidente que si no se cancelaron los servicios del Consorcio en su oportunidad, se debió exclusivamente a causas ajenas a la voluntad de la Entidad, por lo que la Demandante no puede imputarles responsabilidad alguna respecto a la falta de pago aludida.

- 78. Sobre Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Conclusión del Contrato por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.**
79. El Osinergmin resolvió el Contrato validamente, por lo que debió asignar inmediatamente el servicio a otra empresa, ante el incumplimiento injustificado de la Demandante.
- 80. Sobre la Tercera Pretensión Principal: La devolución de las garantías.**
81. Las razones por las que el Osinergmin procedió a efectuar la resolución del Contrato, le otorgan el derecho a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del Contrato otorgada por el Consorcio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 221º de la Ley.
82. El motivo por el cual culminó el Contrato se debió exclusivamente a causas imputables al Contratista; toda vez que incumplió injustificadamente obligaciones a su cargo. Por lo tanto, una vez que se expida el laudo y se determina la correcta resolución del Contrato, se podrá ejecutar la garantía otorgada por el Demandante.
83. En consecuencia, Osinergmin considera que no debe proceder con la devolución de las garantías otorgadas por el Demandante y, menos aún, el reconocimiento de los costos de mantenimiento de las mismas, el cual deber ser asumido íntegramente por el Consorcio.
- 84. Sobre la Cuarta Pretensión Principal: La indemnización.**
85. Reiteran que la resolución del Contrato se produce por causas imputables al Consorcio; por lo tanto, no existe razón alguna por la que esta Entidad deba resarcir por daños o perjuicios a la Demandante. El perjuicio económico que aduce la Demandante se debe exclusivamente a su negligencia.

86. Sobre la Quinta Pretensión Principal: Gastos en el presente arbitraje.

87. El Osinergmin considera que todos los gastos que supongan el desarrollo del presente arbitraje, como las costas y costos y otros expendios que se presenten durante su tramitación, deberán ser asumidos íntegramente por el Consorcio.

VI. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

88. Con fecha 30 de marzo de 2010, en la sede del arbitraje se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con la asistencia de ambas partes.

89. El Árbitro Único dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en el acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determinaba que carecía de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guardara vinculación, podría omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

90. Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Árbitro Único podría omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

91. Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único, en los términos siguientes:

- Determinar si corresponde declarar o no la nulidad de la resolución del Contrato dispuesta por OSINERGMIN mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG.

- Determinar si corresponde declarar o no la resolución del Contrato por incumplimiento contractual de la Entidad y por no haber cumplido con las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado aplicables al presente caso.
 - En forma subordinada, determinar si corresponde declarar o no que se declare la conclusión del Contrato por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.
- Determinar si corresponde declarar o no la devolución de las garantías emitidas a favor del OSINERGMIN y que dicha parte asuma el costo financiero por las renovaciones de las garantías, para lo cual deberá tenerse en cuenta el tiempo transcurrido, imputable a la Entidad por su proceder, lo que genere estos costos financieros al mantener en vigencia dichas garantías.
- Determinar si corresponde declarar o no que, en aplicación del artículo 45° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 227° de su Reglamento, se ordene a la Entidad el pago a favor de Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. de la suma de S/. 111,465.20, por concepto de indemnización de daños y perjuicios, el cual corresponde al lucro cesante que comprenden los días dejados de facturar y cobrar, contados desde el día siguiente en que la Entidad resolvió arbitrariamente el contrato hasta el vencimiento del mismo.
- Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente arbitraje.

92. Admisión de medios probatorios:

93. De conformidad con lo establecido en el Acta de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes:

94. Del Consorcio: Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentado el 1 de diciembre de 2009, detallados en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS", que van del numeral 1) al 10).

95. Del Osinergmin: Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda presentado el 20 de enero de 2010, detallados en el acápite "*II. MEDIOS PROBATORIOS*", que van del numeral 1) al 13).
96. En dicha Audiencia el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; de acuerdo a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.
97. Mediante Resolución N° 17 de fecha 18 de noviembre de 2010, se tuvo por presentada la documentación anexada por el Consorcio mediante escrito de fecha 6 de octubre de 2010.

VII. ALEGATOS E INFORME ORAL

98. Mediante Resolución N° 11 de fecha 7 de junio de 2010, el Árbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presentaran sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y, de considerarlo pertinente, solicitaran el uso de la palabra.
99. Al respecto, mediante Resolución N° 12 de fecha 27 de julio de 2010, se dejó constancia que ninguna de las partes ejerció su derecho de presentar alegaciones y conclusiones finales por escrito, y de ser el caso, solicitar el uso de la palabra; sin perjuicio de ello, el Árbitro Único citó a las partes a Audiencia de Informe Oral para el día lunes 23 de agosto de 2010 a 12:40 horas.
100. Mediante Resolución N° 13 de fecha 23 de agosto de 2010, se suspendió la Audiencia de Informe Oral programada para el 23 de agosto de 2010 y se reprogramó la diligencia para el martes 7 de setiembre de 2010 a 12:40 horas.
101. Con fecha 7 de setiembre de 2010, en la sede del Arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la que se otorgó el uso de la palabra a las partes, así como sus derechos de réplica y dúplica. Asimismo, el Árbitro Único efectuó las preguntas que consideró pertinentes.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

102. Mediante Resolución N° 14 de fecha 23 de setiembre de 2010, el Árbitro Único fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, reservándose la facultad de prorrogarlo discrecionalmente.
103. Mediante Resolución N° 18 de fecha 3 de diciembre de 2010, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de vencido el término original.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

104. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 30 de marzo de 2010, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
105. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
106. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
107. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que: *"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en*

cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó”¹

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar o no la nulidad de la resolución del Contrato dispuesta por OSINERGMIN mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG.

108. Con la finalidad de analizar el primer punto controvertido, el Árbitro Único, estima pertinente analizar la secuencia de los hechos del presente caso, los cuales se ponen a conocimiento mediante los siguientes documentos:

- 16 de febrero de 2009 Oficio N° 181-2009-OS-OAF/ALOS
El Osinergmin solicita que se remita la relación de agentes destacados en la Sede donde se presta el servicio, acompañado de los carnets y licencias de posesión y uso de armas de la DICSCAMEC. Otorga para tales efectos un plazo de tres (3) días calendario.

- 19 de febrero de 2009 Carta N° 024/02.2009.CONSORCIO
El Consorcio designa nuevos agentes y solicita quince (15) días hábiles para la obtención de los carnets y licencias de posesión y uso de armas de la DICSCAMEC.

- 24 de febrero de 2009: Oficio N° 185-2009-OS.OAF – Carta Notarial
El Osinergmin otorga un plazo máximo de dos (2) días hábiles para presentar la relación de agentes destacados con los carnets y licencias de posesión y uso de armas de la DICSCAMEC.

¹ TARAMONA H., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

- 26 de febrero de 2009: Carta N° 031/02.2009.CONSORCIO – Carta Notarial
El Contratista manifiesta que el personal renunció por razones de índole particular y que el plazo de dos (2) días otorgado resulta insuficiente para tramitar los documentos. En ese sentido, informan que recurrirán a la conciliación.
- 3 de marzo de 2009: Carta N° 0042/03.2009. CONSORCIO
El Contratista presenta nuevos agentes de seguridad.
- 10 de marzo de 2009: Oficio N° 001-2009-OS-SG – Carta Notarial
El Osinergmin resuelve el Contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales y legales.

109. Con el Oficio N° 181-2009-OS-OAF/ALOS, el Osinergmin otorga al Contratista un plazo de tres (3) días calendario para que remita la relación de agentes destacados, acompañado de los carnets y licencias de posesión y uso de armas de la DICSCAMEC.

110. Frente a dicho pedido, el Contratista, dentro del plazo otorgado, mediante Carta N° 024/02.2009.CONSORCIO, cumple con presentar a los nuevos agentes destacados y solicita un plazo de quince (15) días hábiles para la obtención de los carnets y licencias de posesión y uso de armas de la DICSCAMEC, por las siguientes consideraciones:

- Como consecuencia de los cambios dispuestos por la DICSCAMEC, ahora se exige como requisito para la obtención del carnet y licencia, que el trabajador adjunte sus certificados psicológicos, policiales, penales y judiciales a nivel nacional.
- Los interesados obligatoriamente tienen que hacer sus gestiones en forma personal en la ciudad de Lima, ya que en provincia su tramitación demora mínimo mes y medio.
- Se ha dispuesto que los agentes se traslade a la ciudad de Lima en forma alternada ya que en dicha ciudad el trámite demora diez (10) días útiles.

- Se han producido lluvias torrenciales que han ocasionado huaycos en la carretera central que hacen imposible que el personal se traslade a la ciudad de Lima debido a bloqueos de carretera.

111. Hasta este punto, el Árbitro Único advierte que frente al requerimiento efectuado por el Osinergmin, el Contratista cumple con remitir la lista de los nuevos agentes; sin embargo pide un plazo adicional para poder presentar la documentación necesaria pues surgen circunstancias, según indican, ajenas a su control, que impiden que pueda presentarla.

112. De la Carta N° 024/02.2009.CONSORCIO se aprecia que el Consorcio designa nuevos agentes por la renuncia del personal anterior, explicando que el motivo de la misma se debe a asuntos de índole personal de sus trabajadores. Al respecto, cabe advertir que una renuncia, ante este tipo de situaciones constituye una eventualidad, que no puede ser imputable al Contratista; ello bajo la premisa que éste no puede mantener al personal a su cargo contra su voluntad.

113. Frente a ello, debemos indicar que, si bien es cierto que, los cambios del personal debían realizarse con la aprobación del Osinergmin y *“siempre que los nuevos agentes destacados cumplan con las mismas condiciones y requisitos mínimos establecidos en los Términos de Referencia”*, no se ha acreditado en autos que el Osinergmin haya rechazado a este personal o no lo haya dejado instalarse para preste el servicio correspondiente. Por el contrario, de las alegaciones de la Entidad y de los medios probatorios que obran en el expediente, se aprecia que, frente a este hecho, no imputó ninguna penalidad, habiendo pagado el servicio correspondiente como si éste se hubiera prestado con absoluta normalidad. Ahora bien, se aprecia además que lo que hace es solicitar la documentación de dichos agentes, de tal forma que, razonablemente se puede inferir que éstos siguieron prestando el servicio mientras el Consorcio atendía los requerimientos del Osinergmin.

114. Por otro lado, frente al requerimiento del Osinergmin, el Consorcio solicita, dentro del plazo que se le concedió, que se tenga en consideración ciertas circunstancias que escapan de su ámbito de control, lo cual impide que se presente la documentación en un plazo de tres (3) días.

115. De la revisión de la Carta N° 024/02.2009.CONSORCIO, se percibe el interés del Contratista por cumplir con presentar los documentos señalados en los Términos de Referencia; sin embargo como señalaran, alegan circunstancias de fuerza mayor que a juicio de ello, ameritaban el otorgamiento de un plazo mayor al inicialmente concedido por la Entidad.
116. Respecto a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, el artículo 1315° del Código Civil establece lo siguiente: *“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.”*
117. El Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como causal de inimputabilidad, siempre que se trate de situaciones extraordinarias, imprevisibles o irresistibles que impida la ejecución de la obligación, derivados de hechos naturales o actos de terceros.
118. Es cierto que los Términos de Referencia señalan que el personal de reemplazo debe contar con los documentos necesarios y pertinentes para dicho servicio, empero en el caso en concreto, sin perjuicio de la voluntad que alegó el Contratista por cumplir con los requerimientos que se le formularon, se advierte que tal pedido no podía ser cumplido de manera inmediata, dado que, como señala el Consorcio, afirmación que en ese extremo no fue cuestionada por la Entidad demandada, hubieron cambios dispuestos por la DICSCAMEC –actos de terceros- que implicaban trámites adicionales que el nuevo personal del Contratista debía efectuar a efectos de que puedan obtener sus respectivos documentos. Respecto de estos cambios regulatorios, se ha afirmado que el Osinergmin no los ha contradicho en el presente proceso, razón por la cual dicho argumento mantiene su eficacia, el cual es constatado evidentemente con las normas en cuestión. Adicional a ello, y sin que a entender del Árbitro Único representen los elementos centrales de defensa, sino tan sólo gozan de efecto complementario, se tiene la mención de las lluvias torrenciales con huaycos que se presentaron durante el tiempo en que se estaba brindando el servicio, y que impedían el traslado del personal –hechos naturales- hasta el lugar del cumplimiento del Contrato. Cabe precisar, que la ocurrencia de estos hechos, igualmente, tampoco ha sido contradicha por el Osinergmin en el presente proceso, el cuestionamiento que sobre este particular se



efectuó, fue direccionado a que tal situación no podía tomarse como causal para que se evite el cumplimiento contractual por parte de la Contratista.

119. Sin perjuicio de lo anterior, se desprende del expediente, en base a la documentación analizada, que el Contratista expresó su intención de cumplir con los documentos requeridos y para tales efectos propuso que los agentes se trasladen a la ciudad de Lima en forma alternada, y ello, a fin de en un menor tiempo, éstos puedan contar con la documentación pertinente para que puedan brindar los servicios para los que habían sido encargados.

120. Así, en lo que respecta al incumplimiento, debemos indicar que éste es una omisión de dar o hacer; pero además, conforme a nuestra normativa, este incumplimiento debe causar a la Entidad un perjuicio injustificado, no explicado, no excusable o inexcusable. El incumplimiento injustificado no tiene explicación o excusa, se actúa con culpa, culpa inexcusable o dolo. La culpa nunca será justificada, tienen grados que pueden, sin serlo, aparentar dolo y aquella conducta intencional, consciente.²

121. En relación a lo anterior, el artículo 1314º del Código Civil establece que: *"(...) quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso"*; dentro de este contexto, al Contratista le corresponde acreditar que actuó con la diligencia debida, lo cual se ha demostrado en el presente caso, en base a los documentos que obran en el expediente, pues se ha comprobado que el Contratista planteó diversas alternativas a la Entidad para poder cumplir con su obligación, advirtiéndose en dicho actuar la diligencia exigida por Ley para evitar imputabilidades relacionadas con incumplimientos contractuales o cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos

122. La diligencia debida será acreditada con aquellos elementos que puedan probar objetivamente que el contratista desplegó su capacidad de proveedor, conforme a las disposiciones legales vigentes, y que pese a ello no pudo cumplir con la prestación a su cargo, por un elemento totalmente ajeno a su esfera de acción. La norma se refiere a la causa no

² ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Lima, 2008. Págs 1120 – 1121.

imputable; es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico y exoneratorio de responsabilidad. Bajo este contexto, constituye la regla general el actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular.

123. Sin perjuicio de las consideraciones de fuerza mayor expuestas por el Contratista, tenemos que mediante Oficio N° 185-2009-OS.OAF – Carta Notarial, el Osinergmin denegó el pedido de ampliación de plazo y otorgó un plazo máximo de dos (2) días hábiles para que el Consorcio presentase la relación del personal solicitada.
124. En relación a ello, el artículo 226° del Reglamento establece que: *“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante cartas notariales para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, (...)”*.
125. De la norma antes referida, resulta claro que la Entidad goza de la facultad de otorgar el plazo que estime pertinente, ante la eventualidad de advertir incumplimientos en su contraparte contractual; empero, de una lectura global de dicha disposición, tenemos que la norma manifiesta también que el plazo a concederse debe ser razonable en virtud a aquello que se está requiriendo, pues un actuar contrario a ello, representaría la imposibilidad de alcanzar la finalidad pública que el Contrato busca atender, esto es el cumplimiento del objeto contratado, que para el presente caso, es que se brinde el servicio de vigilancia pactado. De una revisión de los fundamentos expuestos por las partes, así como del contenido del acervo documentario que forma parte del expediente, se aprecia que el Osinergmin consintió en el cambio de agentes solicitado por el Contratista, ello en razón a que en ningún momento rechazó tal posibilidad, por el contrario, frente a ello lo que sí hizo fue exigir el cumplimiento de las disposiciones contractuales para que puedan ejercer estos nuevos agentes con sus funciones de seguridad, no obstante, a pesar que se aprecia que el contratista reconoció que su obligación contractual no la estaba cumpliendo

(presentar agentes con carnets de DICSCAMEC), ante lo cual solicitó un plazo para ello, pedido que cuando le fue denegado, inició un proceso conciliatorio a fin de solucionar ese incidente, así como presentó la Carta N° 042/03.2009.CONSORCIO de fecha 3 de marzo de 2009, la cual nunca fue merituada ni respondida por el Osinergmin, por lo menos lo contrario no se advierte de los documentos que obran en el expediente.

126. El literal 1) del artículo 225° del Reglamento establece: *“La Entidad podrá resolver el Contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que el contratista: 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. (...)”*

127. La premisa de la resolución del contrato es el incumplimiento injustificado, esto es, que no haya justificación alguna para el incumplimiento de la obligación, conforme se ha desarrollado precedentemente.

128. El Osinergmin señala que de acuerdo a los Términos de Referencia no era permisible que se destaque personal sin licencia, por lo que al hacer ello el Contratista estaba incumpliendo sus obligaciones. Dicha afirmación es compartida por el Árbitro Único, razón por la cual llevó a analizar si dicho incumplimiento, era uno justificado o no.

129. Mediante Carta N° 031/02.2009.CONSORCIO – Carta Notarial, el Contratista reconsideró la decisión de la Entidad de otorgar tan sólo dos (2) y señaló que sometería a conciliación dicha decisión, con la finalidad de resolver el conflicto originado entorno a los plazos concedidos.

130. Cuando el Contratista solicita la conciliación está sometiendo la controversia a un mecanismo contractual, de conformidad con lo establecido en la cláusula décimo novena del Contrato, que señala: *“(...) Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (...)”*.

131. Con lo anterior, se aprecia que existía una clara controversia entorno al plazo otorgado, pues el Contratista había manifestado en forma expresa que el plazo que se le había concedido era uno muy corto, en el cual no se podía efectivizar el trámite faltante, por lo que, atendiendo a la interposición de la conciliación, dicho plazo no podía quedar consentido; sin embargo, la Entidad, de las pruebas que obran en el expediente, se advierte que no atendió el pedido de conciliación efectuado, dejando abierta la posibilidad del Contratista de iniciar un arbitraje por la reconsideración del plazo y su consecuencia directa que fue la posterior resolución del Contrato. Además, obra en autos la carta N° 042/03.2009.CONSORCIO de fecha 3 de marzo de 2009 que no fue tomada en cuenta por el Osinergmin al momento de resolver el contrato.
132. Sin embargo, mediante Oficio N° 001-2009-OS-SG – Carta Notarial, el Osinergmin resolvió el Contrato, pese a las reiteradas, y como se ha señalado comprobadas, manifestaciones del Contratista que demostraban la intención de éste de cumplir con lo requerido, para lo cual incluso planteó una propuesta conciliatorio, ofreciendo nuevos agentes para el servicio.
133. Concordante con lo anterior, se tiene presente además que la Entidad no imputó ninguna penalidad al Contratista para los hechos ya referidos, y que finalmente, cumplió con el pago del servicio de los meses trabajados por el Consorcio, sin que se haya planteado excepción alguna de cumplir con esa obligación, atendiendo a la resolución practicada.
134. Sobre el pago del servicio, se tiene presente que el artículo 238° del Reglamento establece que para que proceda el pago se debe contar con la conformidad del funcionario responsable, apreciándose que si bien, la Entidad no ha presentado dicha conformidad, lo cierto es que cumplió con dicho pago, lo cual supondría el reconocimiento de un servicio conforme.
135. Sobre el particular, el numeral 18 de las Bases Integradas señala que: *“El servicio se pagará en forma mensual, previa conformidad de la prestación del servicio. (...)”*; con lo cual de una u otra forma, la Entidad estuvo conforme con el servicio brindado, de ahí el pago efectuado.

136. Por todas las consideraciones anteriores, el Árbitro Único considera que si bien existió un incumplimiento por parte del Contratista, este justificó el mismo y desplegó una serie de acciones para su subsanación, con lo cual se evidenció el compromiso de éste de cumplir con lo pactado, es decir, con ejecutar el objeto del contrato. Por su parte, el Osinergmin no ha evidenciado que se vio perjudicada por este incumplimiento, pues no aplicó penalidades y además cumplió con el pago del servicio por los meses realmente trabajados. En ese sentido, para este Árbitro Único, en el presente caso, en observancia de los medios probatorios presentados por las partes, y al amparo de la normativa correspondiente, no se cumple el supuesto normativo para proceder a una resolución de contrato; por lo que corresponde dejar sin efecto la resolución del Contrato efectuada por la Entidad.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde declarar o no la resolución del Contrato por incumplimiento contractual de la Entidad y por no haber cumplido con las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado aplicables al presente caso.

137. El Contratista manifiesta que el Osinergmin incumplió sus obligaciones esenciales, pues a la fecha de resolución del Contrato, no había cumplido con el pago de sus servicios.

138. Sobre el particular, es preciso tener en cuenta lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato: *"(...) El pago se efectuará luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en los términos de Referencia de las Bases Integrada, (...)".*

139. Asimismo, el numeral 18 de las Bases Integradas señala: *"El servicio se pagará en forma mensual, previa conformidad de la prestación del servicio. Esta conformidad se otorgará por el representante de OSINERGMIN en cada oficina regional tras la presentación formal y completa de la documentación que se detalla: (...)".*

140. De la documentación adjuntada por el Osinergmin se advierte que habían facturas que encontraban pendientes de pago y que no se habían

cancelado debido a que el Contratista no cumplió con adjuntar la documentación requerida para ello.

141. A raíz de tal situación, es que el Contratista remite la documentación faltante y el Osinergmin procede a efectuar el pago de acuerdo a acreditado con el Kárdex de Movimientos de Cuenta Corriente adjuntado por la Entidad.

142. En atención a lo anterior, se advierte que el retraso en el pago del servicio no es imputable al Osinergmin; por lo que no corresponde declarar la resolución del Contrato por incumplimiento de una obligación esencial de la Entidad, con lo cual esta pretensión deviene en infundada.

En forma subordinada, determinar si corresponde declarar o no que se declare la conclusión del Contrato por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.

143. De lo expresado por la Entidad demandada, se advierte que ésta para seguir gozando del servicio de seguridad contrató con un tercero este servicio, razón por la cual, a pesar de haberse dejado sin efecto la resolución de contrato practicada por ella, lo que supondría que los efectos del contratos deberían continuar, ello a estas alturas no resulta posible, por lo que ante la imposibilidad física y jurídica de que se continúe con los efectos del contrato, corresponde amparar la presente pretensión.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde declarar o no la devolución de las garantías emitidas a favor del OSINERGMIN y que dicha parte asuma el costo financiero por las renovaciones de las garantías, para lo cual deberá tenerse en cuenta el tiempo transcurrido, imputable a la Entidad por su proceder, lo que generó estos costos financieros al mantener en vigencia dichas garantías.

144. Al respecto, es necesario tener en cuenta lo señalado por el artículo 221° del Reglamento: "(...) 2) *La Garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencia de propuesta se ejecutarán, en*

su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. (...)”.

145. En el presente caso, el Árbitro Único ha dejado sin efecto la resolución del Contrato por causa imputable al Contratista; por lo que, al amparo de la norma descrita, no corresponde que la garantía de fiel cumplimiento sea ejecutada y, por consiguiente, corresponde que el Osinergmin deberá cumplir con la devolución de la misma.

146. De otro lado, en relación a que la Entidad asuma el costo financiero por las renovaciones de las garantías, es preciso indicar que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 215° del Reglamento, el Contratista tenía la obligación de mantener las cartas fianzas hasta la conformidad de la recepción de la prestación a su cargo; por lo que el costo financiero para mantener vigente dicha garantía no puede ser imputable a la Entidad, pues resulta una obligación inherente y legal del Contratista.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde declarar o no que, en aplicación del artículo 45° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 227° de su Reglamento, se ordene a la Entidad el pago a favor de Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. de la suma de S/. 111,465.20, por concepto de indemnización de daños y perjuicios, el cual corresponde al lucro cesante que comprenden los días dejados de facturar y cobrar, contados desde el día siguiente en que la Entidad resolvió arbitrariamente el contrato hasta el vencimiento del mismo.

147. Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil establece que: *“Artículo 1321°.- 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”.*

148. Asimismo, la responsabilidad contractual, como instrumento para el desplazamiento del patrimonio de un sujeto hacia otro al verificarse un hecho dañoso, requiere del cumplimiento de tres presupuestos; a saber: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.
149. En este sentido, JORDANO FRAGA³ señala que “(...) *(dentro de) la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar, a los efectos de su estudio, la siguiente tripartición: a) los supuestos del incumplimiento (...) b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama (...) imputación del incumplimiento (...), se establece si la infracción del deudor (...) es o no susceptible de originar consecuencias (y) c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, “imputable”) (...).*”
150. Así, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); la producción efectiva de un daño y la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.
151. Respecto del primer elemento, es decir, si existe un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad por parte de la Entidad; el acto ilícito invocado por el Contratista es la resolución del Contrato.
152. En el presente caso, se advierte que inicialmente existió un comportamiento dañoso por parte de la Entidad al resolver el Contrato; por lo que, por medio del presente laudo, se dejó sin efecto dicha resolución.
153. En tal sentido, cabe precisar que, la incorrecta resolución del contrato, es un acto ilícito; por lo tanto, se ha comprobado que hay un comportamiento dañoso o acto ilícito ocasionado por parte de la Entidad.
154. Ahora bien, corresponde analizar si se acredita la existencia del daño causado. Para ello, determinaremos primero, el significado de daño.

³ JORDANO FRAGA, Francisco. “La Responsabilidad Contractual”. Editorial Civitas. Madrid, 1987. Pág. 35–36.

155. Así, la determinación del daño tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas⁴ lo define como: *“el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito”*.
156. Por otro lado, Ferri⁵ precisa aún más el concepto, al establecer que: *“(…) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (…)”* (el subrayado es nuestro).
157. De lo expuesto podemos concluir que el daño se genera por los actos antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado, en este caso específico, del Consorcio. A estos actos debemos denominarlo comportamiento dañoso.
158. Si bien en el presente caso existió un daño para el Consorcio por la resolución del Contrato atribuible íntegramente a él; es necesario tener en cuenta que el presente Laudo ha dejado sin efecto dicha resolución y ha resuelto el Contrato por imposibilidad física y jurídica del mismo.
159. Dado que se ha determinado que el Contratista no es el causante de la resolución del Contrato, no existe una producción efectiva del daño.
160. Respecto del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño producido, el artículo 1321° establece: *“Artículo 1321.- 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 inexecución 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 inexecución (…)”* (Agregado nuestro).

⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho Usual. 1ª Ed. Editora Atalaya. P. 152

⁵ FERRI, G.B. Citado por ESPINOSA ESPINOSA, Juan. El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984. 2ª Ed. p. 273.

161. En otros términos, la responsabilidad civil se conecta en modo directo al hecho del incumplimiento, el cual debe contar con los atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa. Es lo que se denomina *"la teoría de la causalidad adecuada"*, mediante la cual se pretende conocer las causas que normalmente producen tal resultado (hecho dañoso), es decir: la causa idónea. En efecto, la relación de causalidad es un *"presupuesto de la responsabilidad civil"*.
162. El Código Civil es categórico en cuanto afirma la necesidad de que el supuesto daño se siga como una consecuencia adecuada del supuesto hecho dañoso. En tal sentido, el daño generado a una persona debe tener como causa adecuada el supuesto hecho dañoso, sin que importe que en el camino entre uno y otro pueda interponerse alguna otra causa que haya sido la que finalmente generara el daño. El autor Von Kries⁶ sostiene que *"puede considerarse que estamos ante la causa cuando las circunstancias bajo análisis tienen la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado"*.
163. Ahora bien, en el presente caso, si bien se ha acreditado el hecho dañoso, no ha sucedido lo mismo respecto a la producción efectiva del daño, lo cual no se ha demostrado; por lo que, evidentemente tampoco existiría el referido nexo causal en tanto que es necesario que se encuentre ambos elementos (hecho dañoso y daño causado) para poder acreditar el mismo.
164. Finalmente, al no haberse acreditado la existencia del daño ni la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño causado, corresponde determinar infundada la solicitud de pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 111,465.20 (Ciento once mil cuatrocientos sesenta y cinco y 20/100 Nuevos Soles).

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente arbitraje.

⁶ VON KRIES, J. Citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad extracontractual. Op. cit. P. 314.

165. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
166. En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
167. Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.
168. En relación a este último punto, en vista que el Consorcio pagó en su oportunidad la totalidad de los gastos arbitrales fijados para el presente arbitraje, tanto los que correspondían a los gastos arbitrales a su cargo como los que se encontraban inicialmente a cargo del Osinergmin, pero que no fueron pagados por ésta, corresponde que, bajo lo dispuesto en el párrafo precedente, la Entidad demandada cumpla con devolver a favor de su contraria, los montos pagados por ésta en relación a los gastos arbitrales a cargo de la Entidad, eso es deberá pagar a la Demandante el monto de S/. 4,444.44 (Cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cuatro y 44/100 nuevos soles), por concepto de honorarios del Árbitro Único, y S/.



2,500.00 (Dos mil quinientos y 00/100 nuevos soles), por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral.

X. LAUDO

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **RESUELVE:**

Primero: **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. y, como consecuencia de ello, **DECLÁRESE** la nulidad de la resolución del Contrato N° 178-2008 dispuesta por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería mediante Oficio N° 001-2009-OS-GG.

Segundo: **DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. y **FUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. y, como consecuencia de ello, **DECLÁRESE** la conclusión del Contrato N° 178-2008 por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.

Tercero: **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Tercera Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. y, como consecuencia de ello, **DECLÁRESE** que el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería cumpla con la devolución de las garantías emitidas a su favor.

Cuarto: **DECLARAR INFUNDADA EN PARTE** la Tercera Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. en el extremo en que se solicita que el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería asuma el costo financiero por la renovación de la garantía de fiel cumplimiento, por consiguiente, Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. deberá asumir dichos costos.

Quinta: **DECLARAR INFUNDADA** Cuarta Pretensión Principal formulada por Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. respecto a la indemnización.

Sexto: **DISPONER** que Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería asuman

cada uno y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cada uno de ellas); así mismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.

Sétimo: En atención a lo resuelto en el punto quinto resolutivo precedente, **ORDENAR** que el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería pague a favor del Consorcio Morgan del Oriente S.A.C. – Bonetti Perú S.A.C. la suma de S/. 4,444.44 (Cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cuatro y 44/100 nuevos soles), por concepto de honorarios del Árbitro Único, y S/. 2,500.00 (Dos mil quinientos y 00/100 nuevos soles), por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral.

Notifíquese a las partes de acuerdo a Ley.



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Árbitro Único



CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ
Secretaría Arbitral Ad Hoc