

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 003-2007, E-1902/
DEMANDA DE ARBITRAJE DE NOVA PERU SAC EN CONTRA DE CARLOS MILANOVITCH
Y DEXIM SRL**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Luis Enrique Gallo Martínez

REVISOR:
Alfredo Soria Aguilar

Lima, 2024



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo **Alfredo Fernando Soria Aguilar**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 003-2007, E-1902/
DEMANDA DE ARBITRAJE DE NOVA PERU SAC EN CONTRA DE CARLOS MILANOVITCH Y
DEXIM SRL


del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Luis Enrique Gallo Martinez

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **31%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **24/04/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 7 de febrero de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Soria Aguilar, Alfredo Fernando	
DNI: 09645703	 Firma
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0834-9541	

1. RESUMEN

El presente trabajo de investigación jurídica aborda la controversia (proceso arbitral) iniciada por NOVA PERU SAC en contra de Carlos Milanovitch y DEXIM SRL al suscribir éstos un Memorando de Entendimiento, figura atípica en el ordenamiento jurídico peruano que tiene su génesis en el derecho anglosajón. En el documento denominado Memorando de Entendimiento es donde surgen las discusiones acerca de la verdadera naturaleza jurídica de este documento (si es un Memorando de Entendimiento o un contrato de compromiso de contratar), si es que realmente se ha activado la cláusula penal (artículo 1341 del código civil) y si es que DEXIM SRL a pesar de no haber firmado el Memorando de Entendimiento debe ser parte del proceso arbitral (exigibilidad a partes no signatarias). La justificación del presente trabajo de investigación jurídica radica en la falta de uniformidad y consenso en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento, así como si éste genera obligaciones entre las partes y el alcance de las partes no signatarias respecto al convenio arbitral. Asimismo, utilizare un enfoque doctrinario y pragmático, puesto que es la única manera de poder distinguir, delimitar y clarificar los problemas antes expuestos. A modo de conclusión, sostengo que el presente documento llamado Memorando de Entendimiento no es tal, por el contrario, es un contrato de compromiso de contratar, así como efectivamente se activó la cláusula penal y, por último, DEXIM SRL sí es parte del proceso arbitral pese a no haber firmado el Memorando de Entendimiento.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

1. RESUMEN.....	1
2. INTRODUCCIÓN.....	3
3. HECHOS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	4
4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	5
5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	6
a. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.....	6
i. CONCEPCIÓN.....	6
ii. NATURALEZA JURÍDICA	7
iii. EFECTOS CONTRACTUALES U OBLIGACIONES.....	12
iv. CONTRATOS PREPARATORIOS.....	14
1. COMPROMISO DE CONTRATAR.....	15
2. CONTRATO DE OPCIÓN.....	16
v. AUTONOMÍA PRIVADA.....	17
b. NEGOCIO JURÍDICO.....	18
i. ELEMENTOS ESENCIALES.....	19
ii. INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	20
iii. BUENA FE	23
iv. CLÁUSULA PENAL.....	25
c. FUSIONES Y ADQUISICIONES.....	27
i. PROCESO ADQUISITIVO DE PAQUETES ACCIONARIOS.....	27
ii. DUE DILIGENCE.....	28
iii. CONTRATO ESCROW.....	29
d. CONVENIO ARBITRAL.....	30
i. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS.....	30
ii. EXIGIBILIDAD A PARTES NO SIGNATARIAS.....	33
6. CONCLUSIONES.....	36
7. BIBLIOGRAFÍA.....	38
8. ANEXOS.....	44

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años las empresas tienden más a esforzarse en cumplir sus obligaciones. En este sentido, usan diferentes herramientas o mecanismos que permitan darle mayor seguridad a sus negociaciones o transacciones con el fin de conseguir los efectos deseados.

Debido a la globalización es que hoy por hoy las empresas suelen contratar con sus iguales desde diferentes partes del mundo. Cada una de éstas intentan obtener un mayor beneficio personal y contratan con sus propias reglas y modalidades; sin embargo, el problema surge cuando diversas empresas contratan y una de ellas incumple su prestación lo cual genera una controversia o incertidumbre que difícilmente puede ser subsanado.

En el mundo de los negocios de hoy en día es común escuchar acerca de los denominados Memorando de Entendimiento (MOU) por sus siglas en inglés (Memorandum of Understanding) los cuales carecen de una doctrina uniforme y vinculante. Este documento es de gran uso y utilidad por las empresas, ya que permite a las mismas asegurar términos y condiciones con una mayor antelación posible.

En el presente trabajo se analizará el Memorando de Entendimiento, su naturaleza jurídica (derecho mercantil) así como los contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción) y su regulación normativa en nuestro ordenamiento jurídico peruano, los efectos contractuales del Memorando de Entendimiento y las obligaciones que se derivan de éste.

Por otro lado, se indagará sobre el negocio jurídico y sus elementos esenciales según el artículo 140 del código civil peruano y la autonomía privada (derecho civil). También interpretaremos la noción de buena fe la cual no tiene un contenido explícito o literal en nuestro ordenamiento jurídico; y analizaré la interpretación jurídica del negocio jurídico.

También se informará acerca de los conceptos societarios de fusiones o adquisiciones con especial relación en el proceso adquisitivo de paquetes accionarios, así como el proceso de due diligence (previa adquisición de acciones) y los términos para exigir el pago en un contrato escrow tal como se detalla en el Memorando de Entendimiento suscrito por NOVA PERU SAC y CARLOS MILANOVITCH. Asimismo, se debatirá sobre los alcances del presente convenio arbitral y su exigibilidad para las partes no signatarias (derecho arbitral).

Según lo señalado, el presente trabajo de investigación analizará el expediente iniciado por NOVA PERU SAC en contra de CARLOS MILANOVITCH y DEXIM SRL, la verdadera naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento y su concepción, el negocio jurídico, la buena fe, la interpretación jurídica, la autonomía privada, la cláusula penal, los conceptos societarios de fusiones y adquisiciones y los alcances de un convenio arbitral.

La justificación de la elección del expediente de NOVA versus Dexim y Carlos Milanovitch radica en la falta de uniformidad y consenso en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento, así como si éste genera obligaciones entre las partes, si se activó la cláusula penal y el alcance de las partes no signatarias respecto al convenio arbitral.

II. HECHOS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

1. NOVA PERU SAC (en adelante, NOVA PERU) es una persona jurídica constituida y organizada de acuerdo a las leyes de la República del Perú.
2. DEXIM SRL (en adelante, DEXIM SRL) es una empresa debidamente constituida y organizada de acuerdo a las leyes de la República del Perú.
3. Consorcio Corpesca DEXIM SRL (en adelante, Consorcio DEXIM) es una empresa debidamente constituida y organizada de acuerdo a las leyes de la República del Perú.
4. El señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto (en adelante, Carlos Milanovitch) es titular de 956,384 acciones de la empresa DEXIM y, a la vez, titular de 250 acciones del Consorcio DEXIM.
5. DEXIM SRL es titular de 250 acciones del Consorcio DEXIM.
6. Con fecha 12 de julio de 2007, el señor Carlos Milanovitch en su condición de accionista de DEXIM SRL y de Consorcio DEXIM suscribió con NOVA PERU un Memorando de Entendimiento.
7. Por medio del referido instrumento legal, el señor Carlos Milanovitch se obligaba a suscribir un contrato definitivo con el fin de transferir el 100 % de sus acciones a favor de NOVA PERU. A cambio, éste le pagaría el precio pactado en el Memorando de Entendimiento.
8. Asimismo, el Memorando de Entendimiento en el numeral 5 (ley aplicable y solución de controversias) del acápite IV denominado disposiciones misceláneas las partes pactaron que en caso surgiese alguna discrepancia la misma se resolvería mediante un arbitraje de derecho que se realizaría en la ciudad de Lima y que sería administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana en el Perú.

9. Con fecha 26 de julio de 2007, NOVA PERU comunica y adjunta mediante correo electrónico el due diligence efectuado a favor de las empresas del señor Carlos Milanovitch.
10. Con fecha 30 de julio de 2007, mediante correo electrónico el señor Carlos Milanovitch comunicó a NOVA PERU que no estaba de acuerdo con las estipulaciones del due diligence y daba por resuelta la negociación entre las partes.
11. El 02 de agosto de 2017 NOVA PERU comunicó notarialmente al señor Carlos Milanovitch la decisión de no tomar en cuentas las contingencias ocurridas en el due diligence y seguir con las negociaciones.
12. Asimismo, en la mencionada carta notarial, NOVA PERU señaló que la conclusión unilateral del Memorando de Entendimiento y la denegación de celebrar el contrato definitivo activaría una penalidad ascendente a la suma de US\$ 500,000.00 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América).
13. Con fecha 09 de noviembre de 2007 NOVA PERU interpuso una petición de arbitraje en contra de Carlos Milanovitch y DEXIM SRL.
14. Luego, el 26 de noviembre de 2017 NOVA PERU interpuso la demanda arbitral en contra de Carlos Milanovitch y DEXIM SRL.
15. El 10 de marzo de 2008 el señor Carlos Milanovitch contestó la demanda arbitral.
16. El mismo día DEXIM cuestionó la competencia por inexistencia de convenio arbitral.
17. El 17 de abril del 2008 se llevó a cabo la audiencia de Conciliación y determinación de los puntos controvertidos.
18. Con fecha 09 de mayo de 2008 se expidió la Resolución N° 15 que resolvió denegar la solicitud de competencia de DEXIM SRL declarándola infunda.
19. Entonces el 26 de mayo de 2008 DEXIM SRL contesta la demanda arbitral.
20. El 07 de agosto se convocó a la audiencia de pruebas en el cual asistieron la totalidad de las partes.
21. El 29 de octubre de 2008 sucedió la audiencia de alegatos orales en el cual asistieron todas las partes.
22. Por último, con fecha 02 de diciembre de 2008, se emitió el laudo arbitral que resolvió declarar fundada la demanda respecto al señor Carlos Milanovitch e infundada respecto a DEXIM, en consecuencia, que el primero pague a favor de NOVA PERU la suma de US\$ 500,000.00 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de cláusula penal estipulada en el Memorando de Entendimiento.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Determinar la naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento.
2. Determinar si el Memorando de Entendimiento genera obligaciones.
3. Determinar las diferencias entre el contrato de compromiso de contratar y el Memorando de Entendimiento.
4. Determinar las diferencias entre el contrato de opción y el Memorando de Entendimiento.
5. Determinar si la autonomía privada es fuente de origen del Memorando de Entendimiento.
6. ¿El Memorando de Entendimiento cumple con los elementos dispuestos en el artículo 140 del código civil?
7. ¿Cuál es la interpretación jurídica que se debe realizar respecto del Memorando de Entendimiento?
8. ¿Es la buena fe contractual (artículo 1362) un standard de conducta?
9. Determinar si es aplicable la cláusula penal a Carlos Milanovitch y a DEXIM SRL.
10. ¿Qué es el proceso de due diligence?
11. Determinar la naturaleza jurídica del contrato escrow.
12. Determinar la naturaleza jurídica del arbitraje.
13. Determinar si DEXIM forma parte del convenio arbitral, pese a no haber firmado el mismo (exigibilidad para las partes no signatarias).

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

a. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO

i. CONCEPCIÓN

Según la doctrina internacional (mexicana) “el Memorándum de Entendimiento es un pacto mediante el cual se efectuarán futuras fluctuaciones de tráfico de negocios entre los sujetos con el fin de obtener un acuerdo final con las condiciones antes mencionadas”¹.

Por otro lado, la doctrina colombiana señala que el Memorando de Entendimiento “es un acuerdo anterior al contrato que enmarca la unión previa adquirida por los particulares, en función a uno o más temas respecto del procedimiento de tratos o convenios a futuro que los particulares piensan ejecutar”².

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional señala que “el Memorando de entendimiento es una oferta dirigida a ejecutar un convenio el cual

¹ ONTIER. (03 de febrero de 2017). *Memorándum de Entendimiento ¿legalmente vinculante?*
<https://mex.ontier.net/ia/mou.pdf>

² VARON, Juan. *Cartas de intención*, 2017.

debe contener la voluntad del oferente de sujetarse a su obligación si el receptor acepta el ofrecimiento.”³.

En la doctrina peruana, López Fung y Queija acuerdan en conceptualizar al Memorando de Entendimiento como “un pacto en la fase de preparación del contrato que ejecutan los particulares que comprende deberes y derechos, y que pueden ser vinculantes y constituyen responsabilidad por su inacción”⁴.

Otro autor peruano, Luis Huamán, afirma que el Memorando de Entendimiento “de ninguna manera obligará a las partes a celebrar un contrato definitivo o futuro”⁵. Por un lado, éste autor señala en otras palabras, que el Memorando de Entendimiento no podría ser un contrato preparatorio atípico por el hecho que estos contratos tienen como fin celebrar un contrato definitivo, lo cual no sucede con el Memorando de Entendimiento, ya que no tendría un efecto vinculante.

En otras palabras, y según las definiciones anteriormente esbozadas, queda claro que el Memorando de Entendimiento, en sentido amplio, es un acuerdo, documento o contrato que se realiza en la fase precontractual con el objetivo de desarrollar ciertas negociaciones o celebrar un contrato futuro, con cláusulas totalmente exigibles o no, dependiendo de la autonomía de la voluntad de las partes.

ii. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina peruana hasta el día de hoy no tiene un consenso sobre la naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento. Por un lado, hay autores que explican que el Memorando de Entendimiento tiene el carácter de meros acuerdos o pactos sin ninguna relevancia o utilidad jurídica. Por otro lado, otros autores señalan que el Memorando de Entendimiento es un contrato preparatorio atípico. Por último, otros grupos de autores afirman que el Memorando de Entendimiento es un acto jurídico bilateral.

El Memorando de Entendimiento al cual llamaremos Memorando de Entendimiento no comercial se caracteriza porque los acuerdos o pactos que se derivan de éste carecen de importancia u operatividad jurídica. En palabras de Walter Vásquez, el “Memorando

³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/14.

⁴ LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia. (Julio del 2016). *Innovaciones contractuales: el memorando de entendimiento*. Revista Ius Et Veritas N° 52.

⁵ HUAMAN, Luis (19 de marzo de 2018) ¿Qué es el Memorandum of understanding? Naturaleza jurídica y principales características. <https://www.enfoquederecho.com/2018/03/19/que-es-el-memorandum-of-understanding-naturaleza-juridica-y-principales-caracteristicas/>

de Entendimiento no negocial es el acuerdo sin valor jurídico que se limita a asegurar normas de ética negocial”⁶.

En otras palabras, el Memorando de Entendimiento no negocial al no contener reglas de carácter jurídico, o, simplemente, al no tener juridicidad no puede ser un contrato. En esta misma línea, el Memorando de Entendimiento no negocial no genera o contiene ninguna herramienta que permita su eficacia contractual. Es decir, el Memorando de Entendimiento no negocial se basta de reglas de conducta, valores o de simple reglas de ética cuyo objetivo no configura obligaciones.

El Memorando de Entendimiento no negocial supone entonces la carencia de juridicidad y la imposición de reglas de conducta que no conllevaría alguna eficacia contractual entre las partes.

A contraposición de lo que denominan Memorando de Entendimiento no negocial, existe lo que se llama Memorando de Entendimiento negocial el cual a diferencia del primero sí contiene cláusulas o herramientas útiles e importantes para el mundo jurídico. En este sentido, el Memorando de Entendimiento negocial sí configura el carácter de juridicidad, es decir, es relevante para el ordenamiento jurídico.

El mencionado autor señala que el Memorando de Entendimiento negocial es “el que contiene pactos y condiciones importantes para el mundo jurídico”⁷. Entonces, es claro la distinción entre el Memorando de Entendimiento negocial y no negocial siendo el primero de relevancia jurídica mientras que el segundo carece de lo señalado.

Otros autores, López Fung y Queija, utilizan otra distinción referente al Memorando de Entendimiento, la cual llaman Memorando de Entendimiento obligacional y Memorando de Entendimiento no obligacional. Como bien su propio nombre lo anuncia, el Memorando de Entendimiento obligacional es “aquel que se configura de efectos obligacionales cuya infracción permite a la otra parte requerir un pago por incumplimiento contractual”⁸.

⁶ VASQUEZ, Walter (21 de marzo de 2017). *Nuevamente sobre el MOU. Réplica constructiva a una reciente opinión crítica*. <https://ius360.com/nuevamente-sobre-el-mou-replica-constructiva-a-una-reciente-opinion-critica/>

⁷ Ídem.

⁸ LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia (3 de marzo de 2017). *¿Qué no es un memorando de entendimiento en el Perú?*

Por otro lado, el “Memorando de Entendimiento que no contiene deberes deduce la carencia o falta de un acuerdo, o sea, no se basa en un contrato ni de efectos obligacionales (al no existir ninguno de estos)”⁹.

El Memorando de Entendimiento obligacional se caracteriza por contener las cláusulas de confidencialidad, cláusulas de exclusividad, cláusulas de no competencia, cláusulas de debida diligencia, entre otras. Sin lugar a dudas, estas cláusulas sí conllevan obligaciones contractuales, es decir, son puros contratos.

El Memorando de Entendimiento no obligacional contiene un sentido moral en el cual las partes utilizan sus productos o servicios en función al principio de buena fe, pero evitando fuerza vinculatoria. De otra manera, el Memorando de Entendimiento no obligacional no genera obligaciones ni es un contrato, pero sí importa la categorización de deberes morales que acarrea la buena praxis y la ética en la negociación entre las diversas empresas.

En este sentido, López Fung y Queija sostienen lo señalado por Luis Huamán: “el Memorando de Entendimiento obligacional sí genera obligaciones contractuales mientras que el Memorando de Entendimiento no obligacional no contiene obligaciones específicas”¹⁰. De esta manera, queda claro la distinción funcional entre uno y otro tipo de Memorando de Entendimiento.

Por último, existe otra clasificación la cual se divide en Memorando de Entendimiento ejecutable y Memorando de Entendimiento no ejecutable. El primero tiene como finalidad celebrar un contrato final o definitivo. En ese sentido, Walter Vásquez señala que el “Memorando de Entendimiento es ejecutable y genera derechos y obligaciones de configurar la transacción final”¹¹. Asimismo, el mismo autor señala que “para la ejecución de un Memorando de Entendimiento sea posible debe contar con una estructura y contenido lo suficiente desarrollado como para permitir la configuración del contrato definitivo sin necesidad de un acto de regulación posterior de las partes”¹².

De otro lado, el Memorando de Entendimiento no ejecutable “no crea la obligación a los particulares de ejecutar el contrato posterior”¹³. Entonces, es lógico señalar a este Memorando de Entendimiento no ejecutable como aquella figura que no genera la obligación de celebrar un contrato final.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

¹¹ VÁSQUEZ, Walter. (10 de enero de 2017). ¿Qué es exactamente un MOU en el Perú?

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

Al señalar las distinciones (Memorando de Entendimiento negocial y no negocial; Memorando de Entendimiento obligacional y no obligacional y Memorando de Entendimiento ejecutable y no ejecutable) no quiero decir que sean útiles o que tengan una operatividad funcional en el ordenamiento jurídico peruano, ya que por ejemplo el Memorando de Entendimiento ejecutable cumple con todas las características de un contrato preparatorio, para ser más preciso, con el compromiso de contratar.

Esto es así, evidentemente, porque el Memorando de Entendimiento ejecutable tiene como fin que las partes se obliguen a celebrar un contrato definitivo al igual que el compromiso de contratar tal como se señala en el artículo 1414 del Título V (contratos preparatorios) de la Sección Primera (contratos en general) del libro VII (fuentes de las obligaciones) de nuestro Código Civil.

El Memorando de Entendimiento ejecutable y Memorando de Entendimiento no ejecutable no tienen razón de ser en nuestro país. El primero por la razón expuesta en el párrafo anterior, es decir, ya existe un contrato típico regulado llamado compromiso de contratar y, segundo, porque el motivo de su creación de esta decisión radica en el Common Law (derecho anglosajón), es decir, no se configura en nuestro país la extrapolación de tal distinción.

Respecto a la naturaleza jurídica, cito lo siguiente:

“Se puede señalar que el término naturaleza hace referencia a lo esencial de un determinado conjunto de caracteres que permitan atribuirle un significado real.”¹⁴. (Cornejo, 1997, pp. 123)

Entonces queda claro que la naturaleza jurídica supone la esencia, lo sustancial o el intrínseco de determinados caracteres que tienen como finalidad averiguar cuál es la norma aplicable a un determinado acto o negocio jurídico.

Cuando nos referimos a los contratos típicos en la teoría general del derecho hacemos referencia a esos contratos que comportan una regularización propia en un determinado ordenamiento jurídico. Por otro lado, si hablamos de contratos no típicos, es decir, contratos atípicos podemos definirlos como aquellos que no poseen una regulación propia en un determinado ordenamiento jurídico a pesar de su utilidad y pragmatismo.

Los contratos típicos sobrellevan características que tienen que ser analizadas desde la “autonomía de la voluntad (artículo V del Título Preliminar del Código Civil), el carácter

¹⁴ CORNEJO, Carlos. (1997) *La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el código civil de 1984*.

supletorio (artículo 1353 del Código Civil), los principios generales del derecho y los usos y costumbres”¹⁵.

Habiendo analizado de manera somera la estructura o los caracteres de los contratos típicos y atípicos paso a analizar la naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento.

Hay autores que señalan que “los Memorandos de Entendimiento pueden dividirse en actos jurídicos, autónomos, atípicos, o solo contratos cuyo fin es variar la fase precontractual”¹⁶. Esta definición es muy ambigua al establecer diferentes categorías doctrinales para una sola figura jurídica como lo es el Memorando de Entendimiento.

En este sentido, y de manera muy lata, otros autores también confirman que el Memorando de Entendimiento es “indiscutiblemente un negocio jurídico, ya que conforma la declaración de voluntad dirigida a establecer un vínculo jurídico, es decir, una cooperación de comerciantes”¹⁷.

No estoy de acuerdo con esta última opinión, ya que el Memorando de Entendimiento no siempre genera obligaciones contractuales, es decir, otras veces puede comprender reglas morales o de ética comercial lo que no supondría un acto jurídico en sentido estricto.

Hay que tener en cuenta que el acto jurídico y el contrato pueden contrastarse con el género especie. Es decir, el acto jurídico es el género y el contrato es la especie. En este sentido, no todo contrato puede ser un acto jurídico mientras que sí todo contrato es un acto jurídico.

Es claro entonces que el Memorando de Entendimiento es una figura atípica, puesto que no se encuentra regulado en el código civil ni en ninguna ley especial, esto es, se origina de la libre voluntad de las partes.

Para ser más preciso y exacto, la verdadera naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento radica en un contrato atípico, ya que no cuenta con la organización suficiente para la posterior celebración de un contrato definitivo. En el mismo sentido:

“El memorando de entendimiento es aquel contrato previo no regulado en nuestro ordenamiento jurídico que no posee las características futuras del

¹⁵ UGARTE, Máximo. Apuntes sobre los contratos atípicos o innominados. Pp. 40.

¹⁶ VARON, Juan. *Cartas de intención*. 2017

¹⁷ LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia. (Julio del 2016).

contrato final, de manera que no existe una fuerza obligacional que derive en un contrato último”.

De esta manera, es indudable la naturaleza de contrato atípico del Memorando de Entendimiento, pero solo aquel que suponga obligaciones o cláusulas contractuales. Aquel Memorando de Entendimiento que detente reglas morales o de conducta no podrá ser considerado un contrato preparatorio al carecer de juridicidad.

Por otro lado, queda claro que el Memorando de Entendimiento no es un contrato preparatorio típico, es decir, no calza bajo el supuesto del contrato de compromiso de contratar ni el contrato de opción, ya que contienen configuraciones y caracteres totalmente diferentes.

iii. EFECTOS CONTRACTUALES U OBLIGACIONES

La doctrina y la jurisprudencia no es unánime al señalar los efectos u obligaciones que se derivan de los Memorando de Entendimiento. De este modo, podemos reflexionar y citar lo siguiente:

“El contenido del Memorando de Entendimiento se resuelve por la autonomía de la voluntad de las partes (el subrayado es mío), en ese sentido, si alguno de los sujetos así lo manifiestan, pueden implantar en el Memorando de Entendimiento un efecto vinculante o hasta se podría instaurar las acciones a tomar por el incumplimiento de alguna de las partes.”¹⁸ (Ontier, 2017).

Como bien lo señala la cita precedente, entra a tallar de manera fundamental la voluntad de las partes. Si éstas desean convenir en establecer obligaciones o no dependerá solo de ellas. En este sentido, no existe una regla uniforme que permita esclarecer cuando el Memorando de Entendimiento es vinculante respecto de sus obligaciones o no. Rescato la autonomía de voluntad de las partes y la común intención de las partes como eje fundamental para establecer si realmente hay efectos contractuales o no.

Hay autores que señalan la existencia de obligaciones y que el Memorando de Entendimiento lo denominan precontrato de negociación; sin embargo, en la práctica, estos son meros contratos que contienen obligaciones y que su incumplimiento genera responsabilidad contractual. Al existir responsabilidad contractual se supone que previamente hubo un contrato que enmarca obligaciones y efectos contractuales, entonces un Memorando de Entendimiento sí puede generar obligaciones.

¹⁸ ONTIER. (03 de febrero de 2017). *Memorandum de Entendimiento ¿legalmente vinculante?*
<https://mex.ontier.net/ia/mou.pdf>

Al ser meros contratos, por ende, generan derechos y obligaciones entre las partes, es decir, en el caso que una de las partes incumpla con su obligación respectiva, la otra parte tendría todas las prerrogativas para utilizar aquellas medidas legales con el fin que el deudor cumpla con su debida prestación. En este caso, si existe un incumplimiento contractual de alguna de las partes, nos encontraríamos ante un caso de responsabilidad contractual y no ante un caso de responsabilidad extracontractual.

Lo mencionado líneas atrás nace del simple hecho que las partes han suscrito efectivamente un contrato que obliga a los mismo a cumplir determinadas conductas o prestaciones, y en caso, exista algún incumplimiento, se entraría al campo de responsabilidad contractual. No pertenece al campo de responsabilidad extracontractual o inejecución de obligaciones, puesto que el daño que se provoca no nace como parte de la relación jurídica entre las partes.

Siguiendo la línea que sostiene la importancia de la autonomía de las partes, las obligaciones o efectos contractuales de los Memorando de Entendimiento dependen de lo convenido por las partes. Es decir, “la médula de la operatividad jurídica de los Memorando de Entendimiento como mecanismos de tráfico mercantil se reduce a un ejercicio exegético de lo deseado por los negociantes”¹⁹.

Tal como mencione líneas atrás, el Memorando de Entendimiento es un contrato atípico que depende y nace de la voluntad de las partes, es decir, de la autonomía de la voluntad y si es que contiene obligaciones o efectos contractuales también dependerá de las partes negociantes.

Por otro lado, hay autores como Parra que explican que hay 2 teorías sobre la vinculatoriedad (eficacia jurídica): “teoría unitaria y la teoría fragmentaria”²⁰. La primera supone que “las partes puedan convenir en que la totalidad del documento tenga un carácter de obligatoriedad mientras que la segunda afirma que solo unas estipulaciones sean imperativas”²¹. En ese mismo sentido, el mismo autor señala la distinción de cláusulas no vinculantes (non binding provisions) y cláusulas vinculantes (binding provisions).

Respecto a las cláusulas no vinculantes se puede apreciar como aquellas que contemplan declaraciones y garantías o reglas de ética comercial mientras que las

¹⁹ GOMEZ, Pablo (23 de enero de 2018). *Análisis jurídico de la carta de intención y el memorándum de entendimiento*.

²⁰ PARRA, Nicolás. 2013. *La autorregulación de los tratos preliminares: análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual*. Revista de Derecho Privado, número 50 pp. 1-34.

²¹ Ídem.

cláusulas vinculantes contendrían efectivamente cláusulas como pactos de confidencialidad, pactos de exclusividad, pactos de debida diligencia, entre otros.

Otra vez, y en el mismo sentido de idea, López Fung y Queija explican lo siguiente:

“Sin embargo, bajo nuestra interpretación, la discusión acerca de la capacidad de los Memorando de Entendimiento para generar derechos y obligaciones pierde sentido a la luz de la autonomía de la voluntad de las partes (el subrayado es mío).”²². (López y Queija, 2016 pp. 209).

Queda claro (una vez más) si es que el Memorando de Entendimiento genera o no obligaciones contractuales. En ese sentido, la autonomía de las partes cobra vital importancia, ya que en virtud del deseo de las partes negociantes es que se podrá estipular los efectos u obligaciones contractuales.

Entonces al señalar que la liberalidad de las partes donde la autonomía es la ley vuelve a ubicar a la misma como el asidero sustancial para el origen y sustento del Memorando de Entendimiento, así como sus efectos y obligaciones.

Entonces queda claro que la autonomía de la voluntad es el eje fundamental del Memorando de Entendimiento, así como sus obligaciones contractuales; sin embargo, esto no quiere decir que celebrar un Memorando de Entendimiento suponga celebrar un contrato preparatorio. En otras palabras, no se puede comparar el contrato de compromiso de contratar con el Memorando de Entendimiento. La celebración de un Memorando de Entendimiento supone configuraciones no suficientes para celebrar un contrato posterior, a diferencia de las figuras típicas reconocidas en el Título V llamado contratos preparatorios.

iv. CONTRATOS PREPARATORIOS

Los contratos preparatorios se encuentran tipificado en el Título V denominado contratos preparatorios (valga la redundancia) de la Sección Primera Contratos en General del Libro VII Fuente de las Obligaciones y son los siguientes: i) contrato de compromiso de contratar ii) contrato de opción.

Para Pedro Cavero, el contrato preparatorio es definido como un “acuerdo típico, independiente y temporal cuyo objetivo es resguardar la ejecución de otro acuerdo final

²² LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia. (Julio del 2016). *Innovaciones contractuales: el memorando de entendimiento*. Revista Ius Et Veritas N° 52

y deseado por los particulares, que en cierto tiempo no se realizó por diferentes motivos”²³.

1. COMPROMISO DE CONTRATAR

El código civil regula en solo 5 artículos el contrato de compromiso de contratar (artículos 1414 al 1418) y lo conceptualiza de la siguiente manera:

“Por el compromiso de contratar, las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”²⁴. A este contrato también se le conoce como la promesa de contratar. El profesor Arias Shreiber señala que, “a través del compromiso de contratar, los sujetos se conminan mutuamente a generar, ulteriormente, un contrato final”²⁵.

De otro lado, Bolaños sostiene que “el compromiso de contratar, crea un trato forzoso por el cual ambas partes del convenio se constriñen a efectuar una obligación con prestación de hacer”²⁶.

En este sentido, el maestro Fueyo afirma con claridad las características esenciales del contrato de compromiso de contratar:

- a. “La existencia de un contrato previo y un contrato final que son claramente discernibles.
- b. “Que la razón de ser del primer contrato radica en la celebración del denominado contrato final
- c. Son contratos diferentes y tienen expresiones diferentes.
- d. La obligación de celebrar ulteriormente el contrato definitivo supone una obligación de hacer.
- e. La promesa de contratar comprende los elementos esenciales del acuerdo definitivo”²⁷.

Hay claridad al señalar que existen 2 contratos: el contrato preliminar y el contrato posterior. Asimismo, el precontrato debe contener los elementos esenciales del contrato definitivo tal como lo regula el artículo 1415 del código civil. El plazo de este tipo de contrato preparatorio debe ser determinado o determinable, o, en su defecto, será de un año tal como lo establece el artículo 1416 del mismo cuerpo legal.

²³ CAVERO, Pedro (2017). *La problemática actual de los contratos preparatorios a propósito de la sentencia casatoria recaída en el exp. 1659-2014 La Libertad*

²⁴ Artículo 1414 del código civil peruano de 1984.

²⁵ SCHREIBER, Max (2000). *Exégesis del código civil peruano de 1984*, Tomo I, parte general, pp. 204.

²⁶ BOLAÑOS, Victor (2007). *Código civil comentado*, Tomo VII, pp. 337.

²⁷ FUEYO, Fernando (1985). *Los contratos preparatorios en el código civil peruano de 1984*.

De este modo, Guevara sostiene que “el contrato previo debe poseer las características intrínsecas del contrato final, debe mantener la estructura y cuando exista incumplimiento conlleva la responsabilidad contractual pertinente”²⁸.

Habiendo comprendido los caracteres esenciales y la naturaleza del contrato de compromiso de contratar sostengo que el Memorando de Entendimiento materia de litis entre NOVA PERU y Carlos Milanovitch y DEXIM no es un Memorando de Entendimiento propiamente dicho, por el contrario, es un contrato preparatorio denominado compromiso de contratar.

Primero, NOVA PERU y Carlos Milanovitch y DEXIM se obligaron recíprocamente a celebrar en el futuro un contrato definitivo tal como consta en el denominado Memorando de Entendimiento según numeral 2 del acápite II antecedentes y objeto por medio del cual los últimos transferirían el 100 % de sus acciones a favor de la primera, es decir, cumple con la tipología del artículo 1414 del código civil peruano (contrato de compromiso de contratar).

Segundo, porque en el supuesto Memorando de Entendimiento se establecieron los elementos esenciales del contrato definitivo tal como lo detalla el artículo 1415 del código civil peruano y son los siguientes: i) precio de compra ii) forma de pago iii) activos excluidos iv) cuentas por cobrar v) pago de deudas.

Tercero, porque la real naturaleza del Memorando de Entendimiento no configura la obligación de celebrar un contrato posterior (si fuese así se llamaría contrato de compromiso de contratar). Solo facilita o coadyuva la celebración de un contrato definitivo, mas no genera la obligación entre las partes de celebrar un contrato ulterior.

Con los fundamentos antes expuestos queda claro la verdadera naturaleza del Memorando de Entendimiento materia de litis entre las partes, es decir, es un mero contrato de compromiso de contratar, por lo tanto, es un contrato típico, autónomo, de ejecución aplazada que se rige por las reglas de las partes negociantes, y en su defecto, por las normas imperativas del código civil.

2. CONTRATO DE OPCIÓN

²⁸ GUEVARA, Karina (01 de enero de 2014). El compromiso de contratar y el registro de predios. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6836/Guevara_pk.pdf?sequence=1

Según Fueyo, “el contrato de opción es un contrato preliminar general que se fundamenta en la promesa unilateral que realiza una de las partes a merced de la otra, guardándose, el derecho de aceptar o no”²⁹.

A diferencia del contrato de compromiso de contratar que crea obligaciones entre las partes como objeto del contrato tal como lo señala el artículo 1402 del código civil, el contrato de opción genera un derecho potestativo y su correspondiente derecho de sujeción.

Por derecho potestativo se infiere como el poder que le otorga el ordenamiento jurídico a un sujeto con el fin de que este pueda producir efectos jurídicos según la voluntad de este. En otras palabras, es la capacidad o el poder jurídico que tiene un sujeto en poder transformar su esfera jurídica según su propia voluntad.

Por derecho de sujeción se entiende como aquella “situación en la cual un particular, sin estar conminado a una conducta concreta, soporta las consecuencias de la actividad de una facultad exógena³⁰”. Es decir, el sujeto se encuentra supeditado al poder de otro particular.

En este sentido, el contrato de opción es el contrato preparatorio típico por el cual el concedente otorga al optante un compromiso durante un determinado tiempo para que éste último acepte o no (derecho potestativo).

A contraposición del compromiso de contratar, el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo tal como lo estipula el artículo 1422 del código civil. En este sentido, también se diferencia del primero porque éste contrato de opción sí puede inscribirse en Registros Públicos según el numeral 2 del artículo 2019 del mismo cuerpo legal.

v. AUTONOMÍA PRIVADA

Por la autonomía privada podemos entender como aquel poder jurídico que el Estado otorga y reconoce a los ciudadanos con el fin de que estos puedan auto reglamentar sus propios intereses.

Según el maestro De La Puente, “la autonomía privada es la facultad otorgada a las personas para modificar sus propios beneficios y establecer voluntariamente relaciones jurídicas vinculantes entre ellas mismas”³¹.

²⁹ FUEYO, Fernando (1985). *Los contratos preparatorios en el código civil peruano de 1984*

³⁰ ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI (1995). *Lineamientos del derecho privado*.

³¹ DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Pp. 262.

Un sector de la doctrina reconoce la existencia de la autonomía de la voluntad de eminente origen francés y la autonomía de los particulares de origen alemán; sin embargo, este distingo es totalmente innecesario, puesto que no hay una operatividad funcional al respecto, es decir, no hay diferencia alguna en los casos prácticos. En palabras llanas, “autonomía de la voluntad o privatautonomie son equivalentes funcionales”³²

La Constitución política del Perú de 1993 en su artículo 2 inciso 14 señala que “todas las personas tienen derecho a contratar”³³. Asimismo, el artículo 1354 del código civil señala que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato”³⁴. En este sentido, y en concordancia con el artículo V del título preliminar del código civil, el orden público y las buenas costumbres también constituyen límites a la autonomía privada (al igual que las normas de carácter imperativo).

La autonomía privada tiene dos vertientes o elementos: libertad de contratar (libertad de conclusión) y libertad contractual (libertad de configuración interna). Por la primera se entiende como aquella libertad que el Estado otorga a los particulares para contratar o no, y en su caso, de escoger con quién. Por otro lado, la libertad contractual supone la aptitud que poseen los particulares para autorregular independientemente el contenido de sus contratos, es decir, la facultad para disponer los términos y condiciones.

En el presente caso, NOVA PERU decidió contratar con DEXIM y Carlos Milanovitch y decidieron suscribir un contrato preparatorio con el fin de celebrar un contrato definitivo siendo plena y máxima expresión de la autonomía de la voluntad. Al elegir las partes negociantes que iban a contratar entre sí se desprende la libertad de contratar mientras que el contenido del contrato preparatorio tanto del contrato definitivo supone el derecho a la libertad contractual.

b. NEGOCIO JURÍDICO

En nuestro código civil de 1984 el Libro II se denomina acto jurídico cuyo origen radica en el derecho francés; sin embargo, “la noción de negocio jurídico se acomoda a nuestro ordenamiento jurídico peruano, debido a que el acto jurídico regulado en el código civil peruano es semejante al negocio jurídico de la dogmática alemana”³⁵.

³² SAAVEDRA, Renzo (31 de enero de 2019) *¿Autonomía de la voluntad vs autonomía de los particulares?: ideas, configuración y límites*. <https://ius360.com/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>

³³ Inciso 14 del artículo 2 de la Constitución política del Perú de 1993.

³⁴ Artículo 1354 del código civil peruano.

³⁵ TABOADA, Lizardo (2002). *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima pp. 35.

En relación con el párrafo precedente, “la concepción de negocio jurídico se le puede adjudicar al código civil peruano por la equivalencia esencial presente entre el acto jurídico tipificado en el mencionado cuerpo legal y el negocio jurídico originado por los juristas germanos”³⁶.

Según el artículo 140 del código civil, “el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”³⁷.

Existen muchas definiciones sobre el negocio jurídico tanto de origen italiano como de corriente alemana; sin embargo, el propósito del presente trabajo de investigación no tiene como fin enumerar las tendencias doctrinales del negocio jurídico. En este sentido, detallaremos los elementos esenciales del mismo en función y aplicación del código civil.

Según la doctrina sobre los negocios jurídicos, se distingue de los elementos, los presupuestos y los requisitos del mismo; sin embargo, para el fin del presente trabajo de investigación tomaremos en cuenta el término elementos solo de aquellos que se encuentran regulados en el artículo 140 del código civil.

i. ELEMENTOS ESENCIALES

El inciso 1 del artículo 140 del código civil tipifica sobre el agente capaz, o sea, habla acerca de la capacidad de goce (artículo 3 del código civil) y de la capacidad de ejercicio (artículo 42 del código civil). La capacidad de goce supone “la idoneidad de ser titular de situaciones jurídicas subjetivas”³⁸ mientras que la capacidad de ejercicio es “la aptitud para ejercer a cuenta propia determinadas situaciones jurídicas”³⁹.

Por el objeto física y jurídicamente posible (inciso 2 del artículo 140 del código civil) la doctrina no es unánime al determinar la concepción del mismo. En este término, utilizaremos una interpretación en sentido amplio, que dice que “el objeto del negocio jurídico es todo aquel medio idóneo que permita a las partes satisfacer sus necesidades a través de negocios jurídicos”⁴⁰.

Por el fin lícito entendemos a lo que se denomina causa, es decir, el fin inmediato y directo. En ese sentido, “la causa del acto jurídico es proyectado como la intención

³⁶ PALACIOS, Eric. (1994). Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico. En Themis. Pp. 78.

³⁷ Artículo 140 del código civil peruano.

³⁸ BELTRÁN, Jorge y Héctor CAMPOS (2009). Breves apuntes sobre los elementos del negocio jurídico. En Derecho & Sociedad. Pp. 201.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, pp. 204.

pragmática buscado por los particulares, o sea, la función económica individual del negocio jurídico, la cual se infiere del documento explícito del negocio”⁴¹.

Por último, el inciso 4 del artículo 140 del código civil establece la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, es decir la exteriorización del negocio jurídico. Esta forma puede ser de dos tipos: ad solemnitatem y ad probationem. El incumplimiento de la primera supone la sanción de nulidad y la segunda tiene como objetivo probar la simple existencia del negocio jurídico (artículo 144 del código civil).

ii. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Existe un orden de prelación referente a las normas de interpretación jurídica del negocio jurídico (y de los contratos) de las más valiosas a las menos importantes. En este orden de ideas, la regla fundamental es la regla de la interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes. En segundo lugar, la regla de interpretación según la buena fe. Luego, tiene lugar la regla de interpretación sistemática y, por último, la regla de interpretación funcional.

El artículo 168 del código civil indica que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”⁴². Según la doctrina, se le conoce a ésta como la regla de la interpretación de la voluntad declarada.

El artículo antes mencionado es el primer criterio hermenéutico del negocio jurídico y se encuentra regulado en el Título IV (denominado interpretación del acto jurídico) del Libro II (acto jurídico). En este sentido, este artículo puede dividirse en 2 supuestos: “de acuerdo con lo que se haya expresado en él” y “según el principio de buena fe”. El primer aspecto supone “la búsqueda de lo querido por el sujeto bajo los límites de lo declarado (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e intenta la búsqueda del valor objetivo del acto jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto”⁴³.

Asimismo, el artículo 1362 (ubicado en la sección contratos en general del Libro VII fuentes de las obligaciones) estipula que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”⁴⁴. Al igual que el artículo 168 del mismo cuerpo legal, este artículo puede dividirse en que “los

⁴¹ Ibidem, pp. 209.

⁴² Artículo 168 del código civil peruano.

⁴³ FERNANDEZ, Gastón (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el código civil peruano*. En Derecho & Sociedad. Pp. 150

⁴⁴ Artículo 1362 del código civil peruano.

contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe” y, de otra parte, según “la común intención de las partes”.

Existe una estrecha relación entre el artículo 168 (interpretación del acto jurídico) y el artículo 1362 (interpretación del contrato) del código civil, ya que la norma contenida en el artículo 168 en el código civil enmarca en la figura imparcial de indagación de la común intención de las partes, “al intentar buscar a través del contrato las declaraciones y comportamientos de ellas, dándole mayor importancia a la conjunción de la declaración efectuada por las partes”⁴⁵.

Cuando me refiero a la común intención de las partes (segundo supuesto del artículo 1362 del código civil) la doctrina señala que es sobre la exteriorización que se utilizaría la exégesis, dejando de lado los actos de voluntad intrínsecos que los particulares poseen al ejecutar el acto jurídico. En otras palabras, se dilucida la verdadera voluntad exteriorizada y declarada de los particulares (declaraciones y comportamientos) respecto a un estándar de comportamiento normal”⁴⁶.

De la común intención de las partes se desprende la interpretación literal y la interpretación global.

La interpretación literal es el “criterio inicial que emplea el particular en función a un convenio determinado, ya que éste devela el inicial acercamiento referente al contrato tal cual es, a través de la autonomía de las partes”⁴⁷. Por la interpretación literal se entiende “el primer componente de la intervención exegética cuando las manifestaciones contractuales están enderezadas a mostrar expresiones derivadas de diferentes vocablos empleados”⁴⁸

La interpretación global o valoración del comportamiento integral de las partes “supone el íntegro de las conductas de los particulares que realizaron en el iter contractual (tratativas, celebración y ejecución), es decir, todas las etapas o fases contractuales. La norma antes mencionada exige al hermeneuta la obligación de averiguar el significado del contrato, dejando de lado la interpretación textual.”⁴⁹.

⁴⁵ FERNANDEZ, Gastón (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el código civil peruano*. En Derecho & Sociedad. Pp. 150.

⁴⁶ Ibidem, pp. 151.

⁴⁷ Ibidem, pp. 152.

⁴⁸ BIANCA, Massimo (1987). *Diritto Civile*. Tomo 3:Il Contratto. Dott A. Giuffre Editore S.p.a. Milano, Italia pp. 396.

⁴⁹ FERNANDEZ, Gastón (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el código civil peruano*. En Derecho & Sociedad. Pp. 153.

De esta manera, “la común intención de las partes se devela en el objetivo conjunto de las partes, es decir, no hablamos de intenciones unilaterales, sino de intereses unidos para obtener un final común, en el cual el exégeta debe resolver y utilizar la común intención de las partes mediante la conducta de los particulares”⁵⁰.

La común intención de las partes enmarca “el comportamiento y declaraciones de las partes contratantes que despliegan éstas durante el iter contractual (tratativas, celebración y ejecución) y que reflejan la razón de ser del negocio jurídico. En otras palabras, la intención verdadera es aquella conjunta por ambos particulares y no la intención unilateral por separado”⁵¹.

Haciendo uso de lo dispuesto por el artículo 168 del código civil (interpretación literal) y según lo redactado en el Memorando de Entendimiento de fecha 02 de julio de 2007 el señor Carlos Milanovitch firmo una vez, interviniendo solamente a título personal y no como representante de DEXIM; sin embargo, el mismo artículo nos habla también “de acuerdo con lo que se haya expresado en él”, es decir, la común intención de las partes (búsqueda real de los contratantes). En este sentido, la común intención de las partes en el presente caso radica en que NOVA PERU y Carlos Milanovitch suscribieron un contrato preliminar con el fin de firmar un contrato definitivo por medio del cual NOVA PERU adquiriría las acciones de DEXIM y Consorcio Dexim. De otro modo, y según el Memorando de Entendimiento no se advierte mala fe de las partes, o sea, no se contraviene el principio de buena fe tipificado en el artículo 168 del código civil. Tampoco se consigna un comportamiento o declaración que atente contra el principio de buena fe al momento de celebrar el Memorando de Entendimiento. Al contrario, existe mala fe de Carlos Milanovitch después de haber recibido el due diligence, ya que decidió resolver unilateralmente el Memorando de Entendimiento sin respetar el procedimiento de conciliación en caso de alguna discrepancia tal como se detalla en el mencionado documento.

Por otro lado, el artículo 169 del código civil estipula la interpretación sistemática cuyo tenor es el siguiente: “las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”⁵².

⁵⁰ SCOGNAMILIO, Renato (1983). *Teoría general del contrato*.

⁵¹ DIEZ PICAZO, Luis (1983) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*; segunda edición. Editorial Tecnos. Pp. 262.

⁵² Artículo 169 del código civil peruano.

Por ese mismo lado, Diez Picazo define a la “interpretación sistemática como una consecuencia de la unidad lógica del contrato: por ejemplo, evitación de contradicciones, de antinomias, etc.”⁵³

Entonces, la interpretación sistemática implica que “el trabajo exegético no se acaba en una cláusula dada del convenio, sino que empieza con la interpretación de otras, asumiendo, una unidad funcional”⁵⁴.

Con todo lo señalado, se puede llegar a la conclusión de que la interpretación sistemática de las cláusulas contractuales debe ser interpretadas como si fueran un único conjunto y no de manera aislada o independiente, es decir, se debe buscar el significado como parte de un todo y no de una manera unitaria.

Por otra parte, el artículo 170 del código civil estipula que “las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”⁵⁵.

Esta regla de interpretación se denomina “interpretación funcional o finalista y se ejecuta después de utilizar otros enfoques exegéticos, ya que permanecen significados diferentes y diversos en función a los términos realizados por los particulares en el contrato, los cuales tienen que acoplarse o amoldarse a la naturaleza y al objeto del acto”⁵⁶.

Esta regla de interpretación “está encaminada a averiguar el contenido del convenio en función a la causa del mismo, o sea, supone que los particulares han convenido en las cuestiones pragmáticas del acto jurídico, o sea, la causa concreta”⁵⁷.

En otras palabras, la interpretación funcional o finalista tiene como propósito fundamental averiguar y clarificar el significado de las palabras y expresiones verbales mas no de la totalidad o conjunción del contrato. En este sentido, se busca obtener un solo significado y erradicar la polisemia mediante la búsqueda de la causa del contrato o negocio jurídico.

iii. BUENA FE

⁵³ DIEZ PICAZO, Luis (1983) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*; segunda edición. Editorial Tecnos. Pp. 265.

⁵⁴ GODOY David (2017). *Interpretación del acto jurídico en el derecho peruano*. Institución universitaria politécnico grancolombiano. Pp. 18.

⁵⁵ Artículo 170 del código civil peruano.

⁵⁶ FERNANDEZ, Gastón (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el código civil peruano*. En Derecho & Sociedad. Pp. 159.

⁵⁷ BIANCA, Massimo (1987). *Diritto Civile. Tomo 3:Il Contratto*. Dott A. Giuffre Editore S.p.a. Milano, Italia pp. 404.

El principio de buena fe se encuentra regulado tanto en el artículo 168 del código civil como en el artículo 1362 del mismo cuerpo legal, sin tomar en cuenta lo dispuesto en el libro IX sobre Registros Públicos. El primer artículo hace referencia a la buena fe como un “principio” mientras que el segundo artículo habla sobre la “regla” de la buena fe. Entonces, el artículo 168 habla del principio de buena fe como un criterio hermenéutico en tanto el artículo 1362 hace referencia a la lealtad en el iter contractual, o sea, una regla de comportamiento.

El principio de buena fe tiene dos vertientes: una subjetiva y otra objetiva. “La subjetiva se entiende como aquella creencia del fuero interior de que se está obrando debidamente, (buena fe creencia) y la objetiva, se distingue por la conducta adecuada e idóneo del particular que es retribuido por el homólogo u otras personas (buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento)”⁵⁸. Hoy por hoy, se ha dejado de lado la importancia de la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva es la cual tiene más relevancia en el ámbito jurídico peruano.

En palabras de Betti, “la buena fe es concebida como un mandato ético-social que está mezclado por el respeto de la personalidad ajena y la cooperación con otras personas”⁵⁹.

Otro sector de la doctrina establece que “la buena fe hace referencia a patrones o esquemas con los cuales se evalúa la conducta de los particulares o mediante la imposición de normas de hermenéutica”⁶⁰.

Queda claro que existen diversas acepciones en torno a la buena fe. Una de éstas puede ser el de un criterio hermenéutico o de interpretación, la buena fe subjetiva, o la buena fe objetiva (cláusula general), entre otros.

En tal caso, se puede decir que la buena fe es un standard de comportamiento o regla de conducta mediante la cual las partes esperan recíprocamente una cooperación idónea y de cumplimiento de expectativas en el marco de una relación obligatoria.

Existe mala fe de parte de Carlos Milanovitch al suspender e interrumpir las negociaciones unilateralmente sin haber respetado el procedimiento establecido en caso de algún desacuerdo entre las partes tal como se configura en el Memorando de Entendimiento.

⁵⁸ GODOY David (2017). *Interpretación del acto jurídico en el derecho peruano*. Institución universitaria politécnico grancolombiano. Pp. 15.

⁵⁹ BETTI, Emilio (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione, Giuffrè. Milano, pp. 67.

⁶⁰ ESPINOZA, Juan (2011). *El principio de la buena fe*.

También se prueba la mala fe de Carlos Milanovitch al no cumplir con una regla de conducta que supone la actuación diligente que debió asumir no solo en la etapa precontractual, sino también en la etapa de celebración del contrato final, la cual se negó a firmar utilizando fundamentos irrisorios.

iv. LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal se encuentra regulado en el artículo 1341 del código civil y es un mecanismo alternativo al contrato principal que puede estar dentro del último o no, mediante el cual una de las partes se sujeta a cumplir con un determinado comportamiento en caso incumpla con la prestación a la cual se subordino.

Se puede definir a la cláusula penal como “el acto jurídico, acuerdo o pacto secundario mediante la cual un particular, con el objetivo de blindar el cumplimiento de una obligación, se constriñe a cumplir cierta conducta si es que incumple lo pactado o lo realiza retrasadamente”⁶¹.

En otros términos, y según la doctrina nacional, la cláusula penal “es un pacto secundario agregado a un contrato mediante el cual se fija y consolida la ejecución de una prestación para constreñir al deudor a realizar un pago por concepto de castigo o hacer otro servicio por retardo o incumplimiento”⁶².

En este sentido, podemos definir a la cláusula penal como una figura jurídica por la cual una parte asegura la eficacia o el cumplimiento de una obligación y la otra parte se subordina a una determinada pena, la cual supone una obligación de dar, de hacer o no hacer por una causal moratoria, compensatoria o resarcitoria.

Según Kemelmajer, la cláusula penal cumple una doble finalidad: “i. indemnizatoria y ii. aflictiva o compulsiva. El fin indemnizatorio supone básicamente satisfacer anticipadamente los daños y perjuicios mientras que el fin aflictivo se dirige a sancionar un comportamiento antijurídico afianzando la ejecución de la obligación y se oprime psicológicamente al obligado para el pago de la obligación primordial”⁶³.

Asimismo, la cláusula penal tiene las siguientes características: “estipulación accesoria, subsidiaria y condicional”⁶⁴.

⁶¹ KEMELMAJER, Aída (2007) *Valoración anticipada de perjuicios. La cláusula penal del nuevo milenio*, en Athina pp. 51.

⁶² PALACIOS, Gustavo (2002) *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. Pp. 553.

⁶³ KEMELMAJER, Aída (2007) *Valoración anticipada de perjuicios. La cláusula penal del nuevo milenio*, en Athina pp. 53.

⁶⁴ OSTERLING, Felipe. *Obligaciones con cláusula penal*. Pp. 303.

La cláusula penal “es accesoria porque subsiste en función de una obligación primaria”⁶⁵. La cláusula penal “es subsidiaria porque no reemplaza a la obligación primaria”⁶⁶. La cláusula penal “es una obligación condicional, porque para requerir se necesita que el deudor quebrante la obligación primaria”⁶⁷.

En el punto 2 del acápite IV del Memorando de Entendimiento, las partes establecieron lo siguiente:

“Cuando:

- (i) alguna de los sujetos finiquitara el MOU;
- (ii) los participacionistas no brinden la documentación necesaria para la realización del due diligence;
- iii) los participacionistas quebranten la cláusula de exclusividad
- (iv) cualquiera de los sujetos no firme el contrato final;

El sujeto que incumpliera pagará medio millón de dólares americanos”.

Según lo acotado, es claro que el párrafo precedente estipula una cláusula penal conforme al artículo 1341 del código civil, ya que nace de la autonomía de la voluntad de las partes al constituir un acuerdo accesorio al Memorando de Entendimiento en el cual se establece que el incumplimiento de celebrar el contrato definitivo conllevaría el pago de una prestación a título de resarcimiento de los daños y perjuicios.

El origen de esta cláusula penal figura en el punto 2 del acápite IV del Memorando de Entendimiento, es decir, encuentra su génesis en un contrato. De esta manera, es clave las voluntades conjuntas de las partes contratantes al fijar una convención accesoria o cláusula penal, puesto que permite luego la exigibilidad de la misma según el artículo 1361 del código civil que señala que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”⁶⁸, es decir, devela la fuerza vinculatoria de los contratos (fuerza de ley entre las partes).

Por otro lado, el artículo 1346 del código civil informa lo siguiente: “el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Artículo 1361 del código civil peruano.

excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”⁶⁹.

En este sentido, existe lo que la doctrina denomina la mutabilidad parcial, ya que la cláusula penal puede disminuir en dos supuestos: i. cuando la pena sea excesiva o ii. cuando la obligación principal hubiese sido cumplida irregularmente.

En el presente caso, los abogados representantes de Carlos Milanovitch y DEXIM no solicitaron a los miembros del Tribunal Arbitral que se aminore o disminuya la cláusula penal de manera que incurrieron en una falta en la praxis profesional al no utilizar esta figura jurídica de reducción de la cláusula penal.

c. FUSIONES Y ADQUISICIONES

Las fusiones y adquisiciones o llamadas también M&A por sus siglas en inglés (mergers and acquisitions) son una de las figuras más importantes que usan las empresas para la maximización del valor de las mismas mediante reorganizaciones societarias (transformación, fusión, escisión, etc.), compra de acciones o compra de activos.

La fusión se encuentra regulado en el libro IV (normas complementarias) de la sección segunda (reorganización de sociedades) del título II (fusión) de la ley N° 26887 (ley general de sociedades).

El artículo 344 señala lo siguiente acerca de la fusión:

“Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley”.

El mencionado artículo considera la fusión por incorporación y la fusión por absorción. La fusión por absorción contempla que las sociedades integrantes se extinguen con el fin de crear una sociedad nueva. En cambio, en la fusión por absorción, las sociedades son absorbidas por una sociedad absorbente, quedando las primeras extinguidas y siendo la última la única sociedad vigente.

Es claro entonces que la fusión tiene como objetivo la agrupación de dos o más empresas para formar otra, o absorber a la otra, siempre y cuando se prescriba los elementos establecidos por la ley.

i. PROCESO ADQUISITIVO DE PAQUETES ACCIONARIOS

⁶⁹ Artículo 1346 del código civil peruano.

El proceso adquisitivo de paquetes accionarios se realiza mediante contratos de transferencia, junto con otros tipos de contratos y actos mercantiles, variando la complejidad que existe en la transferencia.

Este contrato de transferencia de acciones tiene su origen en el derecho anglosajón y se le conoce como share purchase agreement (SPA). En este tipo de contratos, un tercero adquiere las acciones o participaciones de una empresa totalmente vigente, dejando fuera del giro del negocio a la empresa vendedora de sus acciones o participaciones sociales.

ii. DUE DILIGENCE

El due diligence o debida diligencia es una herramienta de investigación que permite averiguar la situación actual y legal de una determinada empresa. El due diligence tiene como objetivo obtener la real apariencia de la compañía analizada lo cual supone un análisis de las virtudes y defectos de la misma, así como las vicisitudes que podrían conllevar una reducción al precio de compra.

El due diligence legal “es un proceso mediante el cual se indaga, revisa e infiere la situación legal de una sociedad, de acuerdo al parámetro consignado por el potencial comprador del negocio”⁷⁰. En este sentido, el proceso “comporta la prestación de prestaciones legales de un abogado a favor de una o más sujetos particulares (el comprador) interesados en adquirir un negocio (la operación) y, por tanto, en averiguar acerca de la situación legal de la sociedad (el target), para, considerar la posibilidad de la operación y convalidar los elementos principales de la sociedad”⁷¹.

El due diligence tiene como objetivo revisar los aspectos societarios, aspectos contractuales, aspectos relativos a la propiedad, aspectos de derecho corporativo y de aspectos laborales. En este sentido, se suelen descubrir reportes acerca de:

- a) “Las acciones o participaciones de la sociedad han sido correspondientemente obtenidas y emitidas.
- b) La sociedad posee a sus trabajadores en planilla bajo la categoría correspondiente.
- c) La sociedad tiene obligaciones que generen peyorativamente una mala gestión en el giro del negocio
- d) Las propiedades de la sociedad están debidamente inscritas, o si tienen gravámenes.

⁷⁰ GRELLAUD y LUQUE (2011) *La due diligence legal*. En Themis. Pp. 214.

⁷¹ Ídem.

- e) La propiedad industrial está debidamente inscrita y adecuada a la legislación peruana
- f) La sociedad tiene los permisos y licencias necesarias según el giro del negocio
- g) La sociedad es parte de procesos judiciales, administrativos o arbitrales⁷².

Se puede resumir del due diligence realizado por los representantes legales de NOVA PERU que existe una hipoteca sobre la embarcación ISKRA hasta por la suma de US\$ 88,270 (ochenta y ocho mil doscientos setenta con 00/100 dólares americanos) y otra hipoteca sobre la embarcación GIA hasta por la suma de US\$ 309,968.00 (trescientos nueve mil novecientos sesenta y ocho con 00/100 dólares americanos). También existe un embargo trabado por la Administración Tributaria por la suma de S/ 220,000.00 (doscientos veinte mil con 00/100 soles).

Por otro lado, en DEXIM, la política de contratación laboral ha sido mal empleada al utilizar modalidades de contratación que no cumplen con los requisitos propios de tales modalidades. De este modo, el pago de indemnización asciende a la suma de S/ 541,979.32 (quinientos cuarenta y un mil novecientos setenta y nueve con 32/100 soles). En Consorcio Dexim, la suma por indemnización asciende a la suma de S/ 43,728.96 (cuarenta y tres mil setecientos veintiocho con 96/100 soles).

En el ámbito tributario, se llegó a la conclusión que la información contable entregada no constituye una fuente real para determinar las contingencias tributarias reales. Por último, respecto de los temas ambientales, las sociedades (DEXIM y Consorcio Dexim) no han cumplido con presentar ninguno de los siguientes documentos de declaración de manejo de residuos sólidos ni el plan de manejos de residuos, ni el estudio de impacto ambiental ni la declaración de impacto ambiental ni el informe ambiental.

iii. CONTRATO ESCROW

El contrato escrow es una figura jurídica atípica cuyo origen radica en el derecho anglosajón y tiene especial relevancia en las fusiones y adquisiciones o compras de paquetes accionarios, ya que permiten retener el dinero hasta el cumplimiento de ciertas exigencias o que se desvanezcan ciertas contingencias.

Según la jurisprudencia norteamericana la cuenta escrow “es un contrato mediante el cual el obligado o deudor coloca, para un tercero imparcial un depósito para que éste

⁷² GRELLAUD y LUQUE (2011) *La due diligence legal*. En Themis. Pp. 215-216.

libere el mismo cuando se reúnan los requisitos de un determinado acto, y luego, sea dado al acreedor”⁷³.

De otro modo, la doctrina nacional define al contrato escrow como “aquel documento en el cual se crean fondos o depósitos por un importe dado con el objetivo de asegurar el cumplimiento del contrato. Estos depósitos son cuidados por un agente imparcial, el cual, recibe indicaciones y su rol se adecuará a la transferencia de los depósitos a favor del acreedor, después de haberse observado las estipulaciones dadas”⁷⁴.

El fin u objetivo de usar una cuenta escrow es “la salvaguardia o tutela de activos por un sujeto neutral (agente escrow) quien mantiene estos activos hasta que se completen los requisitos jurídicos establecidos en el contrato escrow”⁷⁵.

En el Memorando de Entendimiento, el comprador, en este caso, NOVA PERU suscribió un contrato escrow por medio del cual pagaría la suma de US\$ 2,170,000 (dos millones ciento setenta mil con 00/100 dólares americanos) a favor de Carlos Milanovitch en base a los siguientes supuestos: i) US\$ 2,000,000 (dos millones con 00/100 dólares americanos) se desembolsarán al momento que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria concluya el procedimiento de fiscalización y; ii) US\$ 170,000 (ciento setenta mil con 00/100 dólares americanos) se mantendrán depositados en la cuenta escrow hasta el 31 de diciembre de 2008 a fin de garantizar cualquier tipo de contingencia asociada al ejercicio gravable 2007 que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria pudiera acotar.

d. CONVENIO ARBITRAL

Desde el 1 de setiembre de 2008 entro en vigencia el decreto legislativo N° 1071 que regula lo pertinente al arbitraje y que deroga la ley N° 26572 que lo regulaba desde hace más de diez años. Este decreto legislativo cuenta con varias novedades siendo la más apreciable aquella respecto a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

i. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS

Primero, podemos definir al convenio arbitral como el acuerdo entre las partes para resolver sus controversias a través de un proceso arbitral. Es un mecanismo de solución de controversias reconocida y respaldado por el artículo 139 de la Constitución política del Perú.

⁷³ NAKAMURA, Dan (2009) *El escrow*. En Derecho & Sociedad. Pp. 290.

⁷⁴ NAKAMURA, Dan (2009) *El escrow*. En Derecho & Sociedad. Pp. 289

⁷⁵ Ídem.

El artículo 13 de la ley de arbitraje, decreto legislativo N° 1071, señala que el convenio arbitral es un acuerdo mediante el cual los sujetos manifiestan su voluntad para sostener un proceso arbitral respecto de diversas controversias que nacen de una relación jurídica o análoga.

De igual modo, el artículo 13 inciso 2 señala que el convenio arbitral deberá constar por escrito. Por ende, al no contener la palabra “bajo sanción de nulidad” se comprende que constituye la forma “ad probationem”, es decir, supone un medio probatorio que sirve para acreditar la validez del convenio arbitral. En otras palabras, la ley no impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia (artículo 144 del código civil).

No obstante, el término “escrito” debe tomarse en el sentido más amplio, ya que según los incisos siguientes del mismo artículo antes mencionado por escrito se entiende comunicación electrónica, intercambio de escritos de demanda y contestación (sin ser negada por la otra), entre otras.

En otras palabras, la ley establece que “el acuerdo arbitral supone una formalidad ad probationem y no ad solemnitatem, o sea, es preciso señalar que la cuestión del acuerdo arbitral constituya cualquier figura escrita con el objetivo de adecuarlo como medio probatorio”⁷⁶.

La naturaleza jurídica del convenio arbitral es eminentemente contractual al convenir las partes su consentimiento como un requisito sustancial para la creación de éste. Se puede considerar al convenio arbitral como una figura cuyo origen radica en la autonomía de las partes. El convenio arbitral al ser un contrato implica los principios de éste, siendo los más importantes los siguientes: i) pacta sunt servanda ii) lex inter partes iii) res inter alios acta.

El primer principio significa que “los contratos obligan a los contratantes, o sea, la voluntad de las partes (autonomía de la voluntad) es el eje fundamental del presente principio de gran importancia en el derecho civil. En este sentido, también existe la aprobación de las partes de supeditar las incertidumbres a arbitraje abdicando la jurisdicción ordinaria”⁷⁷.

⁷⁶ FRANCISKOVIC, Beatriz (2013) *Alcances subjetivos del convenio arbitral*.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/SP/article/download/951/761>

⁷⁷ PALACIOS, Roberto (2014) *La Extensión del convenio arbitral*. En Lumen. Pp. 25.

Como resultado de lo precedente, “lo convenido se manifiesta a través de ley entre las partes, es decir, se debe cumplir estrechamente lo pactado según el consentimiento de los mismos (lex inter partes)”⁷⁸).

El último principio supone que “los contratos solo son obligatorios y consigue efectos vinculantes solamente entre las partes que celebraron y sus herederos, o sea, descarta a terceros distantes al acto jurídico celebrado”⁷⁹ (artículo 1363 del código civil). Más conocido, como el efecto relativo de los contratos.

En el presente caso, DEXIM cuestiona la competencia por inexistencia del convenio arbitral al sostener que éste no expreso su voluntad de someterse al arbitraje, es decir, no firmo ningún convenio arbitral por lo que no existe convenio arbitral entre DEXIM y NOVA PERU.

Según la Resolución N° 15, el Tribunal Arbitral decidió denegar la solicitud de DEXIM (cuestionar la competencia por inexistencia del convenio arbitral) y agregar a este último como parte al presente proceso arbitral.

Luego, DEXIM sostuvo en su escrito de contestación de demanda la solicitud de suspensión del proceso arbitral respecto de su parte hasta que se resuelva el proceso de amparo en contra de las Resoluciones N° 15 y 16.

En este sentido, entra a tallar el principio de no interferencia, el cual el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“Los tribunales arbitrales se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”⁸⁰.

Por tanto, el principio constitucional de no interferencia “faculta a los árbitros, dentro de su competencia, a rechazar o desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros (incluidas autoridades administrativas) que pretendan avocarse a materias sometidas a arbitraje”⁸¹.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Párrafo 12 de la sentencia N° 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional.

⁸¹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y SIMONS Adrián (2007) La presencia en el Perú en la 5° conferencia internacional de arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados. En revista peruana de arbitraje. Pp. 529.

Asimismo, es conveniente utilizar el principio de kompetenz-kompetenz que se encuentra regulado en el artículo 41 del decreto legislativo N° 1071.

Es claro que el principio kompetenz-kompetenz supone una potestad que tienen los árbitros para poder resolver determinados casos, aunque incluyan objeciones derivadas a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral, ya que estos son los únicos para decidir sobre su propia competencia.

Entonces, el principio de no interferencia se encuentra regulado en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú mientras que el principio kompetenz-kompetenz se ubica en el artículo 41 del decreto legislativo N° 1071. El primero supone que ninguna autoridad puede reclamar temas o materias pendientes ante el órgano jurisdiccional ni obstaculizar el desarrollo de sus responsabilidades. En cambio, el segundo principio se entiende como la potestad que poseen los árbitros para escoger o decidir sobre la materia de su competencia.

Dicho de otra manera, el principio kompetenz-kompetenz “pretende que los árbitros son los encargados para elegir acerca de su propia competencia. En otro sentido, los árbitros manifestarán si realmente ocurrió o no el convenio arbitral según la declaración de voluntad de los contratantes para luego ir a arbitraje”⁸².

ii. EXIGIBILIDAD A PARTES NO SIGNATARIAS

Tal como bien señale líneas anteriores, uno de los principios del contrato es “res inter alios acta”, o, simplemente, el principio relativo de los contratos. Este principio significa que las obligaciones que nacen del contrato surten efecto solo entre las partes que han convenido el mismo. Es decir, las obligaciones o efectos no pueden ser opuestos a terceros. De esta manera, el convenio arbitral se caracteriza por el consenso (manifestación de voluntad) de las partes.

En otro sentido, “este fundamento, en su lado negativo, trata de la inviabilidad de que un tercero pida o demande a una de las partes del convenio el cumplimiento de la prestación formulada entre las mismas, al no existir obligación jurídica. En otras palabras, ninguna persona debe ser compelida a garantizar aquello a lo que no se obligó” (Amat: 2003 Pp. 1281)⁸³.

En otro sentido, “la vinculatoriedad de los acuerdos se basa en la autonomía de las partes, por lo tanto, aquellos que no prestaron su voluntad no serán receptores de

⁸² GARCÍA, Frank (2013) *El convenio arbitral en el derecho peruano*. En Athina. Pp. 89

⁸³ AMAT, Eulalia (2003). La teoría de la relatividad del contrato y sus excepciones. En derecho civil, derecho de obligaciones: estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo.

alguna eficacia jurídica. Cuando hablamos del acuerdo arbitral, la mencionada vinculatoriedad de los contratos tiene como fin eludir que un particular sea obligado a ser parte de un proceso arbitral, a pesar de no haber develado su voluntad”⁸⁴.

En este sentido, Bullard afirma que “el artículo 14 busca escoger qué supuestos deben ser tratados según el consentimiento a arbitrar, siendo así, en aquellas situaciones en las cuales la manifestación de voluntad no se adecue a la validez del acto jurídico para la celebración de un acuerdo”⁸⁵.

O sea, incrementa las formas de manifestación de voluntad de adecuarse a un proceso arbitral de una manera más novedosa y acorde con las grandes transacciones de las relaciones jurídicas complejas tal como lo señala el artículo 13 del decreto legislativo 1071.

Por tanto, “es la discrecionalidad de los árbitros distinguir la conducta de los particulares para explicar el asentimiento de los mismos, esto no supone una arbitrariedad de los árbitros, ya que la conducta de los particulares debe ser acompañada de la buena fe, precepto que evadió utilizar *numerus clausus* para estudiar la validez del consentimiento”⁸⁶.

Entonces el rol de los árbitros alcanza una gran importancia al ser estos quienes se encuentran con la potestad de analizar la conducta de los contratantes para inferir si hubo consenso entre éstos o no, sin dejar de lado el principio de buena fe.

Por este mismo lado, Bullard sostiene que “la buena fe tiene como objetivo tapar descuidos u omisiones que ocurriesen según la legislación vigente. Esto supone que la regla antes mencionada tendrá un carácter flexible frente a diferentes disposiciones o posiciones mercantiles, de manera que, el consentimiento adquiere una mayor importancia”⁸⁷.

Se puede notar que debido al principio de buena fe se optó por un supuesto de *numerus apertus* y no de *numerus clausus*. En otras palabras, existe mayor flexibilidad y libertad en función al tráfico comercial y no se regula supuestos de manera taxativa.

⁸⁴ FRANCISKOVIC, Beatriz (2013) *Alcances subjetivos del convenio arbitral*.

⁸⁵ BULLARD, Alfredo (2012) ¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. En *anuario latinoamericano de arbitraje* N° 2. Pp. 30

⁸⁶ ETO, Gerardo (2020) *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana*. En *derecho & Sociedad* Pp. 450.

⁸⁷ BULLARD, Alfredo (2012) ¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. En *anuario latinoamericano de arbitraje* N° 2. Pp. 31.

En ese sentido, el artículo 14 expresa que es necesario el consentimiento y la buena fe de las partes en consonancia con una participación activa y determinante en cualquiera de las etapas contractuales en la cual se ha producido la incertidumbre que luego se adecuará al arbitraje.

Para determinar que DEXIM es parte del proceso arbitral, aplicamos el artículo 14 del decreto legislativo 1071, y aplicamos la teoría del estoppel (teoría de la exclusión) que “supone la cohesión o conexión del comportamiento de los particulares y su exégesis a razón de la buena fe”⁸⁸.

La doctrina sostiene que el fundamento de esta teoría estará dado en razón que “el comportamiento precedente ha ocasionado seguridad y franqueza en que quien la ha emanado persistirá en este mismo sujeto, ya que lo opuesto supondría contrariedad y oposición de conductas producidas por el particular, que dañan el campo de beneficios y conveniencias de quienes se encontrarían tutelados, puesto que colocaron su confianza en una conducta acabada en su camino de inicio”⁸⁹.

La extensión del convenio arbitral a DEXIM debe ser realizado aplicando la teoría del estoppel en base a los siguientes elementos fácticos (participación activa y determinante de DEXIM) tal como lo detalla el artículo 14 del decreto legislativo 1071:

1. Las participaciones que iban a ser transferidas no solo eran las que poseían el señor Carlos Milanovitch sino las participaciones que poseía DEXIM sobre el Consorcio DEXIM.

En ese sentido, en el punto 7 del acápite I (definiciones) del Memorando de Entendimiento se establece que el contrato definitivo es el contrato de compraventa por el cual el comprador (NOVA PERU) adquirirá el 100 % de las participaciones de DEXIM y las participaciones del Consorcio DEXIM.

O sea, para concretar la compraventa del total de las participaciones a favor de NOVA PERU, es necesario la participación de DEXIM durante la celebración del contrato, al poseer esta última 250 participaciones de Consorcio DEXIM.

2. Los correos electrónicos y cartas enviadas por el señor Carlos Milanovitch han hecho referencia expresa a su calidad de gerente general de DEXIM y Consorcio DEXIM.

⁸⁸ ETO, Gerardo (2020) *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana*. En derecho & Sociedad Pp. 453.

⁸⁹ MORELLO, Augusto (1985). *Dinámica del contrato*. Buenos Aires. Pp. 59.

3. Para la realización del due diligence, etapa importante y previa a la transferencia de las participaciones, tanto DEXIM y Consorcio DEXIM, proporcionaron información contable, financiera, laboral y legal.

Entonces se advierte que estas empresas tenían pleno conocimiento de la suscripción del Memorando de Entendimiento y no eran ajenas a la ejecución del mismo. De otro sentido, no se entendería la entrega de la referida información.

4. Según el propio convenio arbitral, en el punto 5 del acápite IV (disposiciones misceláneas) se acordó taxativamente que DEXIM tenía el derecho de nombrar a uno de los árbitros que integraría el Tribunal Arbitral.

Todos los elementos expuestos en los numerales anteriores nos llevan a la conclusión que DEXIM tuvo un rol compuesto por una participación activa y de manera determinante en la etapa previa y de ejecución del Memorando de Entendimiento, por lo tanto, le es aplicable la extensión del convenio arbitral a DEXIM, a pesar de no haber firmado el convenio arbitral.

V. CONCLUSIONES

El Memorando de Entendimiento, en sentido amplio, es un acuerdo, documento o contrato que se realiza en la fase precontractual con el objetivo de desarrollar ciertas negociaciones o celebrar un contrato futuro, con cláusulas totalmente exigibles o no, dependiendo de la autonomía de la voluntad de las partes.

Debido a los intereses y voluntades de las partes, el memorando de entendimiento podría confundirse con el contrato preparatorio denominado compromiso de contratar, siendo el primero un contrato atípico mientras el segundo un contrato típico regulado en el código civil peruano.

El Memorando de Entendimiento ejecutable y no ejecutable no tienen razón de ser en nuestro país porque ya existe un contrato típico denominado compromiso de contratar que cumple con todas las características del primero.

La naturaleza jurídica del Memorando de Entendimiento radica en un contrato preparatorio atípico.

El sustrato del Memorando de Entendimiento se resuelve por la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, son las partes quienes tienen la potestad de elegir si es que el contenido del Memorando de Entendimiento puede generar obligaciones o no.

El Memorando de Entendimiento suscrito entre NOVA PERU y Carlos Milanovitch y DEXIM no es un Memorando de Entendimiento, por el contrario, es un contrato

preparatorio denominado compromiso de contratar. Esto, es así, primero, porque NOVA PERU y Carlos Milanovitch se obligaron recíprocamente a celebrar en el futuro un contrato definitivo, es decir, cumple con la tipología del artículo 1414 del código civil peruano (compromiso de contratar). Segundo, porque en el supuesto Memorando de Entendimiento se establecieron los elementos esenciales del contrato definitivo tal como lo detalla el artículo 1415 del código civil peruano y son los siguientes: i) precio de compra ii) forma de pago iii) activos excluidos iv) cuentas por cobrar v) pago de deudas. Tercero, porque la real naturaleza del Memorando de Entendimiento no configura la obligación de celebrar un contrato posterior (si fuese así se llamaría contrato de compromiso de contratar). Solo facilita o coadyuva la celebración de un contrato definitivo, mas no genera la obligación entre las partes de celebrar un contrato ulterior

El presente contrato en realidad no es un memorando de entendimiento, sino un compromiso de contratar, en consecuencia, genera obligaciones y derecho a favor de las partes, de manera que cabe la posibilidad de responsabilidad contractual, al ser un mero contrato.

El artículo 168 señala que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él. En el presente caso, el Memorando de Entendimiento devela que las partes tuvieron comportamientos y declaraciones con el fin de firmar un contrato posterior.

La común intención de las partes (artículo 1362) en el presente caso radica en que NOVA PERU y Carlos Milanovitch suscribieron un contrato preliminar con el fin de firmar un contrato definitivo por medio del cual NOVA PERU adquiriría las acciones de DEXIM y Consorcio Dexim.

La buena fe es un standard de comportamiento o regla de conducta mediante la cual las partes esperan recíprocamente una cooperación idónea y de cumplimiento de expectativas en el marco de una relación obligatoria. En el presente caso, se refleja la mala fe de Carlos Milanovitch al resolver unilateralmente las negociaciones sin seguir el procedimiento establecido en el Memorando de Entendimiento.

El punto 2 del acápite IV del Memorando de Entendimiento establece que en caso alguna de las partes no firmase el contrato final, la otra parte tendrá que pagar una penalidad equivalente a la suma de medio millón de dólares americanos. Entonces, queda claro que las líneas precedentes estipulan una cláusula penal conforme al artículo 1341 del código civil, al constituir un acuerdo accesorio al Memorando de Entendimiento en el cual se establece que el incumplimiento de celebrar el contrato definitivo conllevaría el pago de una prestación a título de resarcimiento de los daños y perjuicios

El due diligence o debida diligencia es una herramienta de investigación que permite averiguar la situación actual y legal de una determinada empresa. El due diligence tiene como objetivo obtener la real apariencia de la compañía analizada lo cual supone un análisis de las virtudes y defectos de la misma, así como las vicisitudes que podrían conllevar una reducción al precio de compra.

El contrato escrow es una figura jurídica atípica cuyo origen radica en el derecho anglosajón y tiene especial relevancia en las fusiones y adquisiciones o compras de paquetes accionarios, ya que permiten retener el dinero hasta el cumplimiento de ciertas exigencias o que se desvanezcan ciertas contingencias. En el presente caso, NOVA PERU suscribió un contrato escrow por medio del cual pagaría la suma de US\$ 2,170,000 (dos millones ciento setenta mil con 00/100 dólares americanos) a favor de Carlos Milanovitch.

La naturaleza jurídica del convenio arbitral es eminentemente contractual al convenir las partes su consentimiento como un requisito sustancial para la creación de éste.

Para determinar que DEXIM es parte del proceso arbitral, aplicamos el artículo 14 del decreto legislativo 1071, y aplicamos la teoría del estoppel (teoría de la exclusión). Esto, es así, en función de: i) las participaciones que iban a ser transferidas no solo eran las que poseían el señor Carlos Milanovitch sino las participaciones que poseía DEXIM sobre el Consorcio DEXIM ii) para la realización del due diligence, etapa importante y previa a la transferencia de las participaciones, tanto DEXIM y Consorcio DEXIM, proporcionaron información contable, financiera, laboral y legal iii) según el propio convenio arbitral, en el punto 5 del acápite IV (disposiciones misceláneas) se acordó taxativamente que DEXIM tenía el derecho de nombrar a uno de los árbitros que integraría el Tribunal Arbitral. Con todo lo señalado, le es aplicable la extensión del convenio arbitral a DEXIM.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMAT, Eulalia

2003 La teoría de la relatividad del contrato y sus excepciones. En derecho civil, derecho de obligaciones: estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo.

BELTRÁN, Jorge y Héctor CAMPOS

2009 Breves apuntes sobre los elementos del negocio jurídico. En Derecho & Sociedad. Pp. 201.

BETTI, Emilio

1953 Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione económico sociale dei rapporti d'obbligazione, Giuffre. Milano, pp. 67.

BETTI, Emilio

1975 Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Traducción de la edición italiana por José Luis De Los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Pp. 347.

BIANCA, Massimo

1987 Diritto Civile. Tomo 3:Il Contratto. Dott A. Giuffre Editore S.p.a. Milano, Italia pp. 396.

BIANCA, Massimo

1993 Diritto Civile, 4, L'obbligazione, Giuffre, Milano, 1993, pp. 88

BOLAÑOS, Victor

2007 Código civil comentado, Tomo VII, pp. 337.

BULLARD, Alfredo

2012 ¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. En anuario latinoamericano de arbitraje N° 2. Pp. 30

CARRACEDO, Juan

2003 La cuenta escrow como nueva forma de garantía bancaria en Cuba. La Habana. Pp. 4.

CAVERO, Pedro

2017 La problemática actual de los contratos preparatorios a propósito de la sentencia casatoria recaída en el exp. 1659-2014 La Libertad.

Código civil peruano

1984

Constitución Política del Perú

1993

CORNEJO, Carlos

1997 La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el código civil de 1984.

DE LA PUENTE, Manuel

1993 El contrato en general. Lima. Pp. 51

Decreto Legislativo N° 1071

2008 Ley de arbitraje

DIEZ PICAZO, Luis

1983 Fundamentos del derecho civil patrimonial; segunda edición. Editorial Tecnos. Pp. 262.

ESPINOZA, Juan

2011 El principio de la buena fe.

ETO, Gerardo

2020 La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana. En derecho & Sociedad Pp. 450.

FERNANDEZ, Gastón

2002 Introducción al estudio de la interpretación en el código civil peruano. En Derecho & Sociedad. Pp. 150

FERRI, Giovanni

2002 El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. Lima: Ara Editores, 2002 Pp. 125-158.

FRANCISKOVIC, Beatriz

2013 Alcances subjetivos del convenio arbitral.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/SP/article/download/951/761>

FUEYO, Fernando

1985 Los contratos preparatorios en el código civil peruano de 1984.

GARCÍA, Frank

2013 El convenio arbitral en el derecho peruano. En Athina. Pp. 89.

GODOY David

2017 Interpretación del acto jurídico en el derecho peruano. Institución universitaria politécnico grancolombiano. Pp. 18.

GOMEZ, Pablo

2018 Análisis jurídico de la carta de intención y el memorándum de entendimiento.

GRELLAUD y LUQUE

2011 La due diligence legal. En Themis. Pp. 214.

GUEVARA, Karina

2014 El compromiso de contratar y el registro de predios.
https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6836/Guevara_pk.pdf?sequence=1

HUAMAN, Luis

2018 ¿Qué es el Memorandum of understanding? Naturaleza jurídica y principales características.

KEMELMAJER, Aída

2007 Valoración anticipada de perjuicios. La cláusula penal del nuevo milenio, en Athina pp. 51.

Ley N° 26887

1997 Ley general de sociedades.

LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia.

2016 Innovaciones contractuales: el memorando de entendimiento. Revista Ius Et Veritas N° 52.

LOPEZ, Jorge y QUEIJA, Sonia

2017 ¿Qué no es un memorando de entendimiento en el Perú?
<https://ius360.com/que-no-es-un-memorando-de-entendimiento-en-el-peru/>

MORELLO, Augusto

1985 Dinámica del contrato. Buenos Aires. Pp. 59.

NAKAMURA, Dan

2009 El escrow. En Derecho & Sociedad. Pp. 290.

ONTIER

2017 Memorándum de Entendimiento ¿legalmente vinculante?
<https://mex.ontier.net/ia/mou.pdf>

OSTERLING, Felipe

Obligaciones con cláusula penal. Pp. 303

PALACIOS, Eric

1994 Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico. En
Themis. Pp. 78.

PALACIOS, Gustavo

2002 Las obligaciones en el derecho civil peruano. Pp. 553.

PALACIOS, Roberto

2014 La Extensión del convenio arbitral. En Lumen. Pp. 25.

PARRA, Nicolás

2013 La autorregulación de los tratos preliminares: análisis de las cartas de
intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual.
Revista de Derecho Privado, número 50 pp. 1-34.

PAZ DE LA IGLESIA, Juan

2008 La importancia de las auditorías laborales en las operaciones de
adquisiciones y fusiones de empresas. Pp. 3-30.

SAAVEDRA, Renzo

2019 ¿Autonomía de la voluntad vs autonomía de los particulares?: ideas,
configuración y límites. <https://ius360.com/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

1998 Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la
inevitabilidad del arbitraje. Pp. 39.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y SIMONS Adrián

2007 La presencia en el Perú en la 5° conferencia internacional de arbitraje:
perspectiva comparada y de 360 grados. En revista peruana de arbitraje.
Pp. 529.

SCHREIBER, Max

- 2000 Exégesis del código civil peruano de 1984, Tomo I, parte general, pp. 204.
- SCOGNAMILIO, Renato
- 1983 Teoría general del contrato. Traducción de la edición italiana por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Pp. 240
- Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional.
- Sentencia N° 04195-2006-AA/TC del Tribunal Constitucional.
- TABOADA, Lizardo
- 2002 Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Lima pp. 35.
- TSUBOYAMA, Liliana
- 2014 Due diligence laboral: herramienta imprescindible en los procesos de fusiones y adquisiciones. Pp. 260.
- UDA, Giovanni
- 2004 La buona fede nell'esecuzione del contratto, Giappichelli Torino, pp. 2.
- UGARTE, Máximo
- Apuntes sobre los contratos atípicos o innominados. Pp. 40.
- VALDERRAMA, Erick
- 2017 Fusiones y adquisiciones. <https://ius360.com/fusiones-y-adquisiciones/>
- VASQUEZ, Walter
- 2017 ¿Qué es exactamente un MOU en el Perú? <https://ius360.com/que-es-exactamente-un-mou-en-el-peru/>
- ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI
- 1995 Lineamientos del derecho privado.

E-1902
TOMOI

Caso Arbitral N°
Secretario Arbitral
Escrito N° 01
Sumilla: Petición de Arbitraje

17.00
197

**SEÑOR SECRETARIO GENERAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA
CAMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ (AMCHAM):**

NOVA PERÚ S.A.C., (en adelante NOVA PERU) con Registro Único de Contribuyentes N° 20292286121, con domicilio real en calle Francisco del Castillo N° 643-2, distrito de Barranco, Provincia y Departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General Alejandro Manuel Parodi de Albertis, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10271392, con domicilio real en Alameda Poeta de la Rivera N° 466-101, La Encantada de Villa, distrito de Chorrillos, Provincia y Departamento de Lima, señalando domicilio procesal para estos efectos en avenida Canaval y Moreyra N° 452, piso 15, distrito de San Isidro; a Usted atentamente decimos:

I. El arbitraje a proponerse

Que, de conformidad con el artículo 14^o1 del Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio Americana del Perú, en adelante AmCham – Perú,

MCMXVII

solicitamos se de inicio al procedimiento arbitral cuyos términos se indican a continuación:

1.1. Emplazados con la presente petición arbitral

La petición de arbitraje se dirige contra de las siguientes personas:

a) **Carlos Hernán Milanovitch Nieto**, a quien deberá notificarse en la siguiente dirección: Zona Industrial II, Manzana A, Lotes 7 y 8, Paita, Piura.

b) **Dexim S.R.L.** (en adelante Dexim), a quien deberá notificarse en la siguiente dirección: Zona Industrial II, Manzana A, Lotes 7 y 8, Paita, Piura.

Para una debida notificación en la dirección domiciliaria antes indicada, rogamos al centro de arbitraje que tome las previsiones del caso para generar certeza respecto del emplazamiento que vaya a efectuarse con la presente petición arbitral.

1.2 Convenio Arbitral

El presente procedimiento arbitral se inicia debido a que en el documento denominado "**Memorandum de Entendimiento Adquisición de las participaciones de las empresas Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L.**" (en adelante el MOU), suscrito entre los titulares de las participaciones (Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim S.R.L.) de las empresas antes mencionadas y Nova Perú S.A.C. (en adelante NOVA

solicitamos se de inicio al procedimiento arbitral cuyos términos se indican a continuación:

1.1. Emplazados con la presente petición arbitral

La petición de arbitraje se dirige contra de las siguientes personas:

a) **Carlos Hernán Milanovitch Nieto**, a quien deberá notificarse en la siguiente dirección: Zona Industrial II, Manzana A, Lotes 7 y 8, Paita, Piura.

b) **Dexim S.R.L.** (en adelante Dexim), a quien deberá notificarse en la siguiente dirección: Zona Industrial II, Manzana A, Lotes 7 y 8, Paita, Piura.

Para una debida notificación en la dirección domiciliaria antes indicada, rogamos al centro de arbitraje que tome las previsiones del caso para generar certeza respecto del emplazamiento que vaya a efectuarse con la presente petición arbitral.

1.2 Convenio Arbitral

El presente procedimiento arbitral se inicia debido a que en el documento denominado "**Memorandum de Entendimiento Adquisición de las participaciones de las empresas Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L.**" (en adelante el MOU), suscrito entre los titulares de las participaciones (Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim S.R.L.) de las empresas antes mencionadas y Nova Perú S.A.C. (en adelante NOVA

(ii) Pretensiones Accesorias:

Primera Pretensión accesoria: El pago de los intereses legales devengados desde la fecha en que los emplazados comunicaron su decisión a NOVA PERU de no cumplir con celebrar el contrato definitivo.

Segunda Pretensión accesoria: Que, se ordene a los emplazados el pago de los costos y gastos arbitrales que se generen a consecuencia del trámite del proceso arbitral.

II. Descripción de la controversia

- 2.1 Con fecha 12 de julio del año 2007, Carlos Hernán Milanovitch Nieto en su condición de titular de 956,384 participaciones en Dexim, y titular de 250 participaciones en el Consorcio Dexim y, Dexim (representada por el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto) titular de 250 participaciones en el Consorcio Dexim; suscribieron con NOVA PERU un Memorandum de Entendimiento (MOU).
- 2.2 Por medio de dicho contrato, tanto el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto como Dexim se obligaron a suscribir un contrato definitivo por medio del cual transferirían el 100% de sus participaciones de las cuales son titulares en las sociedades Consorcio Corpesca Dexim S.R.L. y Dexim S.R.L., a favor de NOVA PERU.
- 2.3 Con fecha 30 de julio de 2007, el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto a título personal y en representación de Dexim, comunicó a NOVA PERU su decisión de poner fin al MOU y, por ende, no celebrar el contrato definitivo por medio del cual se debían de transferir las

participaciones en Consorcio Dexim y Dexim. Para ello, utilizaron como pretexto el no estar de acuerdo con el contenido de los alcances y conclusiones del Due Diligence elaborado por los asesores legales de Nova Perú.

- 2.4 Como probaremos debidamente en el proceso arbitral a iniciarse, dicha decisión obedeció a un acto unilateral y arbitrario que reflejó una intención dolosa de incumplir con las prestaciones obligacionales asumidas a través del MOU.
- 2.5 En respuesta a tal acto arbitrario, NOVA PERU mediante Carta Notarial de fecha 2 de agosto de 2007, informó al señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto que de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la Sección III del MOU², las partes estipularon un plazo de (5) cinco días hábiles a efectos de conciliar cualquier discrepancia respecto de las contingencias que se hallaran en el Due Diligence realizado por sus asesores legales en ambas empresas. Plazo que no fue considerado ni respetado.

Asimismo se dejó claramente sentado que la conclusión unilateral del MOU y la negativa a celebrar el contrato definitivo tenía como consecuencia el pago de una penalidad equivalente a US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

- 2.6 La referida penalidad se encuentra expresamente pactada en el acápite 2 del capítulo IV Disposiciones Misceláneas, relativo a la terminación y penalidad del MOU:

"En caso: (i) cualquiera de las partes diera por terminado el presente MOU, (ii) los participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence, (iii) los participantes no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o, (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el Contrato Definitivo, la parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra parte una penalidad equivalente a US\$ 500,000 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La penalidad antes indicada no será exigible para las partes en caso estas no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence o de los resultados del Procedimiento de Fiscalización".

- 2.7 Sin embargo, a pesar de lo manifestado por NOVA PERU en su comunicación notarial de fecha 2 de agosto de 2007, y de haber agotado posteriormente todas las gestiones necesarias para continuar con las negociaciones con la finalidad de arribar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, el señor Milanovitch decidió mantener su posición inicial, y dar por terminado el proceso y las negociaciones para la celebración del Contrato Definitivo de Compra y Venta de Participaciones.
- 2.8 En ese sentido, siendo el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim quienes unilateral y arbitrariamente dieron por concluidas las negociaciones en perjuicio de mi representada, esta situación ha generado el derecho de NOVA PERU a exigir el pago de la penalidad pactada en el MOU, más los intereses legales devengados desde la fecha que devino en exigible tal obligación.

III. Sobre el Tribunal Arbitral

3.1 La designación de árbitro de parte

De conformidad con lo establecido en numeral 5. del capítulo IV, solicitamos a la Secretaría General que conforme el Tribunal Arbitral (integrado por tres árbitros) para que conozca el proceso arbitral a que de lugar la presente petición. En ese sentido, y en virtud a lo dispuesto en el artículo 22^o del Reglamento Arbitral de la AmCham, designamos al doctor **Juan Luis Avendaño Valdez**, con domicilio en Av. Larco N° 1301, piso 20, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, para que actúe como árbitro en el proceso.

3.2 Lo establecido en el MOU para el arbitraje

El MOU establece en el acápite 5 de su Capítulo IV, las reglas que debe seguir, si se sigue un proceso arbitral:

- a) Se establece que el arbitraje será de derecho.
- b) El arbitraje será conducido por un Tribunal conformado por (3) tres miembros.
- c) El Comprador (NOVA PERU) nombrará a uno de los árbitros y los participacionistas (Carlos Hernán Milanovitch Nieto y/o Dexim),



nombrarán al segundo. El tercero, quien presida el Tribunal será elegido por los otros dos árbitros.

- d) El laudo tendrá el carácter de inapelable.
- e) El proceso arbitral será tramitado de acuerdo a los estatutos y reglamentos del Centro de Arbitraje de la AmCham.

IV. Documentos que se adjuntan a la solicitud arbitral

- Poder de nuestro Representante Legal. **(Anexo 1-A)**
- Copia del Documento Nacional de Identidad de nuestro Representante Legal. **(Anexo 1-B)**
- Copia del RUC del solicitante. **(Anexo 1-C)**
- Copia del Memorandum de Entendimiento Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L., suscrito por las partes con fecha 12 de julio de 2007. **(Anexo 1-C)**
- Copia del correo electrónico de fecha 30 de julio de 2007 remitido por el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto, al cual adjunta carta donde comunica su decisión de dar por concluido el MOU.
- Copia de nuestra carta notarial de fecha 2 de agosto de 2007.
- Comprobante de pago de la tasa de presentación.

POR TANTO:

Solicitamos a la Secretaria general se inicie el proceso arbitral y declaramos que nos sometemos a todas las disposiciones establecidas en el Reglamento salvo por las estipulaciones mencionadas anteriormente establecidas en el contrato.

OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos copias suficientes del presente escrito y sus anexos.

Lima, 9 de noviembre de 2007.


ADRIAN M. SIMONS PINO
ABOGADO
REG. C.A.L. N° 21216


NOVA PERÚ S.A.C.



000

**Memorandum de Entendimiento
Adquisición de Dexim S.R.L.
y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L.**

I. Definiciones

1. **Dexim:** Es la empresa denominada Dexim S.R.L., una sociedad constituida y organizada bajo las leyes del Perú.
2. **Consortio Dexim:** Es la empresa denominada Consorcio Corpesca Dexim S.R.L., una sociedad constituida y organizada bajo las leyes de la República del Perú.
3. **Comprador:** Es la empresa denominada Nova Perú S.A.C., una sociedad constituida y organizada bajo las leyes de la República del Perú; o, la persona natural o jurídica que ésta designe en el futuro. Para que dicha designación surta efectos, bastará que Nova Perú S.A.C. lo comuniqué por escrito a todas las partes que suscriben este MOU. Al final de este documento, consta la firma del representante de Nova Perú S.A.C.
4. **Participaciones Dexim:** Son las 956,400 participaciones representativas del 100% del capital social de Dexim, las cuales se encuentran totalmente suscritas y pagadas, de un valor nominal de S/.1.00 cada una.
5. **Participaciones Consorcio Dexim:** Son las 500 participaciones representativas del 100% del capital social de Consorcio Dexim, las cuales se encuentran totalmente suscritas y pagadas, de un valor nominal de S/.10.00 cada una. Dexim es titular de 250 participaciones de Consorcio Dexim.
6. **Participacionistas:** Son: (i) Carlos Hernán Milanovitch Nieto, titular de 956,384 Participaciones Dexim y de 250 Participaciones Consorcio Dexim; y (ii) Emilia Morán Euribe, titular de 16 Participaciones Dexim. El señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto suscribe el presente documento en representación de los Participacionistas y se obliga a que la señora Emilia Morán Euribe suscriba el Contrato Definitivo.
7. **Contrato Definitivo:** Es el contrato compraventa por el cual el Comprador adquirirá el 100% de las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim.
8. **Precio de Compra:** Es el precio que el Comprador pagará a los Participacionistas por las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim, el mismo que asciende a la suma de US\$ 4'340,000.00 (Cuatro millones trescientos cuarenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Posteriormente, el Precio de Compra será ajustado dólar

por dólar en el importe de las contingencias que se detecten en el *due diligence*; en el procedimiento de fiscalización tributaria a realizarse sobre Dexim y Consorcio Dexim; y, cualquier otra contingencia que se materialice posteriormente según lo indicado en el presente documento.

9. Contrato Escrow: Es el contrato mediante el cual se depositará una suma de US\$ 2'170,000.00 (Dos millones ciento setenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) del Precio de Compra sin considerar ajustes por contingencias conforme a los términos indicados en el numerales 4 y 5 de la Sección III de este MOU.
10. MOU Es el presente documento que contiene los acuerdos arribados por las partes que lo suscriben.

II. Antecedentes y Objeto

1. Antecedentes:
- 1.1 Dexim y Consorcio Dexim son empresas que se dedican a la actividad pesquera.
- 1.2 Dexim cuenta entre sus principales activos con los siguientes:
- Lotes 7, 8 y 9 de la manzana A de la Zona industrial de Paíta, con una superficie total de 14,221 m² (incluyendo el terreno posterior).
 - Planta industrial de proceso, equipada con mesas y material de trabajo para el procesamiento y congelación de productos hidrobiológicos.
 - Planta de harina residual, con capacidad para 3 TM/hora, con secado a vapor indirecto.
 - Planta de producción de hielo en barras con capacidad para 80 TM/día.
 - Equipos de congelamiento compuesto por 4 congeladores de placas y un túnel de congelamiento, que en conjunto tienen capacidad para congelar aproximadamente 25 TM/día.
 - 3 cámaras de almacenamiento con capacidad total de aproximadamente 800 a 1,000 TM de producto terminado (2 cámaras de aproximadamente 250 TM c/u y 1 de aproximadamente 500 TM).
 - Vehículos de transporte compuestos por: (i) camión tipo tracto de marca Mack y su carreta con contenedor marca Thermoking de 48'; (ii) camión isotérmico marca Volvo para 12 TM; (iii) 4 camiones isotérmicos y de baranda; (iv)

camioneta furgón para transporte de personal; (v) camioneta picj up marca Nissan; y, (vi) montacarga a gasolina y gas marca Yale.

- Diversos materiales de trabajo como contenedores insulados, cajas plásticas para recepción de pescado, mesas de trabajo en acero inoxidable, balanzas electrónicas, máquinas de sellado al vacío, materiales diversos de empaque, entre otros bienes.
- Los intangibles correspondientes a los permisos, autorizaciones y licencias administrativas vinculadas a la operación de los activos vinculados al desarrollo de las actividades de procesamiento de recursos hidrobiológicos necesarios para la explotación de los activos correspondientes.

1.3 Consorcio Dexim cuenta entre sus principales activos con los siguientes.

- 1 embarcación pesquera con casco de acero denominada ONDINA, con matrícula PT-3809-CM.
- 1 embarcación pesquera con casco de acero denominada DIANA, con matrícula CO-0244-BM-CM.
- 1 embarcación pesquera con casco de acero denominada GIA, con matrícula CO-0243-BM.
- Los intangibles correspondientes a los permisos, autorizaciones y licencias administrativas vinculadas a la operación de los activos vinculados a la operación y explotación de las embarcaciones.

1.4 Sin perjuicio de los activos mencionados en los numerales 1.2 y 1.3 precedentes, las partes dejan expresa constancia que el listado con la relación detallada de los activos e intangibles de Dexim y Consorcio Dexim constará en el Anexo 1 que formará parte del presente MOU. Dicho anexo será agregado al MOU mediante la suscripción del listado por definitivo de activos e intangibles por parte de los representantes de las partes.

1.5 Los Participacionistas se encuentran interesados en vender Dexim y Consorcio Dexim a favor del Comprador, según los términos y condiciones establecidos en este MOU.

1.6 El Comprador se encuentra interesado en adquirir Dexim y Consorcio Dexim, según los términos y condiciones establecidos en este MOU.

2. Objeto del MOU: Por medio de este MOU, el Comprador y los Participacionistas acuerdan los términos y condiciones por los que los Compradores adquirirán de los Participacionistas, la totalidad de las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim.
3. Resumen de la Transacción: Para lograr el objeto del MOU indicado en el numeral inmediato anterior, se cumplirán las siguientes etapas:
- 3.1 Etapa 1: El Comprador declara que viene realizando un *due diligence* contable-financiero y legal sobre Dexim y de Consorcio Dexim.
- 3.2 Etapa 2: La partes suscribirán el presente MOU y sus Anexos, el mismo que sustituirá cualquier acuerdo previo entre las partes.
- 3.3 Etapa 3: El Comprador y los Participacionistas suscribirán el Contrato Definitivo, en virtud del cual transferirán las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim a favor del Comprador, y, éste pagará a los Participacionistas el Precio de Compra según lo establecido en el Contrato Definitivo.
- 3.4 Etapa 4: La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria iniciará procedimientos de fiscalización sobre Dexim y Consorcio Dexim.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que se deberán realizar los demás actos y suscribir los demás contratos o documentos que sean necesarios para concluir satisfactoriamente la transacción.

III. Adquisición de Dexim y de Consorcio Dexim

1. Due Diligence El Comprador tendrá derecho a continuar y concluir el proceso de debida diligencia (en adelante, el Due Diligence) que viene realizando a nivel contable-financiero y legal sobre Dexim y Consorcio Dexim, el mismo que se extenderá por el plazo necesario para la revisión de la información requerida en relación a las empresas.

A la conclusión el Due Diligence, el Comprador informará por escrito de dicha situación al señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto que para tales efectos tendrá la condición de representante de los Participacionistas.

Las partes se pondrán de acuerdo respecto de las contingencias (incluyendo el concepto y monto) que hayan


sido identificadas por el Comprador, en un plazo máximo de 5 días hábiles, contado desde la notificación de la conclusión del Due Diligence. De ser necesario el plazo respecto de cualquier contingencia no acordada podrá ser extendido de mutuo acuerdo, sin que ello importe prórroga del plazo para la celebración del Contrato Definitivo

2. Contrato Definitivo: Una vez que se haya cumplido el plazo indicado en el último párrafo del numeral anterior, el Comprador y los Participacionistas (con Intervención de Dexim y Consorcio Dexim) suscribirán el Contrato Definitivo.

Para efectos de lo anterior, las partes se pondrán de acuerdo respecto a la estructura de transferencia de participaciones que resulte más eficiente para las partes, considerando los aspectos tributarios y societarios que resulten aplicables, así como el tratamiento de las contingencias no conciliadas dentro del plazo indicado en el último párrafo del numeral precedente.

Por medio del Contrato Definitivo se acordará la: (i) transferencia directa o indirecta de las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim a favor del Comprador o quien éste indique; y, (ii) el pago del Precio de Compra a favor de los Participacionistas; así como la oportunidad y forma en que dichos actos serán realizados.

El Contrato Definitivo incluirá los acuerdos habituales en este tipo de transacciones. Asimismo, los Participacionistas otorgarán declaraciones y garantías respecto de las Participaciones Dexim, las Participaciones Consorcio Dexim, así como la situación patrimonial de Dexim y de Consorcio Dexim, que sean satisfactorias para el Comprador.



3. Procedimiento de Fiscalización

Es el Procedimiento de Fiscalización respecto del cumplimiento de las obligaciones tributarias de Dexim y Consorcio Dexim por parte de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, cuyo inicio los Participacionistas se obligan a causar de manera posterior a la celebración del Contrato Definitivo.

Dicho Procedimiento de Fiscalización deberá incluir una revisión integral exhaustiva respecto del cumplimiento de todas las obligaciones tributarias de cargo de Dexim y Consorcio Dexim, (ya sea como obligados principales, agentes de retención o percepción así como en calidad de responsables solidarios o similares), correspondientes a los ejercicios fiscales 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006.

Asimismo, los Participacionistas llevarán a cabo sus mejores esfuerzos a efectos que dicha fiscalización abarque también el Impuesto General a las Ventas correspondiente a los

períodos declarados durante el ejercicio 2007 a la Administración Tributaria hasta la fecha de cierre.

4. Precio de Compra: El Precio de Compra asciende a la suma de US\$ 4'340,000.00 (Cuatro millones trescientos cuarenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). Se deja expresa constancia que la presente operación de compra no comprende la caja, cuentas por cobrar y el stock de productos terminados registrados a la fecha de corte, por lo que dichos conceptos serán adicionados como ajuste al Precio de Compra según acuerden las partes.

Asimismo, la fecha de corte será establecida por las partes para efectos de la suscripción del Contrato Definitivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Precio de Compra será pagado de la siguiente manera:

- 4.1 US\$ 2'170,000.00 (Dos millones ciento setenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) se desembolsarán conforme a la verificación de los siguientes hechos de cargo de los Participacionistas:
- 4.1.1 US\$ 1'670,000.00 (Un millón seiscientos setenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) a la suscripción del Contrato Definitivo momento en el cual los Participacionistas transferirán a favor del Comprador la totalidad de las Participaciones Dexim y de las Participaciones Consorcio Dexim.
 - 4.1.2 US\$ 200,000.00 (Doscientos mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) cuando se acredite que los Participacionistas hayan concluido con instalar en Dexim, bajo su costo, la cámara de almacenamiento con capacidad de 450 a 500 TM de producto terminado. Las partes podrán acordar que Dexim concluya con esta labor para lo cual se entregará el importe señalado en el presente numeral descontando los gastos que resulten necesarios para culminar con la instalación de dicha cámara.
 - 4.1.3 US\$ 300,000.00 (Trescientos mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) cuando los Participacionistas hayan acreditado el cumplimiento de pago respecto de la totalidad de la deuda referida en el numeral 8. de la Sección III de este MOU a la fecha de corte. En caso de no cumplirse con dicha

6

acreditación o esta no se realizara respecto del íntegro de la referida deuda, el importe no pagado será deducido como un ajuste al Precio de Compra. Para todos los fines se entiende que la deuda considera únicamente aquella devengada, es decir, existente a la fecha de corte independientemente de la fecha del documento en la que conste su importe.

Se acuerda como condición precedente a los desembolsos descritos en los numerales 4.1.2 y 4.1.3 que Consorcio Dexim haya recibido como aporte de capital por parte del señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto, a la embarcación pesquera con casco de acero denominada ISKRA, con matrícula ZS-0408-CM.

- 4.2 US\$ 2'170,000.00 (Dos millones ciento setenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), se pagarán conforme a lo establecido en el Contrato Escrow, deduciendo los ajustes correspondientes al Precio de Compra por concepto de: (i) el importe de las contingencias totales acotadas por la Administración Tributaria como resultado del Procedimiento de Fiscalización que realice sobre Dexim y Consorcio Dexim; (ii) el importe de las contingencias laborales, administrativas y demás que sean detectadas en el Due Diligence contable, financiero y legal efectuado sobre Dexim y Consorcio Dexim; y, (iii) en el importe de cualquier otra contingencia o pasivo que se materialicen con posterioridad al Due Diligence y hasta la conclusión del Contrato Escrow.



5. Contrato Escrow:

Simultáneamente con el Contrato Definitivo, las partes suscribirán el Contrato Escrow. El Contrato Escrow servirá para regular los términos y condiciones por los que se depositarán y liberarán el importe del Precio de Compra señalado en el numeral 4.2 precedente. Dicho importe se abonará a la firma del contrato definitivo en la cuenta que se abrirá especialmente para esos efectos a nombre de los Participacionistas (en adelante, la Cuenta Escrow) en la Entidad Bancaria que éstos designen

La suma antes indicada se mantendrá en la Cuenta Escrow hasta que sea liberada según se describe a continuación:

- 5.1 US\$ 2'000,000.00 (Dos millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) se desembolsarán al momento que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria concluya su Procedimiento de Fiscalización mediante la emisión de los valores asociados a las acotaciones respectivas o mediante el

documento respectivo donde indique de manera expresa el cierre de dicho procedimiento sin la formulación de acotaciones a Dexim y/o Consorcio Dexim respecto de cada uno de los períodos fiscales materia de revisión, según corresponda. De dicho importe se deducirá el valor de los reparos o acotaciones tributarias efectuadas

En caso los Participacionistas decidan impugnar las acotaciones formuladas por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria o cualquier otra contingencia que se materialice, sólo el importe de la acotación o contingencia impugnada se mantendrá retenido hasta la fecha en que obtengan resoluciones definitivas resolviendo la controversia suscitada, no susceptible de impugnación en la vía judicial. En caso dicho fallo definitivo sea desfavorable para Dexim o Consorcio Dexim el importe de la acotación o contingencia materializada más los intereses moratorios y/o recargos correspondientes serán ajustados del importe depositado en la Cuenta Escrow.

- 5.2 US \$ 170,000.00 (Ciento setenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) se mantendrán depositados en la Cuenta Escrow hasta el 31 de diciembre de 2008 a fin de garantizar cualquier tipo de contingencia asociada al ejercicio gravable 2007 que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria pudiera acotar. El 2 de enero de 2009 este importe será liberado a nombre de los Participacionistas.

Los intereses que perciban los importes depositados en la Cuenta Escrow de acuerdo a lo señalado en el presente numeral serán de propiedad de los Participacionistas .

El Comprador asume las contingencias y/o acotaciones que pudieran detectarse con posterioridad al 31 de diciembre de 2008 por cualquier tipo de fiscalización que realice la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria incluso respecto de aquellas que pudieran incidir en ejercicios anteriores como consecuencia de la facultad de reexamen de dicha entidad.

6. Activos Excluidos:

Antes de la suscripción del Contrato Definitivo, los Participacionistas deberán transferir a favor del señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto los siguientes vehículos: (i) camioneta Nissan Pathfinder, color gris, año 2000; (ii) auto Mazda 3, color rojo, año 2005; (iii) auto Toyota Camry, azul, año 1994; y, (iv) camioneta Toyota 4 Runner, año 2006 (en adelante, los Activos Excluidos). La transferencia de los

Activos Excluidos se realizará a precios de mercado.

Los términos y condiciones por los que serán transferidos los Activos Excluidos serán acordados oportunamente por las partes.

7. Cuentas por Cobrar, Inventarios y Caja: Cuentas por Cobrar: Corresponderá a los Participacionistas el monto total de las cuentas por cobrar comerciales de Dexim y de Consorcio Dexim a la fecha de corte, cuyos Importes serán entregados a los Participacionistas conforme dichas cuentas por cobrar vayan siendo pagadas por los deudores correspondientes En el Contrato Definitivo se acordará el tratamiento aplicable a las deudas que no sean cobradas dentro de los seis (6) meses siguientes a la transferencia de las Participaciones Dexim y de las Participaciones Consorcio Dexim. Sin perjuicio de lo anterior, los derechos relativos dichas cuentas podrán ser cedidos a favor de los Participacionistas.

Inventarios y Caja: Corresponderán a los Participacionistas la totalidad de: (i) los inventarios consistentes en productos terminados en la cámara de almacenamiento existentes a la fecha de corte; y, (ii) los saldos de caja; ambos a la fecha de transferencia de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim. Las partes se pondrán de acuerdo respecto a la forma de transferencia de los activos antes indicados o la entrega del producto de la venta de los inventarios.

8. Pago de deudas: A la fecha de transferencia a favor del Comprador de las Participaciones Dexim y de las Participaciones Consorcio Dexim, Dexim y Consorcio Dexim no registrarán pasivos en sus estados financieros, por lo que los Participacionistas se obligan a pagar la totalidad de las deudas de dichas empresas se encuentren provisionadas o no provisionadas. Las partes declaran que se pondrán de acuerdo respecto de la forma de pago de las deudas antes indicadas a efectos que los Participacionistas, luego de pagar las deudas antes indicadas, no queden registrados como acreedores de Dexim y/o Consorcio Dexim.

9. Asesoría en la toma de control y Procedimiento de Fiscalización: Los Participacionistas asumen la obligación de asesorar al Comprador durante el periodo de toma de control de Dexim y Consorcio Dexim, que estará constituido como mínimo por los primeros sesenta (60) días siguientes a la transferencia de las Participaciones Dexim y de las Participaciones Consorcio Dexim, a efectos que no se perturbe el correcto manejo y desenvolvimiento de las operaciones de dichas empresas. Los términos y condiciones de dicha asesoría serán acordados en el Contrato Definitivo.

Adicionalmente, los Participacionistas tendrán el derecho de intervenir brindando asesoría de manera directa o a través de

sus asesores externos designados al efecto o solicitando la Intervención directa del personal de Dexim y Consorcio Dexim que estos designen, para los fines del Procedimiento de Fiscalización sobre Dexim y Consorcio Dexim.

IV. Disposiciones Misceláneas

1. No Competencia: En caso el Comprador adquiriera Dexim y Consorcio Dexim, mediante la adquisición de las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim o cualquier otra forma, los Participacionistas asumen frente al Comprador una obligación de no competencia por el plazo de 5 años, contados desde la fecha de la adquisición. La obligación de no competencia implica que los Participacionistas no podrán realizar o dedicarse, de manera directa o indirecta, ni por medio de ninguna empresa vinculada o relacionada, a cualquier actividad relacionada con las actividades que en este momento realizan Dexim y Consorcio Dexim, en Paita y en la zona de Influencia de dicha ciudad.

2. Terminación y penalidad:

En caso: (i) cualquiera de las partes diera por terminado el presente MOU; (ii) los Participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence; (iii) los Participacionistas no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o, (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el Contrato Definitivo; la parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra parte una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La penalidad antes indicada no será exigible para las partes en caso éstas no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence o de los resultados del Procedimiento de Fiscalización.

3. Exclusividad:

A partir de la fecha de firma de este MOU por las partes, los Participacionistas otorgan al Comprador un derecho de exclusividad, por el cual: (i) los Participacionistas no podrán ofrecer, negociar ni vender las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim a persona distinta del Comprador; (ii) Dexim y/o Consorcio Dexim no podrán negociar ni celebrar, de manera directa o indirecta, ningún contrato por el cual transfieran o graven cualquiera de los activos que son utilizados para la adecuada realización de sus actividades, sin limitarse a aquellos comprendidos en los numerales 1.2. y 1.3. de la Sección II del presente MOU.

El derecho de exclusividad a favor del Comprador estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2007.

4. Confidencialidad: El contenido de este MOU, así como de la existencia de las conversaciones y negociaciones que se encuentran realizando las partes que suscriben este documento tiene el carácter de estrictamente confidencialidad, y no podrán ser revelados a terceros sin el consentimiento de todos.

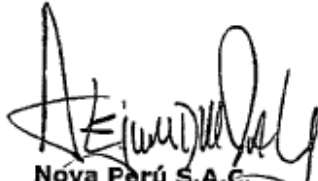
Esta obligación estará vigente durante el plazo de 2 años, contados desde la firma de este MOU.

5. Ley Aplicable y Solución de Controversias: Este MOU se rige por las leyes de la República del Perú. En caso surja alguna discrepancia, las partes que suscriben este documento acuerdan resolverla mediante un arbitraje de derecho, de laudo inapelable, que se realizará en la ciudad de Lima y será administrado ante la Cámara de Comercio Americana en el Perú - AmCham, a cuyos estatutos y reglamentos éstas se someten.

El arbitraje será conducido y resuelto por un tribunal arbitral conformado por 3 miembros. El Comprador nombrará a un árbitro y los Participacionistas, Dexim y/o Consorcio Dexim nombrarán al segundo. El tercer árbitro, quien presidirá el tribunal arbitral, será designado por los dos árbitros previamente nombrados.

Lima, 12 de julio de 2007.


Carlos Hernán Milanovitch Nieto
C. de E. N° 000107126


Nova Perú S.A.C.
Alejandro Manuel Parodi de
Albertis
DNI N° 10271392

Emilia Morán Euribe

Ricardo Cardenas

De: Gonzalo De Las Casas [gonzalo.delascasas@rebaza-alcazar.com]
Enviado el: Jueves, 02 de Agosto de 2007 02:58 p.m.
Para: Ricardo Cardenas; erik.lind@rebaza-alcazar.com
Asunto: RV: DEXIM SRL Y CONSORCIO CORPESCA DEXIM SRL

FYI

Gonzalo De Las Casas
Socio
Rebaza, Alcázar & De Las Casas
Abogados Financieros

Canaval y Moreyra 452 Pisos 15-17 Lima 27
Teléfono (51-1) 442-5100
Fax (51-1) 442-5100 anexo 237
Email gonzalo.delascasas@rebaza-alcazar.com
Web <http://www.rebaza-alcazar.com>

IMPORTANTE - IMPORTANT

Este correo, incluyendo cualquier adjunto puede contener información privilegiada y confidencial y es transmitido exclusivamente para el destinatario previsto. La revelación, uso, difusión, distribución, copia o retención del correo o de la información aquí contenida se encuentra estrictamente prohibida. Si usted ha recibido esta transmisión por error, por favor notifiquenos inmediatamente. Gracias.

This e-mail, including any attachments, may contain privileged and confidential information, and is transmitted solely for the use of the intended recipient. Please be notified that any disclosure, use, dissemination, copying or retention of this e-mail or the information contained herein is strictly prohibited. If you have received this e-mail in error, please immediately notify the sender. Thank you.

De: Alejandro Parodi (NOVAMAR) [mailto:aparodi@novamarperu.com]
Enviado el: Lunes, 30 de Julio de 2007 09:55 a.m.
Para: vtarigo@belnova.com.uy; jorge.de.llano@pescachile.cl
CC: gonzalo.delascasas@rebaza-alcazar.com; alberto.rebaza@rebaza-alcazar.com
Asunto: Fw: DEXIM SRL Y CONSORCIO CORPESCA DEXIM SRL

La verdad me ha dejado frío, que hacemos o que medidas tomamos?
Saludos,
----- Original Message -----
From: Carlos Milanovitch
To: Alejandro Parodi (NOVAMAR)
Cc: BASURCO Juan Carlos
Sent: Monday, July 30, 2007 9:35 AM
Subject: DEXIM SRL Y CONSORCIO CORPESCA DEXIM SRL

Sr. Alejandro Parodi
Gerente General
NOVA PERU S.A.C.

Te adjunto la carta donde te comunico mi decisión de dar por concluida la negociación que veníamos llevando adelante para la posible venta de mis empresas "DEXIM SRL" y "Consortio Corpesca Dexim SRL" ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes en esta negociación.

Quiero que le transmitas mis sinceros sentimientos de excusas al resto de funcionarios que participaron en este proceso e informarte que no iniciaré nuevas negociaciones para la venta de estas empresas con ningún otro grupo o interesado en ellas.

En la seguridad que sabrás comprender mi posición quedo a la espera de tu atención con el mayor afecto

Carlos Milanovitch Nieto

Gerente
DEXIM SRL y Consortio Corpesca Dexim SRL

----- Original Message -----

From: Alejandro Parodi (NOVAMAR)
To: fish@dexim.com.pe
Sent: Thursday, July 26, 2007 12:11 PM
Subject: Fw: Archivo solicitado

Estimado Carlos :

Te paso el archivo de los activos fijos, los de Dexim están valorizados los de Corpesca están listados mas no valorizados, te pido por favor los selles y firmas ya que tienen que ir adjuntos al MOU. Ruego me los pases misma vía.

Gracias y saludos,
AP

----- Original Message -----

From: Ricardo Gallo (NOVAMAR)
To: Alejandro Parodi (NOVAMAR)
Sent: Thursday, July 26, 2007 11:05 AM
Subject: Archivo solicitado

Ale:

Te paso el archivo de los activos fijos reducido y con el formato para impresión

Saludos

Juan Ricardo Gallo Pizarro
GERENTE DE ADMINISTRACION Y FINANZAS
CORPORACION NOVAMAR S.A.C.
Av. Manuel Olgüín 571 Of. 201B Surco, Lima Perú
Teléfono + 51 1 436-5007
Telefax + 51 1 437-7729
Móvil + 51 1 9759-2036

E-mail clasificado por el Identificador de Spam Inteligente de Terra. Para modificar la categoría clasificada acceda a su webmail.

Este mensaje ha sido verificado por el E-mail Protegido Terra.
Antivirus: McAfee VirusScan / Actualizado en 27/07/2007 / Versión: 5.1.00/5085

Información de NOD32, revisión 2433 (20070802)

Paíta, 30 de julio de 2007

Señor
Alejandro Manuel Parodi de Albertis
Gerente General
Nova Perú S.A.C.
Francisco del Castillo 643, Interior 2
Barranco.-

Estimado Alejandro,

He recibido y estudiado una copia del Due Diligence que ustedes solicitaron hacer al Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados financieros, sobre mis empresas DEXIM SRL y Consorcio Corpesca Dexim SRL.

Debo manifestarte que el contenido de este Due Diligence afecta seriamente mis intereses en la negociación que hemos venido llevando adelante. A partir de innumerables suposiciones este estudio crea diversas contingencias que hoy no existen. Por otra parte las manifestaciones de tus jefes en el sentido que mis empresas no son lo que yo en un principio les ofrecí hacen inviable continuar negociando la venta de ellas.

En consideración a esto, y cumpliendo con el punto IV, disposición 2 del Memorandum de Entendimiento que firmamos el pasado 12 de julio doy por resuelta la negociación que veníamos realizando ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio sobre estos resultados, dejando abierta la posibilidad de reiniciar mas adelante nuestras conversaciones sobre este asunto.

Atentamente,

Carlos Hernán Milanovitch Nieto
Carné de Extranjería 000107126
Gerente General
Dexim S.R.L.
Consorcio Dexim S.R.L.

CARTA NOTARIAL

Lima, 2 de agosto de 2007

Señor
Carlos Milanovitch Nieto
Gerente General
Dexim S.R.L.
Consorcio Corpesca – Dexim S.R.L.
Zona Industrial II Manzana "A" Lotes Nos. 7 y 8
Paíta, Piura.-

ESTE DOCUMENTO NO HA SIDO
REDACTADO EN ESTA NOTARIA

Estimado Sr. Milanovitch:

Hemos recibido a través de su correo electrónico de fecha 30 de julio de 2007, la carta a través de la cual transmite su disconformidad con los resultados del Due Diligence realizado a Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca – Dexim S.R.L. (en adelante, las Empresas) por nuestros asesores legales Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros, dando por tanto resuelta la negociación que veníamos sosteniendo en virtud de la disposición 2 del punto IV del Memorandum de Entendimiento (en adelante, el MOU) que firmamos el pasado 12 de julio de 2007.

Al respecto, cabe recordar que la citada disposición del MOU establece lo siguiente:

"En caso: (i) cualquiera de las partes diera por terminado el presente MOU; (ii) los Participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence; (iii) los Participacionistas no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o, (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el Contrato Definitivo; la parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra parte una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La penalidad antes indicada no será exigible para las partes en caso éstas no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence o de los resultados el Procedimiento de Fiscalización." (el subrayado es nuestro)

DE LA CARTA Nº 1/2

1

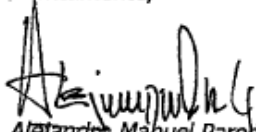
Sobre el particular, cabe recordar que en el numeral 1 de la Sección III del MOU las Partes estipularon un plazo de 5 días hábiles a efectos de conciliar cualquier discrepancia respecto de las contingencias que se hallaran en el Informe del Due Diligence (en adelante, el Informe) practicado por nuestros asesores legales a las Empresas.

Al respecto, cumplimos con señalar que las opiniones vertidas en el Informe corresponden a la de nuestros asesores legales, Rebaza, Alcázar & De Las Casas – Abogados Financieros, y no necesariamente a la de Nova Perú S.A.C.

Teniendo en cuenta lo expuesto, por medio de la presente manifestamos nuestra decisión de no considerar las contingencias contenidas en el Informe. Por lo tanto, damos por conciliada cualquier discrepancia entre las Partes respecto de las contingencias establecidas en dicho Informe, reiterando nuestra firme convicción en seguir adelante con las negociaciones acordadas en el MOU.

En este orden de ideas, agradeceremos se sirvan enviarnos un proyecto del Contrato Definitivo, a efectos de proceder a su revisión y posterior suscripción, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1 y 2 de la Sección III del MOU.

Atentamente,



Alejandro Mahuel Parodi de Albertis

DNI No. 10271392

Gerente General

Nova Perú S.A.C.

CC: Juan Carlos Basurco
Apoderado
Calle Juan del Carpio No 195, San Isidro, Lima – 27, Perú.

ESTE DOCUMENTO NO
REDACTADO EN ESTA NOTARIA

Lima, 16 de noviembre de 2007

Señores
CARLOS HERNÁN MILANOVITCH NIETO
DEXIM S.R.L.
Zona Industrial II, Manzana A, Lotes 7 y 8, Paita
Piura.-

ESTE DOCUMENTO NO HA SIDO
REDACTADO EN ESTA INSTANCIA

Ref. Solicitud de Arbitraje presentado por Nova Perú S.A.C.

De mi consideración:

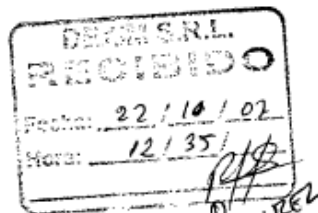
Por la presente cumplimos con notificarle la admisión a trámite de la solicitud arbitral presentada por Nova Perú S.A.C. de fecha 15 de noviembre de 2007 que acompañamos y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 22° y 23° del Reglamento de Arbitraje del Centro se les otorga un plazo de cinco (5) días hábiles para la designación de su árbitro.

Asimismo de acuerdo al artículo 7° del Reglamento de Arbitraje deberán cumplir con señalar un domicilio dentro del radio urbano de la ciudad de Lima para efecto de las demás notificaciones del proceso.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario General



Paita, 27 de noviembre de 2007

Señores:

**CENTRO DE ARBITRAJE
AMCHAM PERU**

Av. Ricardo Palma N° 836
Miraflores, Lima 18

Atención: Roger Rubio Guerrero.
Secretario General


De nuestra consideración:

Por medio de la presente y con relación a la comunicación cursada por el Centro de Arbitraje AMCHAM PERÚ de fecha 22 de noviembre de 2007 referida a la petición de arbitraje presentada por la empresa Nova Perú S.A.C., cumplimos con precisar que la empresa **DEXIM S.R.L.** no ha suscrito convenio arbitral alguno con la empresa peticionante, por lo que no puede someterse de manera unilateral a un proceso arbitral por un convenio inexistente.

Por ello, de conformidad con el literal a del artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje, solicitamos revisar minuciosamente el convenio arbitral presentando por la peticionante a fin de que se advierta que la empresa **DEXIM S.R.L.** no es parte de este proceso arbitral.

Atentamente,


Carlos Milanovitch Nieto
Gerente
DEXIM S.R.L.


Juan Carlos Basurco Reyes
Reg. CAL 25334

Caso Arbitral N°
Secretario Arbitral
Escrito N° 02

Sumilla: Absolvemos traslado de cuestionamiento de la competencia.

**SEÑOR SECRETARIO GENERAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA
CAMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ (AMCHAM):**

NOVAPERÚ S.A.C., (en adelante NOVAPERU), debidamente representada por su Gerente General, señor Alejandro Manuel Parodi De Albertis, según poder adjuntado en nuestra solicitud de Petición de Arbitraje, ante usted atentamente decimos:

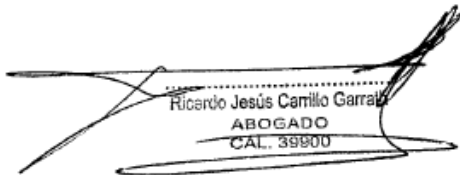
1. Que, mediante comunicación de fecha 30 de noviembre de 2007, vuestra Secretaria, nos ha corrido traslado de la carta de fecha 27 de noviembre del presente año, presentada ante dicha instancia por **Dexim S.R.L.**, mediante la cual dicha empresa por intermedio de su Gerente General, pone de vuestro conocimiento que su representada no ha suscrito convenio arbitral alguno con NOVA PERU, por lo que no corresponde ser sometida unilateralmente a un proceso arbitral por un supuesto convenio inexistente.
2. Sobre el particular, debemos de precisar que cualquier cuestionamiento que se pretenda efectuar a la competencia del Tribunal Arbitral administrado por la AmCham, corresponde ser planteado ante dicha instancia jurisdiccional, que para tales efectos se deberá constituir de acuerdo a las reglas establecidas en los artículos 19º y siguientes del Reglamento Arbitral, y no mediante una carta dirigida a la Secretaria General de la AmCham.

CENTRO ARBITRAJE AMCHAM PERU

3. En ese sentido, estando a que la Secretaría General, por su condición de órgano administrativo¹ constituye una instancia incompetente para dar trámite y resolver la solicitud planteada por Dexim S.R.L., solicitamos a usted se sirva poner en conocimiento de la misma, que cualquier cuestionamiento relativo a su emplazamiento y /o a la competencia del Tribunal Arbitral, deberán ser planteados durante la consecución del proceso arbitral, de acuerdo a las mecanismos establecidos en la Ley General de Arbitraje.

POR TANTO:

A usted Señor Secretario, solicitamos se sirva tener presente lo antes expuesto y resolver con arreglo a ley.


Ricardo Jesús Camillo Garralón
ABOGADO
CAL. 39900

Lima, 03 de diciembre de 2007


NOVAPERÚ S.A.C.



Caso Arbitral N°
 Secretario Arbitral:
 Escrito N° 02
Sumilla: Interponemos Demanda

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

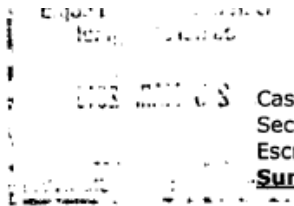
NOVAPERÚ S.A.C., (en adelante NOVA PERU) con Registro Único de Contribuyentes N° 20292286121, con domicilio real en calle Francisco del Castillo N° 643-2, distrito de Barranco, Provincia y Departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General, señor Alejandro Manuel Parodi De Albertis, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10271392, con domicilio real en Alameda Poeta de la Rivera N° 466-101, La Encantada de Villa, distrito de Chorrillos, Provincia y Departamento de Lima, señalando domicilio procesal para estos efectos en avenida Canaval y Moreyra No.452, piso 15, distrito de San Isidro; a Usted atentamente decimos:

Que, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 16^o del Reglamento de Arbitraje, (en adelante el Reglamento), de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante Amcham), interponemos la presente demanda en los siguientes términos:

I. RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.-

¹ **Artículo 16.- Presentación de los escritos de demanda y contestación**
 El proveído de admisión a trámite dispondrá que las partes presenten sus escritos de demanda según los siguientes supuestos:

07DEC7
 SECRETARÍA
 ARBITRAL
 (...)



Caso Arbitral N°
 Secretario Arbitral:
 Escrito N° 02
Sumilla: Interponemos Demanda

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

NOVAPERÚ S.A.C., (en adelante NOVA PERU) con Registro Único de Contribuyentes N° 20292286121, con domicilio real en calle Francisco del Castillo N° 643-2, distrito de Barranco, Provincia y Departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General, señor Alejandro Manuel Parodi De Albertis, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10271392, con domicilio real en Alameda Poeta de la Rivera N° 466-101, La Encantada de Villa, distrito de Chorrillos, Provincia y Departamento de Lima, señalando domicilio procesal para estos efectos en avenida Canaval y Moreyra No.452, piso 15, distrito de San Isidro; a Usted atentamente decimos:

Que, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 16^o del Reglamento de Arbitraje, (en adelante el Reglamento), de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante Amcham), interponemos la presente demanda en los siguientes términos:

I. RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.-

¹ **Artículo 16.- Presentación de los escritos de demanda y contestación**
 El proveído de admisión a trámite dispondrá que las partes presenten sus escritos de demanda según los siguientes supuestos:

07DEC7
 CENTRO ARBITRAL
 (...)

PERU, la cantidad de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), correspondiente al monto de la penalidad establecida en el acápite 2) del Capítulo IV del Memorandum de Entendimiento (en adelante MOU), suscrito entre el demandante y el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim S.R.L., de fecha 12 de julio de 2007, al haber estos últimos dado por terminado el MOU y frustrar la celebración del contrato definitivo de compra venta, por el cual NOVA PERU hubiese adquirido el (100%) cien por ciento de las participaciones de Dexim S.R.L. y Consortio Corpesca Dexim S.R.L.

2.2 Pretensiones Accesorias:

2.2.1 Primera Pretensión accesoria: El pago de los intereses legales devengados desde la fecha en que los emplazados comunicaron su decisión a NOVA PERU de no cumplir con celebrar el contrato definitivo de compraventa de participaciones.

2.2.2 Segunda Pretensión accesoria: Que, se ordene a los emplazados el pago de los costos y gastos arbitrales que se generen a consecuencia del trámite del presente proceso.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

3.1 Respetto de los Alcances de la Cláusula Arbitral

3.1.2. En el documento denominado "**Memorandum de Entendimiento Adquisición de las participaciones de las empresas Dexim S.R.L. y Consortio Corpesca Dexim S.R.L.**" (MOU), suscrito entre los titulares de las participaciones (Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim S.R.L.). de las empresas antes mencionadas y Nova Perú S.A.C. (en adelante NOVA PERU), se estableció claramente que todas las controversias derivadas de

dicho contrato, serían resueltas mediante un arbitraje de derecho, bajo las reglas y administración de AmCham- Perú.

- 3.1.1 En el acápite N° 5 del Capítulo IV del MOU, se estableció expresamente lo siguiente:

5. "Ley Aplicable y Solución de Controversias"

Este MOU se rige por las leyes de la República del Perú. En caso surja alguna discrepancia, las partes que suscriben este documento acuerdan resolverla mediante un arbitraje de derecho, de laudo inapelable, que se realizará en la ciudad de Lima y será administrado ante la Cámara de Comercio Americana en el Perú AmCham, a cuyos estatutos y reglamentos se someten.

El arbitraje será conducido y resuelto por un tribunal arbitral conformado por tres miembros. El Comprador nombrará un árbitro y los participacionistas, Dexim y/o Consorcio Dexim nombrarán al segundo. El tercer árbitro quien los presidirá, será designado por dos árbitros previamente nombrados".

- 3.1.3. Conforme se acredita con la copia legalizada del MOU que adjuntamos a la presente demanda, en la celebración de dicho instrumento intervino el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto en su condición de titular de 956,384 participaciones de Dexim y titular de 250 participaciones de Consorcio Dexim.
- 3.1.4. Asimismo, intervino Dexim S.R.L. en su calidad de titular de las otras 250 participaciones de Consorcio Dexim, la cual por su condición de persona jurídica actuó debidamente representada por su gerente general Carlos Hernán Milanovitch, el mismo que de acuerdo a lo establecido Cláusula Vigésimo Segunda del Estatuto de la sociedad², contaba con las más amplias facultades

para vender, gravar o hipotecar cualquier bien mueble y/o inmueble de la sociedad. De otro lado, intervino mi representada en condición de compradora de las participaciones antes descritas.

- 3.1.5. En ese sentido, habiendo intervenido el señor Milanovitch a título personal y en representación de Dexim S.R.L.³; de acuerdo a las facultades expresamente otorgadas en el Estatuto de la sociedad, es evidente que los alcances de la Cláusula Arbitral antes citada son vinculantes tanto para mi representada como para ambos demandados, por lo que cualquier cuestionamiento que se pretenda realizar en relación a la competencia del Tribunal Arbitral, deberá ser rechazada liminarmente.

3.2 Respecto de la suscripción del MOU y contenido del mismo que es relevante para el presente caso.

- 3.2.1 NOVA PERU es una empresa debidamente constituida y organizada de acuerdo a las leyes de la República del Perú, cuyo objeto social principal es dedicarse a las labores de extracción, pesca y transformación de recursos hidrobiológicos para el consumo humano y animal. Dexim S.R.L. (en adelante Dexim), y, Consorcio Corpesca Dexim S.R.L. (en adelante Consorcio Dexim), ambas son sociedades constituidas y organizadas de acuerdo a la legislación mercantil de nuestro país, las cuales también se dedican al desarrollo de la actividad pesquera.

- 3.2.2 Con fecha 12 de julio del año 2007, NOVA PERU celebró con el señor **Carlos Hernán Milanovitch Nieto** (en su condición de
-

titular de 956,384 participaciones en Dexim, y titular de 250 participaciones en el Consorcio Dexim), y, **Dexim** (representada por el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto) titular de 250 participaciones en el Consorcio Dexim, un Memorandum de Entendimiento, mediante el cual ambas partes, acordaron los principales términos y condiciones por los que NOVA PERU adquiriría la totalidad de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim.

3.2.3 Conforme a lo establecido en el acápite 2) del Capítulo II del MOU, las partes establecieron:

"Objeto del MOU: *Por medio de este MOU, el Comprador y los participacionistas acuerdan los términos y condiciones por los que los compradores adquirirán de los participacionistas, la totalidad de las participaciones Dexim y las participaciones Consorcio Dexim."*

3.2.4 Para tales efectos, NOVA PERU inicio un procedimiento de Auditoría Legal (Due Diligence), con la finalidad de identificar las eventuales contingencias de ambas empresas, el cual conforme a los alcances del punto 1º del acápite tercero del MOU, se extendería por el plazo necesario para la información requerida en relación a ambas empresas.

3.2.5 Asimismo, de acuerdo a los alcances contemplados en el punto 1º antes mencionado y en el número 2º del acápite III del MOU, una vez concluido el informe de Due Diligence realizado por nuestros asesores legales externos, las partes en virtud de lo establecido en el citado instrumento, acordaron:

a) Conciliar en un plazo máximo de (5) cinco días hábiles, aquellas discrepancias que los participacionistas representados por el señor

Milanovitch pudieran haber identificado respecto de las contingencias anotadas en el Due Diligence.

- b) Conciliadas las discrepancias dentro del plazo mencionado en el párrafo anterior, las partes se comprometían de suscribir el Contrato Definitivo

3.2.6 En ese sentido, concluido el informe de Due Diligence, mediante comunicación electrónica de fecha 26 julio de 2007, nuestros asesores legales externos enviaron el texto del citado documento al señor Milanovitch para su revisión y comentarios.

3.2.7 El señor Milanovitch, mediante comunicación electrónica de fecha 30 de julio de 2007, sin respetar el plazo de cinco días hábiles establecido en el punto 1 del acápite III del MOU para discutir cualquier discrepancia surgida en relación a las conclusiones establecidas en el informe de Due Diligence, informó a NOVA PERU que no estando de acuerdo con las conclusiones arribadas en el mencionado documento, daba por resuelta la negociación que veníamos sosteniendo para la compra del 100% de las participaciones de Dexim y Corporación Dexim.

3.2.8 NOVA PERU mediante comunicación notarial de fecha 02 de agosto de 2007, informó al señor Milanovitch, su decisión de **NO CONSIDERAR** ninguna de las contingencias identificadas en el Due Diligence, dando por conciliada cualquier discrepancia surgida entre las partes con relación a los alcances de dicho informe.

3.2.9 Por tal razón, en virtud de lo establecido en los numerales 1 y 2 de la sección III del MOU, solicitamos al señor Milanovitch que se sirviera enviarnos un proyecto de contrato definitivo para su revisión y posterior suscripción, requerimiento del cual hizo caso omiso hasta la fecha.

3.3 Descripción de los hechos ocurridos después de la suscripción del MOU que acredita el incumplimiento doloso y de mala fe incurrido por el señor Milanovitch que han activado la ejecución de la penalidad.

3.2.1 Respecto de los hechos ocurridos posteriormente a la celebración del MOU.

- 3.2.1.1. Conforme a lo expuesto en el acápite anterior, con fecha 26 de julio de 2007, nuestros asesores legales externos enviaron al señor Milanovitch el Informe de Due Diligence, en el cual se encontraban anotadas las contingencias identificadas tanto en Dexim como en Corporación Dexim.
- 3.2.1.2. En respuesta a dicha comunicación, con fecha 30 de julio de 2007, el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto a título personal y en representación de Dexim, envió una comunicación electrónica a NOVA PERU informándole que no estando conforme con los alcances del informe de Due Diligence preparado por nuestros asesores legales externos, tomaba la decisión de poner fin al MOU y, por ende, de no celebrar el contrato definitivo⁴.
- 3.2.1.3. Para ser más específicos, el señor Milanovitch en forma muy escueta sostuvo que nuestros asesores legales externos, a partir de suposiciones habían creado una serie de contingencias que no existían en ambas expresas. Asimismo, señaló que las manifestaciones recibidas de parte de los representantes de nuestra empresa en el sentido que Dexim y Corporación Dexim no eran lo que en principio nos ofrecieron, hacían inviable el seguir negociando por esta vía.
- 3.2.1.4. En respuesta a esta comunicación, NOVA PERU mediante Carta Notarial de fecha 02 de agosto de 2007, informó al señor Carlos
-

Hernán Milanovitch Nieto, que de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la Sección III del MOU, las partes estipularon un plazo de (5) cinco días hábiles a efectos de conciliar cualquier discrepancia respecto de las contingencias que se hallaran en el Due Diligence realizado por sus asesores legales en ambas empresas. Plazo que no fue considerado ni respetado, toda vez que ni siquiera se nos dio la oportunidad de sentarnos a negociar con la finalidad de poder conciliar las mismas, con lo cual queda en evidencia la mala fe con la que venía actuando el señor Milanovitch.

3.2.1.5. En efecto, de acuerdo a los alcances contemplados en los incisos 1º y 2º del acápite III del MOU, una vez concluido el informe de Due Diligence realizado por nuestros asesores legales externos, las partes en virtud de lo establecido en el citado instrumento, acordaron:

- o Conciliar en un plazo máximo de (5) cinco días hábiles, aquellas discrepancias que los participacionistas representados por el señor Milanovitch pudieran haber identificado respecto de las contingencias anotadas en el Due Diligence.
- o Conciliadas las discrepancias dentro del plazo mencionado en el párrafo anterior, las partes se comprometían de suscribir el Contrato Definitivo

3.2.1.6. Asimismo, en nuestra comunicación notarial de fecha 02 de agosto de 2007, dejamos claramente establecido que la conclusión unilateral del MOU y la negativa a celebrar el contrato definitivo tenía como consecuencia una penalidad equivalente a US\$.500,000.00 (Quinientos Mil Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

3.2.1.7. Sin embargo, a pesar de lo manifestado por NOVA PERU en su comunicación notarial de fecha 02 de agosto de 2007, y de haber agotado posteriormente todas las gestiones necesarias para continuar con las negociaciones a fin de arribar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, el señor Milanovitch decidió mantener su arbitraria posición inicial, y dar por terminado el proceso y las negociaciones para la celebración del Contrato Definitivo.

3.2.2. **Respecto de los hechos que acreditan la mala fe con la cual actuó el señor Milanovitch durante el proceso de negociación.**

3.2.2.1 De acuerdo al esquema establecido por las partes, para la lograr el objeto del MOU, esta ultimas acordaron que la transacción materia de litis se desarrollaría en (4) cuatro etapas:

Primera Etapa (Celebración del MOU)

De acuerdo a lo antes expuesto, las partes suscribirían un MOU a través del cual se estipularían los términos y condiciones para la celebración del contrato definitivo.

Segunda Etapa (Elaboración de Due Diligence)

NOVA PERU en su condición de comprador realizaría un proceso de Due Diligence contable, financiero y legal sobre Dexim y Consorcio Dexim, durante el tiempo que resultara necesario para la revisión de la información requerida en relación a estas ultimas empresas.

Tercera Etapa (Conciliación de Discrepancias)

A la conclusión del Due Diligence, NOVA PERU informaría por escrito de dicha situación al señor Carlos Milanovitch, en su condición de representante de los Participacionistas, estableciéndose **que las partes tendrían un plazo máximo de**

(5) cinco días hábiles desde la conclusión del Due Diligence, con la finalidad de ponerse de acuerdo respecto de las contingencias (incluyendo concepto y monto) que hubiesen sido identificadas, el cual podía ser extendido de mutuo acuerdo, sin que ello implicara una prórroga del contrato

Cuarta Etapa (Celebración del Contrato Definitivo)

Cumplido el plazo descrito en la etapa anterior, las partes se encontraban en la obligación de celebrar el Contrato Definitivo, a través del cual se debió acordar la transferencia directa o indirecta de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim a favor de NOVA PERU o a quien este último designe, y el pago del precio de compra, la oportunidad y forma en que dichos actos debían de ser realizados.

- 3.2.2.2. Sin embargo, conforme se puede apreciar, concluido y enviado el informe de Due Diligence, el señor Milanovitch, en vez de respetar el procedimiento establecido en el MOU, eludió arbitrariamente la tercera y cuarta etapa, y actuando de mala fe, comunicó unilateral y arbitrariamente su decisión de dar por concluidas las negociaciones en perjuicio de mi representada, generando este incumplimiento, el derecho de NOVA PERU a exigir el pago de la penalidad pactada en el MOU, más los intereses legales devengados desde la fecha que devino en exigible tal obligación.
- 3.2.2.3. Señor Presidente, la decisión del señor Milanovitch, conforme se acredita a continuación, no estuvo motivada por las discrepancias advertidas en el informe de Due Diligence. Esta afirmación, parte de los alcances de la comunicación electrónica de fecha 27 de julio de 2007, que ofrecemos en calidad de medio probatorio a la presente demanda, mediante la cual el señor Juan Carlos Basurco en su condición de apoderado del señor Milanovitch, envió al Doctor Gonzalo de las Casas, la carta poder que le fuera otorgada

por el señor Milanovitch, autorizándolo a analizar los términos del due diligence y así como del MOU.

- 3.2.2.4. Sin embargo, adjunto a la citada comunicación, también obraban las comunicaciones electrónicas cursadas días antes entre el señor Juan Carlos Basurco y el señor Milanovitch, de cuyo contenido logramos acreditar fehacientemente que este último **sin haber revisado aun los alcances del informe de Due Diligence**, ya había tomado anticipadamente la decisión definitiva de dar por concluida las negociaciones.
- 3.2.2.5. En efecto, en el mencionado correo obra adjunta la comunicación electrónica de fecha **26 de julio de 2007**, cursada por el señor Milanovitch al señor Juan Carlos Basurco, mediante la cual el primero le manifestó al segundo su decisión de no continuar con las negociaciones, y a través de la cual consciente de las consecuencias jurídicas que acarrearía dicha decisión, le solicitó a este último que trate de articular una estrategia legal que evite el tener que asumir el pago de la penalidad pactada.
- 3.2.2.6. De acuerdo a los alcances de la mencionada comunicación, este último le manifestó al señor Basurco lo siguiente:

"Estimado Juan Carlos:

Dos razones, una de carácter sentimental difícil de entender para muchos, pero que a mi me conmueve de sobremanera (la noble actitud de solidaridad de muchos de mis trabajadores por ejemplo) **y otra por la mala negociación con que inicie este proceso al pedir un precio que esta muy debajo del verdadero valor de mis empresas y sus activos, he decidido dar por terminada la negociación que he llevado adelante con Nova Perú SAC(...)**".

3.2.2.7. De acuerdo al contenido de la primera parte de la presente comunicación, queda probada la **mala fe** con la cual el señor Milanovitch había venido participando de las negociaciones, toda vez que a través de estas comunicación se acredita que antes de recibir el informe de Due Diligence, por consideraciones totalmente ajenas a las mencionadas en su comunicación de fecha 30 de julio, este último, ya había tomado la decisión de no seguir adelante con el proceso de negociación para la venta de sus empresas.

3.2.2.8. Líneas más abajo, el señor Milanovitch conciente de la decisión arbitraria que estaba tomado y de las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de la resolución unilateral del MOU, le indicó al señor Basurco lo siguiente:

*"Entiendo que esta actitud **MANIFIESTA UNA FALTA DE SERIEDAD DE MI PARTE**, pero aun estoy a tiempo de tranquilizar mi espíritu y defender mis empresas que constituyen el patrimonio que poseo. **Para evitar el pago de una penalidad, he redactado la carta adjunta donde le comunico Alejandro Parodi mi decisión de no estar de acuerdo con lo señalado en el Due Diligence. Te pido me ayudes en mejorar la redacción de esta comunicación y preparar una posible pretensión de querer cobrar una penalidad por esta situación (...)**" (subrayado es nuestro)*

3.2.2.9. En ese sentido, el señor Basurco mediante comunicación de fecha 27 de julio de 2007, en atención de lo expuesto por el señor Milanovitch, le manifestó al respecto lo siguiente:

*"(...) Como te comente es necesario tener tu representación a fin de finiquitar este tema sin tu presencia. **Déjame analizar este fin de semana la mejor manera legal para no activar la cláusula de penalidad (...)**.*

El señor Milanovitch, en respuesta a dicha comunicación, le indicó al señor Basurco lo siguiente:

*"(...) De acuerdo a lo conversado telefónicamente, te agradeceré ver la forma mas conveniente para dar por concluida esta negociación **sin que nos veamos afectados por la penalidad que figura en la disposición IV punto 2.***

Si existe la causal de no estar de acuerdo en los resultados del Due Diligence como lo indica el memorandum de entendimiento suscrito por mi y Alejandro Parodi con fecha 12 de julio del presente año establece que esta penalidad no será exigible"

- 3.3. Es decir, conforme al tenor de la citado correo electrónico, cuya reserva quedó levantada de la esfera privada establecida entre el señor Milanovitch y el señor Basurco, con motivo que este último decidió compartir con nuestro asesor legal, Dr. Gonzalo de las Casas, el contenido de las comunicaciones electrónicas antes señaladas, al enviarle con fecha de 30 de julio de 2007, un correo electrónico en el cual se adjuntaban las mismas, queda en total evidencia que el señor Milanovitch, con el único propósito de evitar el pago de la penalidad a la cual se encuentra obligado, pretendía, bajo una interpretación totalmente distorsionada, valerse de los alcances contemplados en el segundo párrafo del punto 2 del acápite IV del MOU, para eludir el cumplimiento del pago de la penalidad.
- 3.4. Sin embargo, habiendo mi representada manifestado al señor Milanovitch; dentro del plazo estipulado en el MOU, su voluntad de no acoger ninguna de las contingencias anotadas en el informe del Due Diligence, no existía ninguna razón de orden legal o contractual para que unilateralmente diera por concluida la negociación y se

negara a firmar el contrato, mas aun cuando el MOU no otorgaba esa facultad discrecional a ninguna de las partes, estableciendo en contrario, la obligación de las mismas a formalizar el contrato definitivo una vez superadas dichas contingencias.

- 3.5. Por tanto, de esta manera, queda plenamente acreditado que la resolución del MOU no fue motivada por las *observaciones* y *discrepancias* encontradas al informe de Due Diligence, sino que dicha decisión ya había sido tomada por el señor Milanovitch, días antes en que tuviera conocimiento de sus conclusiones, tomando como pretexto su desacuerdo por las contingencias anotadas con el único propósito de evitar la exigibilidad del pago de la penalidad pactada.

IV FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA FUNDABILIDAD DE LAS PRETENSIONES INVOCADAS.

4.1 Respecto del concepto y naturaleza jurídica de la Cláusula Penal

- 4.1.1. En el punto 2 del acápite IV del MOU, las partes establecieron lo siguiente:
- "En caso (i) cualquiera de las partes diera por terminado el MOU; (ii) los participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence; (iii) los participacionistas no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o, (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el contrato definitivo; la otra parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estado Unidos de América)".**

- 4.1.2. De acuerdo al tenor de la citada cláusula, usted podrá verificar señor Presidente, que la misma se trata de una Cláusula Penal conforme a lo prescrito en el artículo 1341º del Código Civil, toda vez que de ella queda claramente establecido que las partes constituyeron un acuerdo, donde se estableció que en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes señaladas, la parte infractora; en este caso el señor Milanovitch y/o Dexim, quedarían solidariamente obligados al pago de una prestación a título de resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento.
- 4.1.3. De acuerdo al criterio ampliamente desarrollado por la Doctrina, podemos definir a la Cláusula Penal, *"como el negocio jurídico o convención o estipulación accesoria por la cual, una persona a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente"*⁶⁵.
- 4.1.4. Conforme a los antecedentes históricos de esta figura, la cláusula penal tiene sus orígenes en el antiguo derecho romano, en el cual se denominaba a la *"stipulatio poenae a toda estipulación que tuviera por fin imponer al promitente de la misma una promesa de prestación a favor del estipulante para el caso de que un determinado acontecimiento previsto por las partes tuviera lugar o no lo tuviera"*⁶⁶. En ese sentido, la cláusula penal como garantía del cumplimiento del vínculo contractual esta firmemente enraizada no solamente en la doctrina y jurisprudencia europea sino también en la latinoamericana, incluida la peruana.
- 4.1.5. Al respecto autores nacionales como Gutierrez Camacho citando a Díez Picazo, sostienen que *"la Cláusula Penal puede ser calificada*

como una de las garantías de la obligación. Como se sabe, en sentido general se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad del crédito. La garantía puede originarse de una norma o ser producto de la voluntad de las partes, en cualquier caso siempre viene a añadir al crédito algo que por si mismo no tiene, de modo que es un plus que se yuxtapone y mejora la posición jurídica del acreedor, dándole mayor seguridad de que su interés será satisfecho. En estricto, la garantía es un derecho subjetivo que amplía el ámbito del poder jurídico del acreedor.

Por su naturaleza garantista la cláusula penal supone la primera existencia de una relación. Esta obligación puede ser da dar, hacer o no hacer; puede garantizar una prestación en particular a todo el contrato⁷.

- 4.1.6. *En otras palabras, "la cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato, por la cual y para asegurar la ejecución de la prestación se somete el deudor a pagar una multa o a realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se la denomina también pena convencional que viene a ser una prestación determinada, por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación. Es un pacto accesorio en el que se estipula multas o penas a cargo del deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de su obligación⁸.*
- 4.1.7. *En lo referente a su naturaleza jurídica, Peirano Facio sostiene que "en el sentir de la ciencia jurídica actual la cláusula penal cumple dos funciones fundamentales: a) una, de liquidación anticipada de daños y perjuicios, y, b) otra, verdaderamente*

coaccionando el cumplimiento de la obligación, y de modo punitivo determinando el castigo del deudor⁹⁹.

- 4.1.8. En esa misma línea, Kemélmajer sostiene que la cláusula penal cumple una doble finalidad: i) **indemnizatoria**, y, ii) **aflictiva o compulsiva**. Al respecto indica que "como es sabido, la vertiente francesa prioriza la función indemnizatoria. Es decir la cláusula penal es, esencialmente, una figura jurídica cuya finalidad sustancial es la de fijar o liquidar anticipadamente los daños y perjuicios (...) para otra tendencia en cambio, esta estipulación solo cumple una función compulsiva o aflictiva; se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando el cumplimiento de la obligación y constriñe psicológicamente al deudor para el pago del principal"¹⁰⁰.
- 4.1.9. Peirano Facio, sostiene mas adelante que en función de su finalidad, la cláusula penal puede pactarse de tres formas:
- a) "Como una prestación de contenido estrictamente sancionador que mira solo a asegurar el cumplimiento de una obligación principal y a punir al deudor en caso incurra en incumplimiento,
 - b) Como una prestación de contenido indemnizatorio, que no persigue otra finalidad que la de resarcir al acreedor del perjuicio que pueda emerger del cumplimiento de parte de su deudor, y,

c) *Como una prestación que se establece acumulando ambas finalidades anteriormente señaladas, es decir, que contiene en si un propósito punitivo y otro indemnizatorio*¹¹.

4.1.10. Del análisis de las posiciones doctrinarias antes reseñadas, resulta que la mayoría, y casi la unanimidad de los autores contemporáneos, entiende que la cláusula penal cumple una función polivalente, ya que al mismo tiempo que importa una liquidación convencional anticipada de los daños que causa el incumplimiento, procura compeler al deudor a satisfacer la prestación principal sancionándolo por su conducta, toda vez que *"excluir el aspecto reparador o excluir el aspecto penal de la cláusula penal, son dos posiciones extremas igualmente condenables: solo una mixtura de estos dos puntos de vista proporciona la solución prácticamente deseable y teóricamente exacta"*¹².

4.2 Naturaleza Contractual y fuerza vinculatoria de la Cláusula Penal materia de Litis.

4.2.1 Peirano Facio, sostiene que *"la pena civil en su esencia no lleva determinada de modo necesario la característica de origen contractual. La pena civil puede surgir también de la voluntad de la ley, o – según afirman alguno autores – de la voluntad unilateral de un determinado sujeto de derecho. La ausencia de génesis contractual no quita a estas sanciones el carácter de penas civiles. Sin embargo, cuando se habla de cláusula penal en sentido específico, se supone siempre, y es de rigor que así sea, que dicha cláusula tiene su origen en una convención. Y como no se trata de una simple convención cualquiera, sino una de una de las que la ley considera susceptibles de acarrear como consecuencia el nacimiento de prestaciones coactivamente*

exigibles, resulta que la cláusula penal debe – siempre – **encontrar su fuente en un contrato. De acá el origen contractual de la cláusula penal a que acabamos de referirnos**¹³.

4.2.2. Mas adelante, el citado autor sostiene "la primera consideración que se hace cuando se piensa sobre el tema de la cláusula penal es una declaración de voluntad de dos partes contratantes, dentro de esta declaración de voluntad se pueden advertir dos aspectos (...), un primer aspecto en el que ambas voluntades siguen una línea paralela y buscan un mismo fin, es el momento de la "creación" del pacto de cláusula penal y mediante el dos sujetos de derecho expresan voluntades que se mueven en el campo del querer jurídico con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente o en vistas de liquidar de anticipado los daños y perjuicios que pudieran resultar de su incumplimiento (...) y en un segundo momento, las voluntades que han convergido estableciendo esa norma creadora, nos revelan el fenómeno de la convención de la cláusula penal mostrándonoslo ya como norma creada; y acá el proceso volitivo que se unía para establecer el pacto al cual se tendía en forma paralela, se disocia, y por parte de una voluntad se quiere la consecución de la prestación debida como pena (en caso del incumplimiento) y por otra se quiere o promete la prestación de lo que se había pactado para el caso de que ese supuesto tenga lugar"¹⁴.

4.2.3. En efecto, de acuerdo al tenor y alcances del MOU, queda claro que las partes celebraron un contrato preparatorio (Compromiso de Contratar), en el cual se obligaban recíprocamente a celebrar en un futuro un contrato definitivo. El artículo 1414º del Código Civil, define al compromiso de contratar de la siguiente manera:

"Artículo 1414⁹.- Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo"

- 4.2.4 Al respecto, el profesor Arias Shreiber¹⁵ señala que "mediante la promesa de contratar, dos o mas partes se obligan recíprocamente a otorgar, en el futuro, un contrato definitivo. De lo dicho se desprende que es un medio de preparar situaciones jurídicas destinadas a producir consecuencias para un momento posterior, pero dejando ya en pie un compromiso. Su ventaja es evidente: confiere a las partes la facultad de exigir la conversión de lo establecido en la promesa y se asegura su potencial eficacia".
- 4.2.5 De acuerdo a lo señalado por Bolaños Velarde, "el compromiso contratar, origina una relación obligatoria por la que todas las partes del contrato se comprometen a ejecutar una obligación con prestación de hacer¹⁶. Toda vez que se ha suprimido la clase de los contratos reales, entre nosotros, el deber de cooperación que crea el compromiso de contratar siempre importa ejecutar una prestación de hacer (...)¹⁷.



4.2.6 Mediante la celebración del MOU, el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto, Dexim y NOVÁ PERU, se obligaron recíprocamente a suscribir (obligación de hacer), un contrato definitivo por medio del cual transferirían el 100% de sus participaciones de Dexim y Consorcio Dexim respectivamente a favor de esta última, estableciendo para ello los elementos esenciales de lo que sería el contrato definitivo.

4.2.7 De acuerdo al MOU, en el se establecieron las principales condiciones de lo que sería el contrato definitivo, cuyos alcances respondían a la naturaleza propia del compromiso de contratar¹⁸, tales:

a) Precio de Compra	En el punto IV del acápite II, se estableció que el precio de compra por el 100% del valor de las participaciones transferidas sería de US\$ 4'340,000.00
b) Forma de Pago y Condiciones en las que se liberaría el precio de de compra.	Ver acápite 4.1 y acápite 5 del Punto III del MOU
c) Activos excluidos	Ver acápite 6 del punto III del MOU
d) Cuentas por cobrar e inventarios de caja	Ver acápite 7 del punto III del MOU
e) Pago de Deudas	Ver acápite 8 del punto III del MOU

4.2.8 En ese sentido, siendo el origen de la presente cláusula penal eminentemente contractual, la misma en atención de su fuerza vinculatoria no podía ser desconocida arbitraria y unilateralmente por los demandados. Señor Presidente, el artículo 1351º del Código Civil, define al contrato, como el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial,

el cual se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento.

4.2.9 Al respecto, Arias-Schreiber Pezet señala que *"En términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o mas partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia"*¹⁹.

4.2.10 Conforme a los alcances del artículo 1361²⁰ de la norma sustantiva antes citada, **el contrato tiene fuerza vinculatoria**, es decir, obliga a las partes a satisfacer las obligaciones asumidas y en caso de incumplimiento, el derecho contempla mecanismos encaminados a su corrección o compensación. Por tanto, el primer efecto que causa el contrato radica en su carácter obligatorio; es decir, el acuerdo de voluntades de las partes contratantes tiene fuerza de ley entre ellas.

4.2.11 Para decirlo en otras palabras, *"Lo que hacen las partes al perfeccionar el contrato es crear una regulación normativa privada para la interrelación de sus intereses. Crean una reglamentación a la que deben ajustarse y respetar. Lo que si debe quedar claro es que cuando la norma jurídica regula la fuerza de ley del contrato, la asimilación ley-contrato no se refiere sino a la relatividad del vínculo. Una vez perfeccionado el contrato, se crea una norma que compele a las partes como la ley misma, y esa norma no puede dejarse sin efecto, en principio por una manifestación unilateral de voluntad"*²¹.

4.2.12. Es decir, hasta el momento de la creación del vínculo, las partes son libres de contratar o no. Luego de haber formalizado el contrato, las normas que de él surgen las obligan y las sujetan a su contenido. Sin embargo, la obligatoriedad del contrato no sustrae a las partes de la posibilidad, aunque excepcional, de alterarlo o modificarlo, de mutuo acuerdo, o cuando la ley o las propias partes así lo acuerden de poderlo denunciar unilateralmente.

4.2.13. De la interpretación concordada de los artículos antes mencionados, se concluye que los contratos son expresión del acuerdo de la voluntad entre las partes, mediante los cuales se crean prestaciones de cumplimiento obligatorio, cuya interpretación y ejecución debe de sujetarse en primer término a lo expresado en ellos en aplicación del principio del "pacta sunt servanda"²², y además bajo las reglas de la buena fe y común intención de las partes²³.

4.2.13 Por tanto, siendo que el objeto del MOU no fue otro que el de establecer los términos y condiciones en los cuales NOVA PERU adquiriría la totalidad de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim; es decir, mediante el presente instrumento las partes se **obligaron recíprocamente a otorgar en el futuro, un contrato definitivo, pactando previamente sus condiciones esenciales;** es decir, comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que aun no había sido estipulado.

4.2.14 En ese sentido, siendo el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto y Dexim quienes unilateral y arbitrariamente dieron por concluidas las negociaciones en perjuicio de mi representada, este incumplimiento ha generado el derecho de NOVA PERU a exigir el pago de la

penalidad pactada en el MOU, más los intereses legales devengados desde la fecha que devino en exigible tal obligación.

4.3 Respecto de la clase de penalidad pactada en el MOU

- 4.3.1 En cuanto a las modalidades de Cláusula Penal, el Código Civil en sus artículos 1341º y 1342º establecen expresamente lo siguiente:

"Cláusula Penal Compensatoria

Artículo 1341º.- *El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios fueran mayores.*

Exigibilidad de la Cláusula Penal y del cumplimiento de la obligación

Artículo 1342.- *Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene el derecho para exigir, además de la penalidad el cumplimiento de la obligación"*

- 4.3.2 Sobre este punto, Gutiérrez Camacho y Rebaza González sostienen que, "la penalidad a que se refiere el artículo 1342º, ya sea para el caso de mora o en seguridad de un pacto, opera solo en el supuesto de la inejecución temporal, esto es cuando el cumplimiento de la obligación sea posible en aquellas obligaciones donde la oportunidad del cumplimiento es importante pero no es

un elemento esencial de la misma. En caso de incumplimiento temporal, el acreedor podrá exigir la penalidad y el cumplimiento de la obligación de manera conjunta (**Pena Moratoria**). De este modo la tipología de penalidad tratada no resulta aplicable para los casos de incumplimiento definitivo o cuando el acreedor hubiese perdido interés en el cumplimiento, dado que en tales supuestos la prestación principal ya no resultaría exigible y la penalidad pactada tendría una **naturaleza indemnizatoria** (para reparar los agravios derivados de incumplimiento), debiendo regirse por la reglas del artículo 1341º del Código Civil²⁴.

4.3.3 En ese sentido, conforme a los alcances de las normas antes citadas, la cláusula penal puede ser estipulada para uno de los siguientes fines:

- Para el caso del incumplimiento total de la obligación (*pena compensatoria*),
- Para el caso de mora (*pena moratoria*); y,
- Para seguridad de alguna cláusula o estipulación concretamente señalada.

Por tanto, dependiendo de cual sea el objeto que se persiga con la cláusula penal, la misma será distinguible en **Compensatoria** o **Resarcitoria y Moratoria**, dependiendo si tiene por objeto compensar los daños y perjuicios por el incumplimiento absoluto de la obligación o compensar tan solo los originados por la mora además de la exigibilidad de la obligación principal.

4.3.4. La jurisprudencia nacional reconoce estas dos modalidades de cláusula penal. Por ejemplo, mediante **Casación N° 3031-99 Lima**, la Sala Civil de la Corte Suprema estableció que "*la cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractualmente que tienen las partes para fijar*

anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la inexecución de retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es calculada sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta a contratar. La función de fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios se conoce como función indemnizatoria de la cláusula penal²⁵.

- 4.3.5. En relación a su carácter moratorio, mediante **Casación N° 1753-97-Lima**, la Sala Civil de la Corte Suprema de la Republica, ha señalado que *"la cláusula penal determina una sanción para la parte que no cumple con lo establecido en el contrato, con el fin de resarcir el daño; operando en los casos de incumplimiento total o parcial de la obligación siempre por causa imputable al deudor²⁶.*
- 4.3.6. En el presente caso, las partes en el MOU acordaron expresamente una cláusula en la cual se estableciera que en caso cualquiera de ellas incumpliera con alguna de las obligaciones pactadas en dicho instrumento, la parte que hubiera incumplido se obligaba a pagar a la otra una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil con 00/100 Dólares Americanos).
- 4.3.7. Por tanto, queda absolutamente claro que la penalidad pactada en el MOU es una **de naturaleza indemnizatoria**, toda vez que mediante su ejecución, lo que se procura es indemnizar a NOVA PERU por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de la resolución del MOU, cuya liquidación anticipada fue pactada de común acuerdo entre las partes en estricta inteligencia con los principios de libertad económica y libertad de iniciativa privada

consagrados en los artículos 58^{o27} de la Constitución Política de 1993 y 1354^{o28} del Código Civil.

4.4. Respecto de la exención de la prueba del daño

4.4.1. Elementos de la Responsabilidad Civil

- 4.4.1.1 Citando a Peirano Facio²⁹, dicho autor sostiene que *"Siguiendo la orientación general de la doctrina, considera que las circunstancias de aplicación de la cláusula penal son dos: a) la inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal imputable al deudor, y, b) que este haya sido constituido en mora³⁰, (...) entendiéndose que el deudor incurre en mora mediante la interpelación judicial o la intimación de la protesta de daños y perjuicios, aun cuando otras circunstancias puedan constituir al deudor en mora"*. En ese sentido, cumplidas las dos condiciones antes mencionadas,



el acreedor tendría expedito su derecho para solicitar el pago de la penalidad.

- 4.4.1.2 Para tales efectos, el artículo 1343³¹ ha establecido un sistema de simplificación probatoria de los daños, al prescribir que el acreedor podrá solicitar el cumplimiento de la cláusula penal sin necesidad de probar la existencia del daño, ni su cuantía, la cual evidentemente constituye una norma de excepción al artículo 1331^o del Código Civil, el cual establece que *"que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso"*.
- 4.4.1.3. Sin embargo, esta ausencia de probanza se refiere **solo a la existencia del daño y de su cuantía**, mas no al requisito de acreditar que el pago de la penalidad será exigible en la medida que el incumplimiento se deba por causa imputable al deudor, salvo prueba en contrario. En efecto, *"El pacto a que se refiere esta parte de la norma permite la estipulación de cláusulas penales objetivas. En este supuesto, la cláusula penal sería exigible, inclusive, cuando mediara caso fortuito, fuerza mayor, o cuando el deudor no fuera culpable, según los supuestos a que se refiera la penalidad pactada por las partes"*³².
- 4.4.1.4 De acuerdo a los alcances del artículo 1343^o del Código Civil, en el presente caso no corresponde evaluar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que conforman un supuesto de responsabilidad civil contractual; pues al no ser necesaria acreditar la existencia del daño sufrido (por ende tampoco el nexo de causalidad), corresponde a NOVA PERU tan solo acreditar 2

elementos: **i)** la conducta antijurídica de los demandados, y el **ii)** factor de atribución de la responsabilidad.

4.4.1.5. De acuerdo al criterio desarrollado por la jurisprudencia, así como por la doctrina autorizada, los elementos que conforman la responsabilidad civil contractual, son cuatro (4): **a) la antijuridicidad de la conducta, b) el daño causado, c) la relación de causalidad, y d) los factores de atribución.** En el orden planteado, efectuaremos un breve análisis de dichos elementos.

4.4.1.6 Para tales efectos, debemos iniciar el comentado análisis con la antijuridicidad de la conducta, para lo cual consideramos pertinente remitirnos a lo expuesto por el Dr. Lizardo Taboada Córdova, en su obra "Elementos de la Responsabilidad Civil", autor que señala lo siguiente:

"(...)

*Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. (...) Sin embargo, este sentido de antijuridicidad genérica, no se acepta sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, **por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuridicidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso.**¹³³(Resaltado es nuestro)*

"Es decir, la antijuricidad es, pues, uno de los aspectos fundamentales de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil en el sistema jurídico nacional, que se impone por la propia fuerza de la naturaleza jurídica de los mismos hechos jurídicos ilícitos y por la interpretación sistemática de nuestras normas jurídicas".³⁴

- 4.4.1.7 De acuerdo a lo señalado por el autor, para que se produzca un supuesto de responsabilidad civil, siempre es necesaria una conducta *ilícita, antijurídica o ilegítima*, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual. En consecuencia, de acuerdo a lo transcrito podemos sostener que la antijuricidad, se deriva de una actuación ilícita, o contraria a una norma de orden publico, o **de una infracción a lo pactado convencionalmente por las partes.**
- 4.4.1.8 Asimismo, una relación de responsabilidad civil contractual implica que una determinada persona (la víctima), puede exigir a otra (el responsable), el pago de una indemnización por daños causados por ésta última a la primera. En ese sentido, el segundo elemento que utiliza el derecho para individualizar al presunto responsable de un daño, es la relación *causa - efecto*. Es decir, para que exista responsabilidad contractual, se requiere que exista un *Nexo Causal*, entre la víctima y el autor del daño. Esto significa, que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil contractual.
- 4.4.1.9 Al respecto, el artículo 1314^o 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 tardío o defectuoso"*. Es decir, en el campo contractual, el único límite de

la responsabilidad del deudor, debe encontrarse en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable, conforme a lo recogido en los artículos 1315 y 1316 del Código Civil³⁵, situación en la cual el nexo de causal quedaría fraccionado, y por ende, el deudor liberado de reparar el daño.

- 4.4.1.10 Asimismo, con relación al tercer elemento de la responsabilidad civil, es decir el daño, el Taboada Córdoba señala en su obra que otro "(...) *aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. (...) Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extrapatrimonial. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir.*



En lo concerniente al daño extrapatrimonial nuestro Código Civil se refiere al daño moral y al daño a la persona, (...)

Evidentemente, ambas categorías del daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual (...).³⁶

- 4.4.1.11. Finalmente, corresponde desarrollar brevemente el último elemento de la responsabilidad civil, denominada Factor de imputabilidad o de atribución de responsabilidad, **(dolo y culpa - y la responsabilidad objetiva)**, para lo cual debemos remitirnos a Lizardo Taboada Córdova, quien al respecto señala:

"El mejor camino para comprender la temática de los factores de atribución, nos parece indicar en primer lugar que hay dos sistemas de responsabilidad civil (...): el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos contruidos sobre diferentes factores de atribución (...). En el sistema subjetivo de responsabilidad civil se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción del riesgo, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución subjetivo"³⁷.

- 4.4.1.12 En el presente caso, el 1343º del Código Civil nos releva de la necesidad que tener que probar el daño y el nexo de causalidad entre la conducta infractora y sus consecuencias jurídicas, siendo necesario acreditar la conducta antijurídica del señor Milanovitch; la cual resulta del incumplimiento total de una obligación, que

parte de la resolución unilateral del MOU, cuyos alcances y fuerza vinculante conforme a las disposiciones legales antes citadas, no podían ser desconocidos en forma arbitraria por este último, así como del factor de atribución de la responsabilidad (**la actuación dolosa del señor Milanovitch³⁸**), el cual también se encuentra plenamente acreditada, pues conforme a lo pactado expresamente en el MOU, las partes en caso se produjeran observaciones o discrepancias respecto de los alcances del Due Diligence, contaban con un plazo determinado para sentarse a negociar y solucionar las diferencias encontradas. Acto seguido, superado dicho impase, correspondía que las mismas procedan con la celebración del contrato definitivo.

4.4.1.13 El artículo 1362º del Código Civil, establece que los contratos deben de negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Al respecto Arias - Shreiber sostiene que *"debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención tiene que existir no solo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de negociación y tratativa"*.

4.4.1.14 Sin embargo, de acuerdo a los alcances de los correos electrónicos de fechas 27 y 30 de julio del 2007; cuyo valor probatorio es incuestionable, el señor Milanovitch, sin precisar de manera detallada cuales eran los puntos del Due Diligence sobre los cuales no estaba de acuerdo o existía discrepancia, sin respetar el plazo de (5) cinco días hábiles acordado por las partes para la revisión y discusión de sus alcances, y pero aun, **sin haber revisado aun los alcances del informe de Due Diligence**, ya había decidido dar por concluidas las negociaciones, resolviendo el MOU y negándose a suscribir el contrato definitivo, no obstante que mi representada manifestó su

voluntad de no acoger ninguna de las contingencias anotadas en el mencionado informe.

4.4.1.15 Por tanto, de esta manera queda probada la ***mala fe*** con la cual el señor Milanovitch actuó durante las negociaciones, toda vez que a través de estas comunicaciones se acredita que este último antes de recibir y estudiar las conclusiones del informe de Due Diligence, por consideraciones totalmente ajenas a las mencionadas en su comunicación de fecha **30 de julio de 2007**, ya había tomado la decisión de no seguir adelante con el proceso de negociación para la venta de sus empresas y se encontraba evaluando una estrategia legal que no lo obligara a cumplir con el pago de la penalidad convenida.

4.4.2 Respecto del valor probatorio de los correos electrónicos, y como a través de ellos hemos acreditado la mala fe con la cual han venido actuando de los vendedores.

4.4.2.1. El artículo 188° del Código Procesal Civil, establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, clasificándolos en dos categorías: típicos y atípicos.

4.4.2.2. Al respecto, el artículo 192° del Código Procesal Civil, establece que constituyen medios probatorios típicos:

- La declaración de parte;
- La declaración de testigos;
- Los documentos;
- La pericia; y
- La inspección judicial.

1.2.1.1 Asimismo, el artículo 193° del Código Procesal Civil, señala que los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el

000116

Artículo 192° y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los cuales deberán ser actuados y apreciados por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga.

- 4.4.2.4 En ese sentido, dentro de la categoría de los medios probatorios típicos, tenemos a los documentos, los cuales por definición del artículo 234° del Código Procesal Civil, están constituidos por *"los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, **microformas³⁹ tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado**"*.
- 4.4.2.5 Para Couture ⁴⁰, el documento es un instrumento, objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna alguna cosa apta para esclarecer un hecho o dejar constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos. Esta definición refleja los aspectos que más trascendencia han tenido hasta este momento, porque por un lado conceptualiza al documento como un objeto y esta corporeidad la distingue de la prueba testimonial, por otro lado al decir "normalmente escrito", se refiere al hecho, de que la gran mayoría, por no decir casi en su totalidad de los documentos actualmente son escritos, los mismos que con el

transcurso del tiempo consideramos irán cambiando al soporte electrónico. Para Carnelutti⁴¹, el documento "es una cosa u objeto que mediante la intervención de la actividad del hombre, es capaz de representar un hecho".

- 4.4.2.6 Señor Presidente, de acuerdo a la modificación introducida por Ley N° 26612⁴² del año de 1996, la acepción de la palabra documento contemplada en nuestro Código Procesal Civil, ha sido ampliada al incluir al documento electrónico dentro de la categoría general de documentos, ello al precisar dentro de esta categoría a los escritos contenidos en "microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general".
- 4.4.2.7 En ese sentido, dado que las comunicaciones electrónicas que acompañamos a la presente demanda, contienen manifestaciones de voluntad contenidas en un soporte electrónico, cuya identificación del remitente e inalterabilidad de su contenido se encuentran plenamente garantizadas y certificadas por el señor Notario Publico de Lima Dr. Renzo Alberti Sierra, no existe ningún impedimento de orden legal para que los mismos sean admitidos en calidad de medios probatorios a la presente demanda y valorados en su debida oportunidad por los miembros del Tribunal bajo un criterio de sana critica

Como podrá advertir señor Presidente, en el presente caso se cumplen todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que se configure la obligación del señor Milanovitch y/o Dexim, en cancelar la penalidad a favor de NOVA PERU., solicitamos a vuestro Tribunal, se sirva declarar fundada en todos sus extremos nuestra pretensión principal

1. En cuanto nuestra primera pretensión-accesoria, el Código Civil establece que los intereses constituyen los frutos civiles que puede producir cualquier bien o prestación; por lo que se aplican a toda clase de deudas conforme a lo prescrito en el último párrafo del artículo 891^o43 del Código Civil.
2. Al respecto Fernández Fernández⁴⁴, señala que existen dos consecuencias importantes que se producen en la deuda de intereses:
 - *"La deuda por intereses constituye una obligación accesoria respecto de la obligación principal de restitución o entrega del capital y participa de las características generales de las obligaciones accesorias,*
 - *El interés es considerado como fruto o producto de capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles. De aquí que, aun cuando la misma persona que haya de ser el acreedor principal, no haya inconveniente que se produzca una diversificación de dicha titularidad, en todos aquellos casos en que el titular del derecho de disfrute del capital sea persona distinta"*
3. En ese sentido, nuestro Código Civil en función de la finalidad de los intereses, los clasifica en moratorio y compensatorio:

"Artículo 1242.- Interés compensatorio y moratorio



El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuánto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”.

4. Conforme a lo expuesto en los párrafos antecedentes, el señor Milanovitch al haber resuelto el MOU a nombre propio y representación de Dexim, se encuentra obligado no solo al pago de la penalidad convenida en dicho instrumento, sino también al pago de los intereses generados a partir de la fecha en que comunicó su decisión de no suscribir el contrato definitivo, los cuales por imperio del artículo 1246º ⁴⁵ del Código Civil, constituyen una obligación accesoria respecto de la obligación principal.
5. En ese sentido, si bien las partes no hemos pactado el pago de intereses en la obligación contenida en la cláusula penal, por disposición expresa de la norma antes mencionada, el pago de los mismos constituye una obligación legal del deudor, y, consecuentemente un derecho de NOVA PERU en su condición de acreedor.
6. Por tanto, habiendo el deudor incurrido en mora, solicitamos al Tribunal se ordene a los co-demandados que solidariamente cumplan con pagarnos los intereses legales generados desde el 30 de julio de 2007, fecha desde la cual devino en exigible el cumplimiento de su obligación de suscribir el contrato definitivo

IV SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA

1. En lo referente a nuestra segunda pretensión accesoria, si bien el reembolso de las costas y costos que se produzcan en el proceso no

precisa ser reclamado en forma expresa por considerarse tácitamente integrado al petitorio de la demanda, de igual forma y de modo expreso, solicitamos al Tribunal que de conformidad con lo establecido en el artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, concordado con el artículo 53º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana, ordene a los co-demandados que cumplan solidariamente con el pago de las costas y costos del presente proceso.

V. **CONCLUSIONES**

En atención de las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, se concluye lo siguiente:

- 5.1 Que, el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto, Dexim S.R.L (debidamente representada por el señor Milanovitch), y NOVA PERU, celebraron un compromiso de contratar (MOU), **mediante el cual se vincularon a celebrar un contrato definitivo** para la adquisición del 100% de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim S.R.L.
- 5.2 Que, de acuerdo a lo contemplado en dicho instrumento, las partes pactaron expresamente que en caso cualquiera de ellas decidiera resolver unilateralmente el MOU, la infractora se encontraría obligada de cancelar a la otra una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000.00, la misma que únicamente no era exigible solo en dos supuestos: i) **que no se hayan puesto de acuerdo en los alcances del MOU** o ii) **que no se hayan puesto de acuerdo en los resultados del procedimiento de fiscalización.**
- 5.3 Que, los demandados mediante comunicación electrónica de fecha 30 de julio de 2007, comunicaron su decisión de resolver el MOU, por no encontrarse de acuerdo con las conclusiones del Informe de Due Diligence, sin haber observado y respetado el procedimiento establecido en el punto 1 del Capítulo III del MOU, en el cual se

acordó que las partes contaban con un plazo de (05) cinco días hábiles contados desde la fecha de notificación del mencionado informe, para conciliar y ponerse de acuerdo respecto de las contingencias anotadas en el mismo.

- 5.4 Que, en respuesta a la comunicación de fecha 30 de julio antes mencionada, NOVA PERU mediante carta notarial de fecha 02 de agosto del año 2007, NOVA PERU decidió **NO ACOGER** ninguna de las observaciones anotadas, **con lo cual no existía ninguna razón de orden legal o contractual que facultara al señor Milanovitch a incumplir con los alcances del MOU.**
- 5.5 Por tanto, que absolutamente claro que la cláusula penal pactada en el MOU, es una **cláusula penal de naturaleza indemnizatoria**, toda vez que mediante su ejecución, lo que buscaron las partes es indemnizar a NOVA PERU por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de la resolución incausada del MOU.
- 5.6 En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1341º del Código Civil, para solicitar la ejecución de la cláusula penal no se requiere acreditar la existencia del daño (ni el nexo causal), tan solo la conducta antijurídica del deudor y los factores de atribución de la responsabilidad civil.
- 5.7 Que, en el presente caso ambos elementos se encuentra debidamente acreditados, el primero de ellos (conducta antijurídica del deudor) mediante el incumplimiento total de una obligación, que parte de la resolución unilateral del MOU, cuyos alcances y fuerza vinculante, no podían ser desconocidos en forma arbitraria por este último, y el segundo de ellos (factor de atribución de la responsabilidad) mediante la actuación dolosa de este último corroborada por los correos electrónicos antes mencionados, mediante los cuales se acredita que antes de haber tenido

conocimiento de los alcances del MOU, el señor Milanovitch, ya había toma la decisión anticipada de resolver el mencionado instrumento.

VI. MEDIOS PROBATORIOS

Que, adjuntamos en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 213º del Código Procesal Civil, ofrecemos la Declaración de Parte que deberá efectuar el codemandado Carlos Hernán Milanovitch Nieto su condición de titular de 956,384 participaciones de Dexim y titular de 250 participaciones de Consorcio Dexim conforme al pliego interrogatorio que en sobre cerrado se acompaña a la presente demanda. (31)
2. De conformidad con lo establecido en el artículo 213º del Código Procesal Civil, ofrecemos la Declaración de Parte que deberá efectuar el codemandado Carlos Hernán Milanovitch Nieto su condición de Gerente General de Dexim SRL conforme al pliego interrogatorio que en sobre cerrado se acompaña a la presente demanda. (12)
3. Copia Legalizada notarialmente del Memorandum de Entendimiento Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L., suscrito por las partes con fecha 12 de julio de 2007. Mediante el presente documento se logra acreditar que:
 - i) Las partes celebramos un contrato preparatorio (Compromiso de Contratar), con la finalidad de formalizar un contrato definitivo mediante el cual NOVA PERU adquiriría el 100% de las participaciones de Dexim y Corporación Dexim,
 - ii) Que, de conformidad con lo establecido en el punto 1 y 2 del acápite III acordamos que concluido el informe del Due

0001

Diligence, teníamos un plazo de cinco días para conciliar y ponernos de acuerdo respecto de las contingencias anotadas, luego del cual se obligaban a suscribir el contrato definitivo.

- iii) Que, en caso cualquiera de las partes diera por concluido en forma unilateral el MOU, luego de conciliadas las contingencias anotadas en el Informe de Due Diligence, la parte que resolviera el MOU se encontraría obligada al pago de una penalidad de US\$ 500,000,

4. Acta Notarial de fecha 03 de diciembre de 2007, mediante la cual se da fe:

- i) De la existencia y del contenido del correo electrónico de fecha 27 de julio de 2007 enviado por el señor Juan Carlos Basurco al Dr. Gonzalo de las Casas, mediante la cual el primero envía al Dr. De las Casas, la carta poder otorgada por el señor Milanovitch para que participe en las negociaciones del MOU, en el cual obran adjuntas las comunicaciones cursadas entre ambos en días anteriores. Mediante dicha comunicación electrónica, logramos acreditar que el señor Milanovitch, antes de tomar conocimiento de los alcances del informe de Due Diligence enviado por nuestros asesores legales, ya había tomado la decisión anticipada de resolver el mismo y de evitar el pago de la penalidad pactada, con lo cual queda en evidencia la actitud dolosa y la mala fe con la cual participó de las negociaciones del MOU.
- ii) De la existencia y contenido del correo electrónico de fecha 30 de julio de 2007 enviado por el señor Víctor Tarigo al Alejandro Parodi con copia al Dr. Gonzalo de las Casas, por intermedio del cual el señor Parodi reenvía al Dr. De las

Casas la comunicación electrónica de la misma fecha cursada por el señor Milánovitch al primero, mediante el cual se acredita la resolución unilateral y arbitraria del MOU por parte del señor Milánovitch.

3.- Copia Legalizada Notarialmente de nuestra carta notarial de fecha 02 de agosto de 2007. Mediante el presente documento logramos acreditar:

- i) Que NOVA PERU decidió no acoger ninguna de las contingencias establecidas en el Informe de Due Diligence preparado por nuestros asesores legales externos
- ii) Que, las contingencias anotadas por el señor Milanovitch en el mencionado informe, quedaron conciliadas y superadas, por lo que no existía ninguna razón de orden legal o contractual para que este último resolviera unilateralmente el MOU y se negara a suscribir el contrato definitivo.

POR TANTO:

A usted señor Presidente, solicitamos se sirva admitir a trámite la presente demanda, la cual deberá ser declarada **FUNDADA** en todos extremos, en su debida oportunidad.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos en calidad de anexo con la presente demanda los siguientes documentos:

Anexo 1-A: Copia del RUC de nuestra empresa.

Anexo 1-B: Copia del DNI de nuestro representante legal, señor Alejandro Manuel Parodi de Albertis

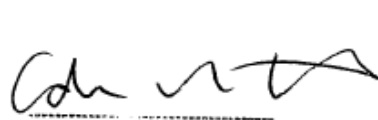
- Anexo 1-C:** Copia del Poder en donde obran las facultades de nuestro representante legal, cuyo original obra en nuestra solicitud de petición arbitral.
- Anexo 1-D:** Copia Legalizada notarialmente del Memorandum de Entendimiento Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L., suscrito por las partes con fecha 12 de julio de 2007.
- Anexo 1-E:** Copia Legalizada del Acta Notarial de fecha 03 de diciembre de 2007.
- Anexo 1-F:** Copia Legalizada de la Carta Poder de Juan Carlos Basurco.
- Anexo 1-G:** Copia Legalizada Notarialmente de nuestra carta notarial de fecha 02 de agosto de 2007.
- Anexo 1-H:** Pliego interrogatorio que deberá absolver el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto.
- Anexo 1-I:** Pliego interrogatorio que deberá absolver el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto en su condición de Gerente General de Dexim S.R.L.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con el artículo 80° del Código Procesal Civil, delegamos a los abogados que autorizan el presente escrito las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74° del Código acotado, para lo cual señalamos nuestro domicilio procesal, el mismo que está indicado en la introducción del presente escrito; y declaramos estar instruidos de la delegación que otorgamos y sus alcances.

TERCERO OTROSÍ DECIMOS: Que, a los señores Martin Chocano Tabja, identificado con DNI N° 41686357, Carlos Alberto Rosadio Guzmán, identificado con DNI N° 15647738, Víctor Manuel Sánchez Farfán, identificado con DNI N° 06233140, a fin de que puedan recoger documentos, leer el expediente, así como cualquier acto necesario para la tramitación del presente proceso.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 9º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana, acompañamos a la presente demanda copias suficientes de la misma para su respectiva notificación a todas las partes.

Lima, 26 de noviembre de 2007



ADRIAN M. SIMONS PINO
ABOGADO
REG. C.A.L. N° 21216



Alejandro Manuel Parodi De Albertis
Gerente General
NOVAPERU S.A.C.



Ricardo Jesús Carrillo Garrath
ABOGADO
CAL. 39900



RODRIGO URRUTIA MACCHIAVELLO
ABOGADO
CAL. 44698

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

CARLOS MILANOVITCH NIETO con Carné de Extranjería N° 107126 con domicilio real en Calle Richard Cushing 197, Urbanización Club Grau, Provincia y Departamento de Piura, señalando domicilio procesal en Juan del Carpio N° 195, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima; ante usted con el debido respeto me presento y digo:

I. PETITORIO

Que, habiendo sido notificado con la demanda de NOVA PERU S.A.C. en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral llevada a cabo con fecha 25 de febrero de 2008, dentro del plazo de ley y conforme lo establece la Resolución N° 01, de fecha 25 de febrero de 2008 y el artículo 16 del Reglamento Procesal de Arbitraje, procedemos a contestarla en los términos y condiciones que desarrollamos a continuación y solicitamos lo siguiente:

- 1.1. Que se declare Infundada la demanda por no haberse activado la cláusula penal pactada en el Memorandum de Entendimiento para la Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Dexim S.R.L. (en adelante el MOU)
- 1.2. Que se condene a la empresa NOVA PERU S.A.C., los costos y costas del presente proceso arbitral.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBE DESISTIMARSE LA DEMANDA:

La controversia que suscita el presente proceso arbitral, esta principalmente referida a si resulta aplicable la penalidad contemplada en el MOU, suscrito por las partes.

El documento denominado MOU, fue suscrito por las partes, con el objetivo de fijar los términos y condiciones mediante el cual se realizaría la futura operación definitiva para la adquisición de mis participaciones en las empresas Dexim S.R.L. (en adelante DEXIM) y Consorcio Dexim S.R.L. (en adelante CONSORCIO DEXIM).

Para dilucidar, la controversia, es necesario que el Tribunal Arbitral interprete los alcances de la cláusula penal, la analice sistemáticamente con los demás términos y condiciones del MOU y conforme a los hechos acaecidos, determine si resulta de aplicación la penalidad contemplada en el MOU.

Nuestra posición es que no resulta de aplicación la penalidad contemplada en el MOU, pues mi decisión de alejarme de las negociaciones por las discrepancias surgidas en la identificación de contingencias en el Informe de Due Diligence, constituye un supuesto de exclusión de la aplicación de la penalidad, expresamente contemplado en el MOU. Tal como pasaremos a demostrar:

¿QUE ES LO QUE ESTABLECE EL MOU RESPECTO A LA CLAUSULA PENAL?

- a. Las partes, en el numeral 2 (denominado Terminación y Penalidad) del acápite IV (denominado Disposiciones Misceláneas) acordaron los

supuestos en lo que procede la aplicación de la penalidad, el monto de la penalidad y los supuestos de exclusión en lo que no se activaría la aplicación de la penalidad. Así el tenor del referido numeral precisa lo siguiente:

“Terminación y
Penalidad

En caso: (i) cualquiera de las partes diera por terminado el presente MOU; (ii) los Participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence; (iii) los Participacionistas no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el Contrato Definitivo; la parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000(Quinientos mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La penalidad antes indicada no será exigible para las partes en caso de no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence o de los resultados del Procedimiento de Fiscalización”. (el énfasis y subrayado son míos)

- b. Como puede advertirse de lo acordado y declarado por las partes en el numeral antes citado, existen dos supuestos taxativa y expresamente contemplados, en cuyos casos, no se activa la aplicación de la penalidad para las partes. Estos están clara y expresamente determinados y son: **nr**

1. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence.
 2. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Procedimiento de Fiscalización
- c. Los supuestos de exclusión de la penalidad, a la que nos hemos referido, deben ser debidamente concordados, con lo establecido en el numeral 1 (denominado Due Diligence) del acápite III (denominado Adquisición de Dexim y de Consorcio Dexim), el mismo que señala:

“Due Diligence: El Comprador tendrá derecho a continuar y concluir el proceso de debida diligencia (en adelante, el Due Diligence) que viene realizando a nivel contable- financiero y legal sobre Dexim y Consorcio Dexim, el mismo que se extenderá por el plazo necesario para la revisión de la información requerida en relación a la as empresas.

A la conclusión el Due Diligence, el comprador informará por escrito de dicha situación a el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto que para tales efectos tendrá la condición de representante de los Participacionistas.

Las partes se pondrán de acuerdo respecto a las contingencias (incluyendo el concepto y monto) que

- b. El caso es que efectivamente luego de recibido el Informe de Due Diligence, no estuve conforme con las contingencias identificadas en el mismo, específicamente las de índole laboral, tributaria y contable, pues éstas contingencias halladas por los asesores externos de NOVA PERU, no tenían sustento ni fáctico, ni técnico alguno y no respondían a la realidad de mi empresa; sino a simples suposiciones fácticas derivadas de observaciones "a priori" realizadas por el equipo de profesionales que realizaron las labores de Due Diligence
- c. Por ello, con fecha 30 de julio de 2007, luego de tres días de recibido el Informe de Due Diligence, mediante Carta Notarial dirigida a NOVA PERU, procedí a comunicar mi negativa a continuar con las negociaciones para la adquisición de mis participaciones en DEXIM y CONSORCIO DEXIM. En la mencionada comunicación refiero textualmente lo siguiente:

“Debo manifestarles que **el contenido de este Due Diligence afecta seriamente mis intereses** en la negociación que hemos venido llevado adelante. **A partir de las innumerables suposiciones este estudio crea diversas contingencias que hoy no existen.** Por otra parte, las manifestaciones de tus jefes en el sentido que mis empresas no son lo que yo en un principio les ofrecí hacen inviable continuar negociando la venta de ellas.”

- d. No habiendo arribado a acuerdo sobre las contingencias identificadas en el Informe de Due Diligence, no es de aplicación la penalidad contemplada en el MOU, ya que este hecho constituye una de las causales expresamente contempladas para que no se active la aplicación de la penalidad.
- e. Ahora bien, señores árbitros, tres son los principales argumentos que sustentan la demanda y la supuesta aplicación de la cláusula penal

hayan sido identificadas por el comprador, **por un plazo máximo de 5 días hábiles , contando desde de la notificación de la conclusión del Due Diligence.** De ser necesario el plazo respecto de cualquier contingencia no acordada podrá ser extendido de mutuo acuerdo, sin que ello importe prorroga del plazo para la celebración del Contrato Definitivo. (el énfasis y subrayado son míos)

- d. Para efectos, de la controversia discutida en el presente proceso arbitral, es importante precisar que **AMBAS partes no logran ponerse de acuerdo respecto a las contingencias que hayan sido identificadas en el Due Diligence, dentro del plazo establecido en el numeral 1 del acápite III, no será de aplicación la penalidad** considerada en el numeral 2 del acápite IV. Para ello es importante dilucidar como ocurrieron los hechos y analizar si es que estamos dentro de uno de los supuestos de exclusión de la aplicación de la penalidad.

¿ES APLICABLE LA CLAUSULA PENAL AL SR. CARLOS MILANOVITCH?

- a. Señores miembros del Tribunal Arbitral, no es necesario realizar una compleja actividad interpretativa para advertir que la cláusula penal NO ME RESULTA APLICABLE. En efecto, señores árbitros, una de los supuestos específicos para que no se active la aplicación de la cláusula penal contemplada, es el referido **a la no existencia de un acuerdo respecto a las discrepancias que surjan del Informe de Due Diligence, que realizarían los asesores externos de NOVA PERU.**

contenida en el MOU a mi persona y a DEXIM: (i) que mi persona habría adoptado la decisión de no continuar con las negociaciones, sin respetar el plazo contemplado en el numeral 1, del acápite III del MOU, para solucionar las discrepancias sobre las contingencias halladas en el Informe de Due Diligence y (ii) que mi persona habría actuado de mala fe al haber tomado la decisión definitiva de no continuar con las negociaciones sin tener siquiera conocimiento del Informe de Due Diligence y (iii) que mi persona se habría negado injustificadamente a suscribir el Contrato Definitivo. Analicemos cada uno de ellos:

Respecto a que no habría respetado el plazo pactado en el MOU, para dar solución a la controversia generada por las contingencias identificadas en el Informe de Due Diligence:

- a. La parte demandante comete un grave error de interpretación en este aspecto. Pues tal como se puede apreciar en el numeral 1, del acápite III del MOU, el plazo acordado por las partes para ponerse de acuerdo respecto a las contingencias identificadas en el Informe de Due Diligence, **es un plazo máximo y no un plazo mínimo como pretende hacer creer la demandante.**
- b. En efecto, el plazo al que nos referimos es un plazo máximo, es decir, las partes podíamos negociar las discrepancias de las contingencias del Informe del Due Diligence hasta por un máximo de cinco días. Sin embargo; esto en modo alguno significa que exista la obligación de negociar como mínimo por un plazo de cinco días, o durante un plazo fijo de cinco días. El plazo contemplado es un plazo máximo y no uno mínimo.
- c. Obligar a cualquiera de las partes a negociar durante cinco días, implicaría desconocer el tipo y la naturaleza del plazo pactado y conllevaría a atentar contra lo expresa acordado y declarado por la

partes en el MOU. En efecto, es pertinente precisar que de conformidad con el artículo 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y su contenido tiene fuerza vinculante para las mismas. En ese mismo sentido, el artículo 168 del Código Civil estipula que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe.

- d. Ahora bien, la claridad del texto del numeral 1 del acápite III, no deja lugar a dudas, las partes acordamos expresamente que dicho plazo sería un plazo máximo de cinco días, y nos facultamos para negociar las discrepancias que se derivaran del Due Diligence en dicho lapso de tiempo. En ningún momento, la intención nuestra fue que se negociarían las discrepancias durante un mínimo de cinco días
- e. Por tanto, estando a que nuestra comunicación notarial de fecha 30 de Julio de 2007, en la que expresamos que por no estar conformes con las contingencias halladas en el Informe de Due Diligence, fue remitida dentro del plazo de cinco días contemplada en el MOU, no existe incumplimiento alguno a los términos y condiciones del mismo, lo que consecuentemente lleva a que sea de aplicación la cláusula penal contenida en el MOU.

Respecto a mi supuesto desconocimiento del Informe de Due Diligence y a mi supuesta mala fe:

- a. Lo primero que queremos denunciar en este punto, es el proceder anti-ético, ilegal y contrario a la buena fe de los "asesores externos" de NOVA PERU. En efecto haciendo uso ilegal e indebido de mis comunicaciones electrónicas remitidas al Dr. Juan Carlos Basurco, pretender hacer creer al Tribunal Arbitral que mi decisión de no continuar con las negociaciones para la compra venta de mis participaciones en

DEXIM y CONSORCIO DEXIM, fue adoptada de manera arbitraria y de mala fe previamente al conocimiento y evaluación del Informe de Due Diligence.

- b. Con una temeraria ligereza, la empresa demandante afirma de manera categórica que mi persona *"había tomado la decisión definitiva de dar por concluida las negociaciones sin haber revisado aun los alcances del informe de Due Diligence"* (numeral 3.2.2.4 del escrito de demanda)
- c. Dicha afirmación es completamente falsa, **no es cierto que mi persona haya adoptado una decisión definitiva de no continuar con las negociaciones de manera anticipada a la recepción del Informe de Due Diligence.** Tal como pueden apreciar de los propios correos electrónicos presentados por la demandada, los asesores externos de NOVA PERU (Rebaza, Alcazar & De Las Casas Abogados) remitieron el Informe de Due Diligence con fecha 26 de Julio de 2007, a horas 10:26 p.m.
- d. Y el correo electrónico, mediante el cual ellos pretenden acreditar mi supuesta mala fe y mi desconocimiento del Informe de Due Diligence, es uno que remití al Dr. Juan Carlos Basurco con fecha 26 de julio de 2007 a horas 11:58 p.m., luego de haber conversado y discutido con él los alcances del referido Informe.
- e. Pero lo que es peor, señores miembros del Tribunal Arbitral, omiten informar que el documento del Informe de Due Diligence, que enviaron los asesores externos: Rebaza, Alcazar & De Las Casas Abogados, con fecha 26 de julio es la versión definitiva de dicho informe, pues el mismo había sido discutida en diferentes oportunidades con los asesores.

- f. En efecto, con anterioridad al envío del correo electrónico que nos remite el Informe Final de Due Diligence, se discutieron en forma preliminar los principales aspectos preliminares en los que ya había constancia de nuestra discrepancia. Por lo que afirmar temerariamente que no conocía del contenido del Due Diligence es una conducta poco ética y profesional.
- g. En conclusión, es completamente falso que las comunicaciones que remití al Dr. Juan Carlos Basurco para evaluar la posibilidad de alejarnos de las negociaciones, se hayan remitido con anterioridad a la recepción del Informe de Due Diligence, enviado por los asesores externos de la empresa demandante.
- h. Por otro lado, además del uso ilegal indebido que hace la demandante de mis comunicaciones electrónicas, caen en el exceso de realizar una lectura tendenciosa y mal intencionado de las mismas.
- i. Mi proceder con el envío de dichas comunicaciones, es conforme y usual con el proceder que efectúa cualquier hombre de negocios, lego en aspectos legales, antes de adoptar una decisión con importantes consecuencias legales, pedirle el consejo y opinión a mi asesor y representante legal sobre la viabilidad de mi comportamiento en un determinado sentido. Finalmente, sería él, quién evaluando los alcances y condiciones del MOU, y con el conocimiento propio de su profesión y su experiencia, me proporcionaría una opinión sustentada sobre la posibilidad y viabilidad de tomar una posición al respecto.
- j. Hasta ese momento, no existía ninguna decisión definitiva al respecto, sino que me encontraba evaluando si dentro de los términos y alcances del MOU existía la posibilidad de salir de las negociaciones.

- k. En efecto, el contenido mismo de las comunicaciones electrónicas permite apreciar que aún no existía una decisión definitiva sino que por el contrario me encontraba indagando, si es que al no estar de acuerdo con los términos del Informe de Due Diligence, era posible salir de las negociaciones sin activar la cláusula penal. Veamos:

“Te agradeceré **ver la forma más conveniente** para dar por concluida esta negociación sin que nos veamos afectado por la penalidad

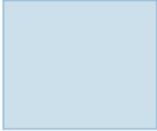
Si existe la causal de no estar de acuerdo con los resultados como lo indica el Memorandum de Entendimiento”

- l. La redacción del correo electrónico permite apreciar, que no existe una decisión definitiva al respecto, **no se está comunicando una decisión definitiva y mucho menos se están dando las indicaciones para implementar la referida decisión.** Por el contrario, la redacción permite apreciar que, mi intención era evaluar la forma más conveniente de salir de las negociaciones, si es que existía esa posibilidad. En ese sentido, el segundo párrafo del correo electrónico es más revelador, pues se advierte que estoy preguntando al Dr. Juan Carlos Basurco, si existe la causal de no estar de acuerdo con los resultados del Due Diligence para terminar las negociaciones.

- m. La comunicación que me remití el Dr. Juan Carlos Basurco, confirma y ratifica mi explicación, de que aun no existía ninguna decisión definitiva sobre la ruptura de las negociaciones.

“Déjame analizar es te fin de semana la mejor manera legal para no activar la cláusula de penalidad “

- n. Como podrán advertir, en dicha comunicación no se habla de justificar una decisión definitiva adoptada por el señor Milanovitch, ni mucho



menos de comenzar a implementar documentos para comunicar la decisión definitiva de romper las negociaciones. Por el contrario se deja en claro que se efectuará un análisis sobre la viabilidad o no de la decisión que se pretende adoptar.

Respecto a mi supuesta negativa injustificada a suscribir el contrato definitivo:

- a. La afirmación realizada por la demandante, de que me he negado injustificadamente a suscribir el contrato definitivo, es completamente falsa y no tiene sustento alguno conforme los términos y condiciones pactados en el MOU.
- b. Mi decisión de no continuar con las negociaciones responde, a mi discrepancia con los resultados del Informe de Due Diligence. En efecto, para mi persona fue completamente indignante que en el referido informe se contemplaran diversas contingencias que en modo alguno reflejaban la situación real de mi empresa.
- c. Las contingencias halladas en el Informe de Due Diligence, obviamente conllevarían a que la empresa demandante NOVA PERU, buscará una reducción en el precio final de compra, lo cual resultaba para mi completamente inaceptable. En efecto conforme lo establece el numeral 4 del acápite III (denominado Adquisición Dexim Y Consorcio Dexim), las contingencias identificadas en el Informe de Due Diligence serían deducidas del Precio de Compra de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM. Así el referido numeral establece:

“4. Precio de compra: (...) Sin perjuicio de lo anterior, el Precio de Compra será pagado de la siguiente manera:
(...)”

4.2 US\$ 2,170.000.00 (Dos Millones
ciento setenta mil y 00/100 Dólares de
los Estados Unidos de América) se
pagarán conforme lo establecido en el
Contrato Escrow, **deduciendo los
ajustes correspondientes al Precio
de Compra por concepto de** (i) el
importe de las contingencias totales
acotadas por la Administración
Tributaria como resultado del
Procedimiento de Fiscalización
Tributaria que realice sobre Dexim y
Consortio Dexim; **(ii) el importe de las
contingencias laborales,
administrativas, y demás que sean
detectadas en el Due Diligence,
contable, financiero y legal
efectuado sobre Dexim y Consortio
Dexim (...)** (el énfasis y resaltado son
míos)

- d. Ese fue el hecho que motivo, que adoptara la decisión de no continuar con las negociaciones y decidiera no llevar a cabo la operación de compra venta de mis participaciones. Continuar en unas negociaciones en las que la contraparte busca o toda costa obtener el mayor beneficio posible, en un proceso donde sus asesores crean contingencias con la única finalidad de deducirlas del Precio Final de Compra, no tenía sentido. Por tanto, mi proceder no responde a una conducta arbitraria, ni injustificada; por el contrario es totalmente razonable y además responde a lo acordado en el propio MOU.

¿QUIEN ACTUO CON MALA FE EN LA PRESENTE NEGOCIACION?

Señores miembros del Tribunal Arbitral, no quiero dejar pasar la oportunidad para expresar lo siguiente:

- a. Si bien es cierto y conforme pueden apreciar de mis comunicaciones personales que remití al Dr. Juan Carlos Basurco, mi asesor y representante legal. No estuve completamente cómodo con la negociación que mantenía con NOVA PERU; sin embargo, tenía mi palabra comprometida y la obligación de continuar las negociaciones conforme los términos y condiciones del MOU. Me explicó:
- b. Cuando recibí la oferta para adquirir mis participaciones en DEXIM y CONSORCIO DEXIM, de parte de NOVA PERU, que es parte del importante grupo español: PESCA NOVA (empresa de grandes dimensiones dedicada al sector pesquero), sentí que era una interesante oportunidad de negocio, y estando a la seriedad de la empresa oferente no cuestioné el precio ofrecido, los ajustes y las negociaciones con respecto al mismo en realidad fueron mínimos.
- c. No obstante, consultando con especialistas en el sector, ingrata fue mi sorpresa cuando advertí que el precio ofrecido estaba muy por debajo del precio del mercado. En definitiva, creo que cualquier persona, no se sentiría cómoda en una negociación al enterarse de una noticia como la referida.
- d. Pero como ya señale, tenía mi palabra comprometida y un documento que me vinculaba por lo que estaba dispuesto a cumplir mi palabra y proceder a la venta de mis participaciones, obviamente con mucho pesar. Sin embargo, lo que realmente me lleno de indignación, fue que estando acordado un precio inferior al valor real de mis participaciones en las empresas DEXIM y CONSORCIO DEXIM; la contraparte buscará

una reducción del mismo, a través de la identificación de supuestas contingencias a través de sus asesores externos.

- e. Dichas contingencias como hemos explicado eran inexistentes. Esa fue la gota que derramó el vaso, el proceder de mala fe de los "asesores externos e independientes" que realizaron el Due Diligence que intentaron inventar determinadas contingencias con la única finalidad de lograr una reducción y ajuste en el precio final de compra.
- f. Es recién luego de recibido el Informe de Due Diligence, que comienzo a evaluar la posibilidad de terminar las negociaciones y para ello es que consultó con mi asesor legal en la transacción, la manera de hacerlo y es que el desacuerdo con el Due Diligence es causal para la exclusión de la penalidad.
- g. Señores miembros del Tribunal, **tan técnicas y bien sustentadas eran las contingencias de los "asesores externos e independientes" que realizaron el Due Diligence (y que curiosamente ahora patrocinan la controversia), que de manera súbita y sorpresiva NOVA PERU decidió NO CONSIDERAR las contingencias contenidas en el Informe.**
- h. En efecto, así lo señalaron en su comunicación de fecha 02 de agosto de 2007, la que textualmente refiere lo siguiente:

"(...)Al respecto cumplimos con señalar que las opiniones vertidas en el Informe corresponden a nuestros asesores legales Rebaza, Alcazar & De Las Casas Abogados, y no necesariamente a la de NOVA PERU.

Teniendo en cuenta lo expuesto, **por medio de la presente manifestamos nuestra posición de no considerar las contingencias contenidas en el Informe.**

Por lo tanto, damos por conciliada cualquier discrepancia entre las Partes respecto de las contingencias establecidas en dicho Informe (...)

- i. Si las contingencias hubiesen sido reales y con sustento técnico, no se explica el proceder súbito de la demandante de NO CONSIDERAR las mismas y pretender la continuación de las negociaciones. ¿Es esta, una conducta conforme a los criterios de buena fe? Mi opinión, que estoy seguro el Tribunal la compartirá, es que no.
- j. Sin embargo, esta suerte de allanamiento, y de no considerar las conclusiones del Informe de Due Diligence que elaboraron sus propios asesores externos no resulta procedente para continuar con las negociaciones, pues el mismo, no deriva de un acuerdo entre las partes. En efecto, el ponerse de acuerdo sobre las contingencias identificadas en el Due Diligence, y continuar con las negociaciones no puede ser producto de la decisión unilateral de una sola de las partes.
- k. Es más, señores miembros del Tribunal, luego de terminadas las negociaciones, NOVA PERU S.A.C a través de su asesor externo el Dr. Gonzalo De Las Casas, nos solicitó una reunión y nos informó que NOVA PERU adicionalmente a no considerar las contingencias que habían sido identificadas en el Informe de Due Diligence, estaban dispuestos a mejorar la oferta inicial del precio de compra de las participaciones, siempre y cuando se reanudaran las negociaciones.
- l. Todo lo señalado en los párrafos anteriores, permite apreciar quién negocio de manera desleal y contraria a la buena fe, cuidando única y exclusivamente sus intereses en desmedro del otro contratante.
- m. Por otro lado, tampoco quiero dejar pasar la oportunidad para precisar, que a pesar de estar en mi derecho y estar facultado para cuestionar e

impugnar la utilización ilegal e indebida de mis comunicaciones electrónicas, le he pedido a mi abogado que no las cuestione, y que sea el Tribunal quién determine su admisión y su valoración en el momento debido.

- n. Ello lo he pedido, con la plena convicción de haber actuado siempre dentro de la lealtad y honestidad propias de mi persona, y convencido que dichas comunicaciones, en modo alguno, demuestran que haya actuado con mala fe. Por el contrario, permiten apreciar el proceder de "los asesores externos e independientes" que efectuaron el Due Diligence, quienes con la finalidad de sustentar su posición hacen un uso ilegal e indebido de mis comunicaciones privadas cuyo único destinatario era el Dr. Juan Carlos Basurco.
- o. Habría que recordarles a dichos asesores, lo que ellos mismos colocan al terminar sus correos electrónicos, lo cual nuevamente demuestra incongruencia ética y profesional:

"Este correo incluyendo cualquier adjunto puede contener información privilegiada y confidencial **y es transmitido exclusivamente para el destinatario previsto. La revelación, uso, difusión, distribución, copia o retención del correo o de la información aquí contenida se encuentra estrictamente prohibida.** Si usted ha recibido esta información por error, por favor notifiquenos inmediatamente."

- p. No quiero ahondar en este punto, sin embargo, el hecho que hayamos dejado la decisión sobre la admisión y valoración de estos medios probatorios en manos del Tribunal Arbitral, no significa que no adoptemos las medidas legales pertinentes contra las personas que hayan hecho uso indebido de las mismas.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

1. Con la finalidad de acreditar los fundamentos expuestos, y de conformidad con el principio de adquisición de la prueba, nos adherimos el merito probatorio de los documentos presentados por la empresa demandante en su acápite VI, específicamente los detallados en los numerales 3, 4 y 5.

2. Adicionalmente ofrecemos el mérito probatorio de las siguientes declaraciones: (i) Declaración testimonial que deberá prestar el Dr. Gonzalo De Las Casas Salinas, conforme al Pliego Interrogatorio que adjuntamos al presente escrito. A quién deberá notificársele a la siguiente dirección: Av. Canaval y Moreyra N° 452, Piso 15, San Isidro y (ii) la declaración de parte del Sr. Alejandro Parodi De Albertis, conforme al Pliego Interrogatorio que adjuntamos al presente escrito. Los mismos que prestarán su declaración para acreditar los nuevos términos y condiciones que ofrecieron luego de terminadas las negociaciones.

POR TANTO:

AL TRIBUNAL PEDIMOS: Se sirva tener por contestada la demanda, y se sirva declararla Infundada en su debida oportunidad.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que en calidad de anexos del presente escrito, acompañamos los siguientes documentos:

1. Copia del R.U.C. de nuestra empresa. **(ANEXO 1-A)**
2. Documento de identidad de nuestro representante. **(ANEXO 1-B)**
3. Pliegos Interrogatorios conforme a los cuales se tomarán las declaraciones de los señores Gonzalo de las Casas Salinas y Alejandro Parodi De Albertis. **(ANEXO 1-C)**

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con el artículo 80° del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al presente proceso, **DELEGAMOS** nuestra representación en los letrados que autorizan el presente escrito Doctor Juan Carlos Basurco Reyes con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 25334, concediéndoles las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74° del Código Procesal Civil.

Para tal efecto, ratificamos nuestra dirección domiciliaria indicada en el principal del presente escrito, asimismo, declaramos estar instruidos de la delegación que otorgamos y de sus alcances.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, conforme lo estipula el artículo 9 del Reglamento del Centro de Arbitraje del Amcham, acompañamos copias suficientes para su respectiva notificación a las partes.

Lima, 10 de marzo de 2008



Carlos Milanovitch Nieto
Carné de Extranjería N° 107126



Juan Carlos Basurco Reyes
Reg. CAL 25334

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

DEXIM S.R.L., con RUC N° 20102881690, debidamente representada por Esther Martha García-Zapatero Muñoz, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 07962000 y Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 25634, señalando domicilio procesal en Calle Mariel N° 190, Departamento 101, Chacarilla del Estanque, Distrito de Santiago de Surco, Lima; ante usted con el debido respeto nos presentamos y decimos:

I. PETITORIO

Que, de conformidad con el artículo 39, debidamente concordado con el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, y no habiendo suscrito convenio arbitral alguno con la empresa **NOVA PERU S.A.C.**, solicitamos al Tribunal Arbitral declare lo siguiente:

- 1.1. Que, **DEXIM S.R.L.** (En adelante, **DEXIM**) no ha expresado voluntad alguna de someterse a arbitraje, por lo que no existe convenio arbitral entre **DEXIM y NOVA PERU S.A.C.**
- 1.2. Que no existiendo convenio arbitral entre **DEXIM y NOVA PERU S.A.C.**, se declare **INCOMPETENTE** respecto a nuestra parte.
- 1.3. Que no existiendo convenio arbitral entre **DEXIM y NOVA PERU S.A.C.** se declare nuestra exclusión del presente proceso arbitral.

II. EL PROBLEMA SOBRE LA COMPETENCIA QUE SE SUSCITA EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL:

Cómo habrá podido advertir el Tribunal Arbitral de nuestro petitorio, el problema que se presenta en el presente caso es uno referido al alcance subjetivo del convenio arbitral que ha dado origen al proceso arbitral.

En ese sentido, el presente escrito tiene por finalidad dilucidar la siguiente interrogante *¿a qué sujetos vincula el convenio arbitral contenido en el documento denominado Memorando de Entendimiento Adquisición de **DEXIM y Consorcio Pesca Nova?***; para que de esa manera se pueda determinar a quienes son vinculantes los efectos negativos y positivos propios del convenio arbitral.

De manera aún más precisa, señores miembros del Tribunal, se trata de determinar si el convenio arbitral comprendido en el Memorandum de Entendimiento de Adquisición de **Dexim S.R.L. y Consorcio Pesca Dexim S.R.L.** (en adelante, **MOU**) y sus respectivos efectos comprenden subjetivamente a la empresa **DEXIM**, a pesar que ésta persona jurídica no ha suscrito, ni expresado su voluntad para celebrar el referido convenio arbitral.

Así, el Tribunal Arbitral deberá analizar si del documento denominado **MOU**, y del convenio arbitral contenido en el mismo, se desprende de manera indubitable la voluntad de **DEXIM** de someter las controversias que se deriven de las relaciones jurídicas comprendidas en el **MOU** a un proceso de arbitraje o si por el contrario, no existe elemento alguno del cual pueda afirmarse categóricamente que existe tal manifestación de voluntad.

Para ello, el Tribunal Arbitral haciendo uso de las facultades que le otorga la ley, específicamente el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, deberá

analizar e interpretar el convenio arbitral, el documento que lo contiene y decidir acerca de su propia competencia respecto a DEXIM.

A fin de que el Tribunal, pueda apreciar claramente que DEXIM no ha suscrito convenio arbitral alguno con la empresa NOVA PERU S.A.C, expondremos los fundamentos que acreditan fehacientemente porque vuestro Tribunal debe declararse incompetente respecto a DEXIM, lo que pasamos a hacer a continuación:

III. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBE AMPARARSE NUESTRO PEDIDO

¿QUE ES UN CONVENIO ARBITRAL?:

- a. Antes de demostrar que los alcances del convenio arbitral suscrito entre el Sr. Carlos Milanovitch Nieto (en adelante el SR. MILANOVITCH) y la empresa NOVA PERU S.AC., no comprenden a DEXIM, y a efectos ilustrativos, explicaremos brevemente, qué entiende la doctrina por convenio arbitral y cuáles son sus principales requisitos para determinar su existencia y validez.

- b. Como se sabe, el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje. El convenio se configura como el elemento fundamental de la institución arbitral. ***"Sin convenio no hay arbitraje. Existiendo convenio se derivan los efectos propios del mismo: la eficacia positiva-obliga a las partes a someter la disputa al arbitraje- y la negativa – excluye la jurisdicción del conocimiento de las cuestiones sometidas a arbitraje. La libertad contractual de las partes de someter su disputa o controversia a arbitraje es el pilar fundamental de la institución arbitral"***¹.

- c. El profesor Bernardo Cremades² define al convenio arbitral como “el contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. El reconocido profesor español continúa explicando que siendo “el convenio arbitral verdadero contrato requiere, como es sabido **consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral**”.
- d. En el mismo sentido, Fernando Cantuarias³ explica que los elementos esenciales del convenio arbitral son sólo dos:
1. **El compromiso inequívoco y claro de que las partes desean someterse al arbitraje.**
 2. **La fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.**
- e. Como ya habrá podido advertir el Tribunal Arbitral, para que exista convenio arbitral, debe existir la voluntad de las partes que lo suscriben de someterse a arbitraje, **caso contrario no habrá convenio y por supuesto tampoco existirá obligación -para la parte que no ha expresado su voluntad- de someterse al proceso arbitral**, desconocer la voluntariedad del convenio y forzar a una persona a ser parte de un proceso arbitral, implicaría imponer la sumisión a arbitraje y violentar uno de los principios fundamentales del arbitraje: la autonomía de la voluntad de las partes.

¿EXISTE UNA MANIFESTACION DE VOLUNTAD DE PARTE DE DEXIM DE SOMETERSE A ARBITRAJE?:

- a. **DEXIM** es una empresa dedicada a la producción y a la comercialización de productos hidrobiológicos. Sus productos se exportan desde el Perú a distintos países del resto del mundo. Nuestra empresa, esta en constante crecimiento y se ha sido catalogada como la tercera empresa en volumen de ventas en nuestro país. Ello ha suscitado el interés de diversos grupos vinculados al sector para adquirir a **DEXIM**.
- b. En ese sentido, la empresa **NOVA PERU S.A.C**, inició negociaciones a título personal con los participacionistas de **DEXIM**, específicamente con el **SR. MILANOVITCH** para adquirir las participaciones que tienen los mismos en la empresa. Para ello, con fecha 12 de julio de 2007, suscribieron un documento denominado MOU, en el cual se establecieron los términos y condiciones para adquirir las participaciones de **DEXIM** y **CONSORCIO DEXIM**.
- b. Ahora bien, las partes que suscribieron el MOU, acordaron someter las controversias que se deriven del mismo a un proceso arbitral. Así en el convenio arbitral, contenido en el numeral 5 –denominado Ley Aplicable y Solución de Controversias- del acápite IV– denominado Disposiciones Misceláneas se precisó lo siguiente:

Ley Aplicable y

Solución de Controversias:

Este MOU se rige por las leyes de la República del Perú. En caso surja alguna discrepancia, las partes que suscriben este documento acuerdan resolverla mediante un arbitraje de derecho, de laudo inapelable, que se realizará en la ciudad de Lima y será

00024.

administrado ante la Cámara de Comercio Americana en el Perú - Amcham a cuyos estatutos y reglamentos éstas se someten. (el énfasis el subrayado son nuestros)

c. Como puede advertirse del texto expreso del convenio arbitral, quedarán vinculados con los efectos propios de éste, las partes que suscriban el MOU. Es el caso, que el documento denominado MOU, fue suscrito única y exclusivamente, por el Sr. MILANOVITCH (estrictamente a título personal) y por el Sr. Alejandro Manuel Parodi de Albertis en representación de la empresa Nova Perú SAC.

d. Al final del MOU, dónde obran las firmas de las partes que suscriben el mismo, no aparece consignado y tampoco se encuentra referencia alguna a las empresas DEXIM y Consorcio Pesca Dexim S.R.L. (en adelante CONSORCIO DEXIM) o a sus respectivos representantes; como si sucede en el caso de la empresa NOVA PERU S.A.C, respecto a la cual se precisa de manera expresa, que el Sr. Alejandro Manuel Parodi de Albertis actúa como representante de la misma.

Por tanto, el convenio arbitral solamente puede vincular al SR. MILANOVITCH y a NOVA PERU S.A.C que fueran las partes que suscribieron el MOU.

e. La no mención o referencia expresa a DEXIM y al CONSORCIO DEXIM al momento de la suscripción del MOU, se debe a que la firma y suscripción del MOU por parte del Sr. MILANOVITCH fue efectuada única y exclusivamente en su calidad de Participacionista, lo cual tiene sentido, puesto que el objeto de MOU era regular los términos, condiciones y alcances para la celebración del futuro contrato definitivo de compra venta de las participaciones que tenía el Sr. MILANOVITCH y la otra

o o o o ,

participacionista la Sra. Emilia Morán Euribe en las empresas DEXIM y CONSORCIO DEXIM.

- f. En efecto, según el numeral 2 -denominado Objeto del MOU- del acápite II -denominado Antecedentes y Objeto- del MOU, el MOU tendría por objeto lo siguiente:

"Objeto del MOU: Por medio de este MOU, el Comprador y los Participacionistas acuerdan los términos y condiciones por los que los Compradores adquirirán de los Participacionistas, la totalidad de las Participaciones Dexim y las Participaciones Consorcio Dexim."

- g. Es decir, en el MOU se precisa que son el Comprador y los Participacionistas quienes están determinando los términos y condiciones para la futura adquisición de las participaciones de las empresas DEXIM y CONSORCIO DEXIM.

- h. Por ello, es que los términos y condiciones del MOU, incluyendo el respectivo convenio arbitral -contenido en el mismo- los vincula única y exclusivamente a ellos. Ni DEXIM, ni CONSORCIO DEXIM han expresado voluntad alguna, a través de sus representantes orgánicos (Gerente General, Gerente Financiero o algún otro gerente) o de algún apoderado especial, de someterse a arbitraje.

Por tanto, no existiendo manifestación de voluntad alguna respecto a ello, no existe convenio arbitral que vincule a estas empresas con la empresa demandante NOVA PERU S.A.C.

- h. En este orden de ideas, son pertinentes las palabras del profesor Guillermo Lohman Luca de Tena⁴ cuando precisa que: "(...) *puede hablarse de inexistencia jurídica de convenio arbitral cuando no hay voluntad reconocible que conste por letras, o en general, signos gráficos admitidos de manera uniforme y objetiva en un lugar o tiempo determinados y que sean portadores de una idea más o menos unívoca.*"
- i. En conclusión, no existiendo manifestación de voluntad escrita por parte de DEXIM no puede haber convenio arbitral que la vincule y por tanto no tiene legitimación para actuar en el presente proceso arbitral.
- j. Ahora bien, la interpretación y explicación efectuada, no es una elucubración arbitraria y contraria a la buena fe, la cual pudiera efectuarse para supuestamente desconocer el convenio arbitral; sino por el contrario representa claramente lo que se precisó de manera expresa y textual en el propio MOU.
- k. Así en el numeral 6 –denominado Participacionistas- del acápite I– denominado: Definiciones del MOU, se precisa lo siguiente:
- "6. Participacionistas: (...) El Sr. Carlos Hernán Milanovitch Nieto suscribe el presente documento en representación de los participacionistas y se obliga a que la señora Emilia Morán Euriba suscriba el contrato definitivo." (el énfasis y subrayado son nuestros)
- l. Señores miembros del Tribunal, no es necesario efectuar una compleja labor interpretativa para advertir de manera clara y contundente que el Sr.

MILANOVITCH, suscribió el MOU en su calidad de participacionista y en representación de los participacionistas (es decir de la Sra. Emilia Morán Euribe). Pero en ningún momento, se le atribuyó en dicho documento, la representación de las empresas DEXIM y CONSORCIO DEXIM. Si ello hubiese sido así, se hubiera dejado expresa constancia de ello en el numeral al que nos hemos referido, o en algún otro del MOU.

- m. Todo lo referido hasta al momento, explica por qué al final del MOU el SR. MILANOVITCH suscribe el documento a título personal, y explica también porque no se deja constancia alguna de que el mismo esta supuestamente suscribiendo el documento por y en representación de las empresas DEXIM y CONSORCIO DEXIM.
- n. No entendemos, cuál es la razón o el motivo subyacente, por el cual NOVA PERU S.A.C. tiene interés en que DEXIM forme parte del presente proceso arbitral a pesar de NO haber expresado su voluntad en el MOU para que ello ocurra.
- o. Su comportamiento y proceder dirigido a incluir a DEXIM en el presente proceso arbitral, se basa en una interpretación arbitraria y antojadiza del convenio arbitral y de los términos y condiciones del MOU, siendo incluso contradictorio con su propio proceder en el proceso arbitral, pues la demanda que ha presentado NOVA PERU S.A.C., no ha sido dirigida contra la Sra. Emilia Morán Euribe que es la otra participacionista que se encontraba obligada de acuerdo a los términos y condiciones cuales se había suscrito el MOU⁵, ni contra CONSORCIO DEXIM que supuestamente también iba a ser objeto de compra.

¿CUALES SON LAS CONSECUENCIAS DE LA NO EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL ENTRE DEXIM Y NOVÁ PERU S.A.C.?

- a. Como es de su entero conocimiento, señores miembros del Tribunal, conforme lo establece el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje⁶) las discrepancias atinentes a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral las decide el propio órgano arbitral. Como regla general, el segundo párrafo del artículo 39, establece que estas discrepancias a las que hace referencia en el citado artículo **deben ser resueltas en el mismo arbitraje como cuestión previa, antes de proseguir con las actuaciones propias del proceso arbitral.** No obstante, como excepción el Tribunal podrá postergar la decisión hasta la emisión del laudo arbitral.
- b. Ahora bien, el análisis que efectúa el Tribunal Arbitral respecto a la existencia, validez y alcances del convenio arbitral para determinar su propia competencia son sumamente relevantes, puesto que un error en la interpretación de estos asuntos, conlleva necesariamente la anulación del laudo arbitral que emita el Tribunal al finalizar el proceso arbitral.
- c. El profesor Cremades⁷ expresa con una gran claridad esta idea, cuando precisa que: **"Todos estos temas relativos al consentimiento en el convenio arbitral tienen enorme importancia, ya que no se trata sólo de cuestionar la existencia de un contrato por faltar un requisito esencial para su validez sino que al ser el convenio arbitral nulo, el**



laudo que se dictare podrá ser anulado de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 42 LA”.

- d. En ese mismo sentido, el profesor Rafael Hinojosa⁸ respecto a la inexistencia o nulidad del convenio arbitral, explica que: *“el convenio arbitral como todo contrato, ha de cumplir los requisitos generales previstos en el CC, y los específicos de la LA. **Si no se cumpliera con alguno de estos requisitos en relación con las partes, con el objeto, con la forma o con el tiempo, el laudo podrá ser anulado**”*. Luego, respecto a los requisitos en relación con las partes precisa que: *“Los sujetos del convenio arbitral son las personas que someten sus controversias a la decisión arbitral. **Las partes han de cumplir una serie de requisitos cuya falta puede determinar la nulidad del convenio y por tanto del laudo arbitral**. Según la doctrina, todo negocio jurídico presupone la capacidad para celebrarlo, una voluntad no viciada, **una declaración o manifestación de voluntad (...)**”*
- e. Hechas estas precisiones, no nos queda más que dejar expresa constancia **que habiendo denunciado, fundamentado y acreditado de manera fehaciente que no existe manifestación de voluntad de DEXIM** ni en el MOU –que sustenta la petición de arbitraje y la demanda- ni en ningún otro documento presentado por NOVA PERU S.A.C, **para someterse a arbitraje, DEXIM no puede ser parte en el presente proceso arbitral**. Por lo que el Tribunal Arbitral deberá amparar nuestras pretensiones y excluirnos del presente proceso arbitral.

- f. Caso contrario, de no ampararse nuestro pedido y de conformidad con el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje⁹, SOLICITAREMOS antes las instancias judiciales pertinentes, la anulación del laudo arbitral y el resarcimiento por los daños y perjuicios que se nos ocasionen, como consecuencia de forzarnos a participar en un arbitraje basados en un convenio arbitral que no nos vincula y en el cual definitivamente no somos parte.

IV. MEDIOS PROBATORIOS:

Con la finalidad de acreditar los fundamentos expuestos en el presente escrito ofrecemos como medio probatorio:

1. El mérito de la Copia Legalizada notarialmente del Memorandum de Entendimiento Adquisición Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L. presentado por la empresa NOVA PERU S.A.C., en su escrito de demanda.

POR TANTO:

AL TRIBUNAL PEDIMOS: Se sirva amparar nuestras pretensiones y excluirnos del presente proceso.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que en calidad de anexos del presente escrito, acompañamos los siguientes documentos:

1. Copia del R.U.C. de nuestra empresa. **(ANEXO 1-A)**
2. Documento de identidad de nuestro representante. **(ANEXO 1-B)**

3. Copia del Poder Especial de nuestra representante legal (ANEXO 1-C)

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con el artículo 80° del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al presente proceso, **DELEGAMOS** nuestra representación en el letrado que autoriza el presente escrito Dra. Esther García-Zapatero Muñoz, con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 25634, concediéndoles las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74° del Código Procesal Civil.

Para tal efecto, ratificamos nuestra dirección domiciliaria indicada en la introducción del presente escrito, asimismo, declaramos estar instruidos de la delegación que otorgamos y de sus alcances.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, conforme lo estipula el artículo 9 del Reglamento del Centro de Arbitraje del Amcham, acompañamos copias suficientes para su respectiva notificación a las partes.

Lima, 10 de marzo de 2008



Esther García-Zapatero Muñoz

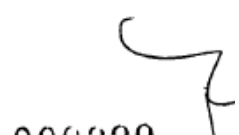
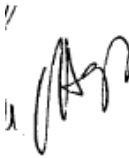
Apoderada

**AUDIENCIA DE CONCILIACION Y FIJACION DE PUNTOS
CONTROVERTIDOS**

En la ciudad de Lima, siendo las 5:30 p.m. de la tarde del día diecisiete de abril del año dos mil ocho, en la sede del Tribunal Arbitral, se reunieron el doctor **LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, los señores árbitros, doctores **JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ** y **FERNANDO CAPUÑAY CHAFLOQUE**; y el doctor **Roger Rubio Guerrero**, en su calidad de Secretario General del Centro conjuntamente con el representante de **NOVA PERÚ S.A.C.** (en adelante NOVA PERÚ), señor Alejandro Manuel Parodi De Albertis, identificado con D.N.I. N° 10271392, asesorado por los doctores Ricardo Jesús Carrillo Garrath, con Registro C.A.L. N° 39900, y doctor Adrián Simons Pino, con Registro C.A.L. N° 21216; Señor **CARLOS MILANOVITCH NIETO** (en adelante SR. MILANOVITCH), representado por el doctor Juan Carlos Basurco Reyes, con Registro C.A.L. N° 25334; **DEXIM S.R.L.** (en adelante DEXIM) representada por su apoderada, doctora Esther Martha García- Zapatero Muñoz, identificada con D.N.I. N° 07962000, con Registro C.A.L. N° 25683, procediéndose de la siguiente manera:

CONCILIACIÓN

1. El Presidente del Tribunal toma la palabra e invita a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio que les permita concluir con las controversias materia del proceso arbitral, ante lo cual, las partes manifiestan su voluntad de continuar con el trámite del procedimiento, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 41° de la Ley General de Arbitraje.



EXCEPCION

2. Seguidamente, el Tribunal Arbitral teniendo en consideración el cuestionamiento de la competencia por inexistencia de convenio arbitral formulada por DEXIM en su escrito de fecha 10 de marzo de 2008 así como la absolución correspondiente de NOVA PERÚ en su escrito de fecha 28 de marzo de 2008, y atendiendo a que se trata de cuestiones que deben determinarse como cuestión previa, decide admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes sobre este extremo y conceder a las partes el uso de la palabra para que en este acto informen al Tribunal Arbitral al respecto.

El abogado de NOVA PERÚ, doctor Adrian Simons, hace uso de la palabra y la apoderada de DEXIM, doctora Esther García Zapatero, se ratifica en los términos de su escrito de excepción.

A continuación el Tribunal Arbitral establece un plazo de quince (15) días útiles para resolver la excepción.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

3. El Tribunal Arbitral procede a continuación a determinar, como puntos controvertidos del presente proceso arbitral los siguientes:

3.1 Determinar si se han producido por acción del SR. MILANOVITCH uno o varios de los incumplimientos que hacen exigible la cláusula penal estipulada en el acápite 2 (Terminación y penalidad) del Capítulo IV (Disposiciones Misceláneas) del "Memorándum de Entendimiento, Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L." de fecha 12 de julio de 2007, o si, por el contrario, han operado las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la misma cláusula que no hacen exigible la cláusula penal.

3.2 Determinar, en caso se establezca que la cláusula penal es aplicable y exigible al SR. MILANOVITCH, el monto que corresponde pagar por dicho concepto así como los intereses demandados.

En caso se declare infundada la excepción de incompetencia determinar si los puntos precedentes también le son aplicables a DEXIM.

MEDIOS PROBATORIOS

4. Acto seguido el Tribunal Arbitral procede a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes:

Medios probatorios ofrecidos por NOVA PERÚ:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por NOVA PERÚ en el Acápite VI denominado "Medios Probatorios" de su escrito de demanda de fecha 7 de diciembre de 2007:

- 1) Declaración de parte que deberá efectuar el codemandado SR. MILANOVITCH en su condición de titular de 956,384 participaciones de DEXIM y titular de 250 participaciones de Consorcio DEXIM.
- 2) Declaración de parte que deberá efectuar el codemandado SR. MILANOVITCH en su condición de Gerente General de DEXIM.
- 3) Copia legalizada notarialmente del Memorandum de Entendimiento Adquisición de DEXIM y Consorcio Corpesca DEXIM suscrito por las partes con fecha 12 de julio de 2007.
- 4) Acta Notarial de fecha 3 de diciembre de 2007.
- 5) Copia legalizada notarialmente de la carta notarial de NOVA PERÚ de fecha 2 de agosto de 2007.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que sólo actuará el medio probatorio 2) antes referido en caso se declare infundada la excepción de incompetencia.

Medios probatorios ofrecidos por el SR. MILANOVITCH:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el SR. MILANOVITCH en el Acápito III denominado "Medios Probatorios" de su escrito de contestación de demanda de fecha 10 de marzo de 2008:

- 1) De conformidad con el principio de adquisición de la prueba se adhieren a los medios probatorios presentados por NOVA PERÚ en los numerales 3, 4 y 5 del acápite VI de su escrito de demanda.
- 2) Declaración testimonial que deberá prestar el doctor Gonzalo De Las Casas Salinas y la declaración de parte del señor Alejandro Parodi De Albertis, los mismos que prestarán su declaración para acreditar los nuevos términos y condiciones que ofrecieron luego de terminadas las negociaciones.

REGLAS COMPLEMENTARIAS

5. Asimismo el Tribunal dicta las siguientes reglas complementarias que deben observarse en la actuación de medios probatorios:

- a) Las partes deberán efectuar sus preguntas, repreguntas y contrapreguntas a las personas que deberán declarar en el acto de la Audiencia bajo la dirección del Tribunal Arbitral.
- b) En caso los declarantes no acudan a la citación a Audiencia, el Tribunal Arbitral queda facultado para citarlos nuevamente o para prescindir del medio probatorio.
- c) El Tribunal Arbitral podrá ordenar que las declaraciones sean registrados en audio.

PRUEBAS DE OFICIO

6. El Tribunal Arbitral se reserva el derecho a disponer, de considerarlo pertinente, la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37° de la Ley General de Arbitraje.

Siendo las 6:00 p.m., luego de leída la presente Acta, los miembros del Tribunal Arbitral, el Secretario General y las partes asistentes, procedieron a firmarla en señal de aceptación y conformidad, quedando notificados en este acto.



LORENZO ZOLEZZI IBARCENA
Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Árbitro



FERNANDO CAPUNAY CHAFLOQUE
Árbitro



ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario General



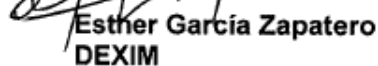
Manuel Parodi De Albertis
NOVA PERU



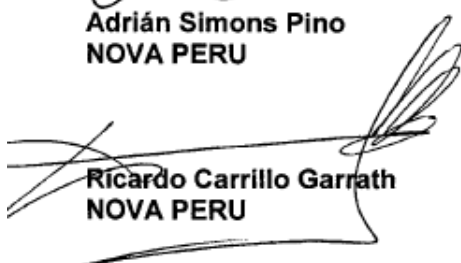
Juan Carlos Basurco Reyes



Adrián Simons Pino
NOVA PERU



Esther García Zapatero
DEXIM



Ricardo Carrillo Garrath
NOVA PERU

Caso AmCham N° 03-2007

Resolución No. 15

Lima, nueve de mayo del año dos mil ocho.-

Visto el escrito de 10 de marzo de 2008 presentado por DEXIM S.R.L., en el cual señala que no existe Convenio Arbitral entre DEXIM S.R.L (DEXIM) y NOVA PERÚ S.A.C. (NOVA PERÚ) y que debe procederse a su exclusión de este proceso arbitral. El fundamento que sustenta el petitorio de DEXIM es que en el Memorandum de Entendimiento de fecha 2 de julio de 2007 el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto, en adelante el Sr. Milanovitch, firmó una vez, interviniendo solamente a título personal y no como representante de DEXIM, lo cual es coincidente con la definición que se da de participacionistas, mencionándose que éstos son sólo el Sr. Milanovitch y la señora Emilia Morán Euribe (que, aunque no firmó dicho Memorandum de Entendimiento, el Sr. Milanovitch se obligó a que ella suscribiera el contrato definitivo).

Por su parte, corrido traslado de este escrito al demandante, NOVA PERÚ solicitó que se declare infundada dicha solicitud, apoyándose fundamentalmente en dos hechos o argumentos que aparecen del Memorandum de Entendimiento, al cual ambas partes denominan MOU, expresión que para simplificar el Tribunal hace suya. Por un lado, que el Contrato definitivo, según es definido en el MOU, es el contrato de compraventa por el cual el comprador adquiriría el 100% de las participaciones de DEXIM y de las participaciones de Consorcio DEXIM, poniendo énfasis en esta última. En segundo lugar, NOVA PERÚ señala que la cláusula de solución de controversias, en su segundo párrafo, reconoce expresamente el derecho de DEXIM a designar un árbitro conjuntamente con los participacionistas.

CONSIDERANDO:

1. Que, haciendo una interpretación literal del contrato, conforme lo ordena el artículo 168° del Código Civil en su primera parte,

el Tribunal encuentra que, por un lado, es cierto que el Sr. Milanovitch no ha firmado el contrato en representación de DEXIM en forma expresa sino sólo identificándose con su D.N.I., es decir, como persona natural; y también es cierto que en la cláusula de solución de controversias el mismo Sr. Milanovitch y NOVA PERÚ, ambos suscriptores del MOU, reconocieron expresamente el derecho de DEXIM de nombrar un árbitro y más concretamente de participar en la elección del árbitro conjuntamente con el Sr. Milanovitch.

Consecuentemente, con el método de interpretación literal no es posible llegar a una única y concluyente interpretación del contrato, puesto que los dos hechos mencionados son opuestos entre sí. En otras palabras, si el Sr. Milanovitch no deseó firmar en representación de DEXIM, la consecuencia lógica habría sido que no reconociera el derecho de DEXIM de participar en la designación de uno de los árbitros, pero, si se concedió este derecho a DEXIM, no obstante no definírsele como participacionista, lógico también habría sido que el Sr. Milanovitch firmara el contrato en representación de esta empresa. En esta etapa del proceso el Tribunal no advierte mala fe de las partes y estima que la situación descrita sería atribuible a un problema de asesoramiento durante la redacción del MOU.

2. Siendo así, el Tribunal se concentrará en la búsqueda de la voluntad real de los contratantes, o sea indagar la verdadera voluntad de los mismos, la común intención, la que, según señala Díez Picazo es *"la común intención de las partes... (es decir)... la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de cada una de ellas"*¹.

A la par, el Tribunal también entiende que debe preservar el principio de conservación, según el cual la interpretación debe dirigirse a que el contrato o la cláusula discutida sea eficaz. No es posible concebir que las partes negociaron un contrato para incumplirlo sino todo lo contrario. Por ello, es preciso partir de la idea que las partes quisieron concretar el negocio propuesto.

3. La común intención de las partes, o sea de ambas y no de cada una, está expresada en la definición 7, al señalar que el contrato definitivo es el contrato de compraventa por el cual el comprador adquiriría el 100% de las participaciones de DEXIM y las participaciones Consorcio DEXIM. Así, la cosa materia de la compraventa, acordada por ambas partes, estaría constituida por el íntegro de las participaciones de ambas empresas.

La común intención de las partes, así expresada, se ve ratificada por el hecho que en ninguna de las cláusulas del MOU se excluyó de la compraventa porcentaje alguno de las participaciones de DEXIM y de Consorcio DEXIM. Por el contrario, la común intención de NOVA PERÚ y del Sr. Milanovitch fue comprar y vender recíprocamente -como queda dicho- el 100% de las participaciones de ambas empresas.

4. El Tribunal estima que ello es así no sólo por la voluntad expresada por ambos sino porque el Sr. Milanovitch (y su representada la señora Morán) eran dueños del 100% de DEXIM, la cual a su vez era titular del 50% de las participaciones de Consorcio DEXIM S.R.L., siendo el otro 50% de Consorcio DEXIM de propiedad del Sr. Milanovitch. En otras palabras, éste, directamente y por intermedio de DEXIM, era titular del 100% de las participaciones de ambas empresas, incluyendo las de la señora Morán a la que el Sr. Milanovitch dijo representar. Consecuentemente, la común intención se desprende del hecho que la compraventa del 100% de las participaciones de ambas empresas sólo era posible si en la transferencia definitiva intervenía DEXIM como parte. De lo contrario NOVA PERÚ y el Sr. Milanovitch sólo se habrían comprado y vendido recíprocamente el 100% de DEXIM y el 50% de Consorcio DEXIM, en contra de lo expresamente acordado.

5. Si esa interpretación fuera incorrecta no se cumpliría con el principio de conservación toda vez que el contrato habría sido ineficaz. El Tribunal está persuadido que la común intención de las partes fue que NOVA PERÚ adquiriera el 100% de las participaciones de DEXIM y de Consorcio DEXIM, una vez verificadas las condiciones pactadas en el MOU, por cuya

venta el Sr. Milanovitch recibiría el precio pactado. Para el logro de esa voluntad común era indispensable que el MOU y particularmente la cláusula de solución de controversias sean eficaces, es decir, sean exigibles por todas las partes que intervinieron en el negocio jurídico.

En concepto del Tribunal la posición literal asumida por DEXIM en su escrito de fecha 10 de marzo de 2008 no representa la común intención de las partes e impide que el MOU y la referida cláusula de solución de controversias sean eficaces.

6. Finalmente, el Tribunal estima que no debe excluirse de este proceso a DEXIM, no solamente por el derecho que ésta tiene a designar un árbitro o al menos a participar en su designación, lo cual sería imposible si no se le considerara parte, sino porque el laudo final que recaerá en el proceso arbitral, afectará uniformemente a todos los integrantes del litisconsorcio necesario, por lo que es indispensable que todos ellos comparezcan o sean emplazados, como en efecto ha ocurrido en este proceso.

Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje, **SE RESUELVE:**

DENEGAR la solicitud formulada por DEXIM en su escrito de 10 de marzo de 2008, declarándose **INFUNDADAS** la falta de competencia opuesta contra este Tribunal y la exclusión del proceso solicitada por dicha empresa, continuando el trámite del proceso según su estado.



LORENZO ZOLEZZI IBARCENA
Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Árbitro



FERNANDO CAPUNAY CHAFLOQUE
Árbitro



ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario General

fundamentos que presentamos respecto a la demanda planteada por NOVA PERU S,A.C.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBE SUSPENDERSE EL PROCESO ARBITRAL RESPECTO A DEXIM

La Resolución expedida por el Tribunal Arbitral incurre en gruesos errores de interpretación del convenio y aplica categorías ajenas a la materia arbitral como lo son el litisconsorcio y la eficacia erga omnes de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, respetuosos del procedimiento establecido en materia arbitral, no vamos a impugnar las referidas resoluciones pues conforme lo establecen el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje y el artículo 36 del Reglamento Procesal de Arbitraje, la Resolución que resuelve la incompetencia es inimpugnable y contra ella no cabe reconsideración ni ningún otro tipo de recurso.

No obstante, conforme es nuestro derecho y conforme a la jurisprudencia vinculante establecida por el Tribunal Constitucional en materia arbitral estamos presentado un proceso de amparo contra las referidas resoluciones por la vulneración a nuestros derechos constitucionales., por lo que cumplimos con informar al Tribunal Arbitral para que tengan conocimiento del mismo.

Conforme lo estableció el Tribunal Constitucional en el Expediente 4972-2006-PA-TC, resolución de fecha 04 de agosto de 2006, cuando una persona es obligada a formar parte de un proceso arbitral sin su consentimiento queda abierta la jurisdicción constitucional para salvaguardar los derechos constitucionales de la persona afectada,

-000/

precisándose que no es necesario pasar por la vía previa del Recurso de Anulación, así dicha resolución dice:

“En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; **b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben;** **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

(...)

En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. **Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional.** Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

III. FUNDAMENTOS DE NUESTRA CONTESTACION

Sin perjuicio de lo manifestado, y a efectos de no contar con una resolución expedida por su Tribunal que nos declare en rebeldía, es que procedemos a dar contestación en los términos y condiciones que desarrollamos a

continuación, indicando expresamente que nos adherimos a todos los términos y condiciones manifestados por el Señor Carlos Milanovitch Nieto en su escrito de contestación, **SOLICITANDO** a su Tribunal declare, en su oportunidad, **INFUNDADA** la demanda interpuesta por **NOVA PERU**, considerando adicionalmente lo siguiente:

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBE DECLARARSE INFUNDADA LA DEMANDA

1. La cláusula penal estipulada en el acápite 2 (Terminación y penalidad) del Capítulo IV (Misceláneas) del Memorando de Entendimiento, Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L., *en adelante MOU*, de fecha 12 de julio del 2007, **sólo resultaría exigible** si el Señor **Carlos Milanovitch** en nombre propio o en representación de **DEXIM**, ha producido uno o varios incumplimientos a los términos y/o etapas pactadas en el MOU.
2. Al respecto, cabe recordar que, el artículo 1343 del Código Civil de 1984 establece que la pena "(...) *solo puede exigirse cuando el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa del deudor, salvo pacto en contrario*".
3. En este sentido, debemos dejar claramente establecido que los términos y condiciones, y en particular el objeto del MOU referida en el numeral 3 "Resumen de la Transacción" del Capítulo II Antecedentes u Objeto fue cumplido por ambas partes con la debida diligencia y buena fe, en sus Etapas 3.1 y 3.2, inclusive con posterioridad al término de las negociaciones, la Etapa 3.4, fue cumplida por mi representada contando como prueba de ello con el Requerimiento N° 08220080000210 emitido por la Supertintendencia de Administración Tributaria con fecha 28 de marzo del 2008.

0004

4. En consecuencia, a efectos de activar la aplicación de la cláusula penal, el único hipotético **"incumplimiento" que la demandante NOVAPERU nos pretende imputar como codemandados es aquel que recoge el numeral 3.3. Etapa 3 del MOU**, que literalmente dice: *"El comprador y los participacionistas suscribirán el Contrato Definitivo, en virtud del cual transferirán las participaciones Dexim y las participaciones Consorcio Dexim a favor del Comprador y éste pagará a los Participacionistas su precio de compra según lo establecido en el contrato Definitivo"*.

5. En esta línea de ideas, debemos claramente ilustrar ante su Tribunal que el incumplimiento de la obligación de suscribir el contrato definitivo por parte de mi representada no obedece a causa imputable a ésta, todo lo contrario, pues:
 - a. Antes que se emitiera la versión final del Informe de Due Diligence, mi representada contaba con los borradores preliminares, los cuales fueron motivo de sendas comunicaciones y/o reuniones para salvar y/o levantar algunas de las discrepancias.

 - b. Todas las discrepancias que habían sido materia de reuniones y/o comunicaciones fueron mantenidas en el texto final del Informe.

 - c. Consecuentemente, mi representada presumió que la intención de la demandante era solo obtener un mayor beneficio plasmado en la disminución del precio de venta de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM y que el principio de buena fe empezaba a ser cuestionado en la negociación.

- d. Es, entonces, que mi representada con fecha 30 de julio del 2007 comunica a la demandante NOVA PERU su decisión de no continuar con las negociaciones, actuando en el ejercicio de un derecho conferido expresamente, por el segundo párrafo del citado acápite 2 del capítulo IV referido en nuestro numeral 1, que establece que **"la penalidad (...) no será exigible para las partes en caso éstas no se hallan puesto de acuerdo en los resultados del Due Diligence. (...)**. Por consiguiente, mi representada al encontrarse dentro de los alcances de los supuestos de exclusión en el cual no se activaría la aplicación de la penalidad, no mediando acuerdo en los resultados del Due Diligence, ejercito válidamente su derecho de culminar con las negociaciones.
- e. La demandante NOVA PERU nos contesta mediante carta notarial de fecha 2 de agosto del 2007 **"su decisión de no considerar las contingencias contenidas en el Informe"** vertido por sus asesores externos. Mi representada se pregunta entonces:
- i. ¿Qué tan técnico y legalmente elaborado y sustentado es el Informe de Due Diligence elaborado por los asesores externos e independientes de la demandante NOVAPERU?,
 - ii. ¿Por qué si dicho documento era una de las condiciones de la demandante para concluir la compra venta de las participaciones de DEXIM y Consorcio DEXIM, ya no era tomado en "consideración" para la suscripción del contrato definitivo de compra venta?
 - iii. ¿O es que acaso, el conocimiento de una correspondencia interna entre el Señor Carlos Milanovitch y el Doctor Juan Carlos Basurco Reyes, influyó en la emisión de dicha carta

000409

notarial del 2 de agosto del 2007 con la presunción de obtener algún beneficio en la disminución del precio de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM?

- iv. ¿Es que ambas partes actuamos según los principios de buena fe contractual, o es que una de ellas solo esta en búsqueda de su propio beneficio bajo cualquier condición y/o circunstancia?

- f. Ante esta situación, mi representada considera pertinente solicitar a su Tribunal, analizar la verdadera voluntad de las partes en la negociación de la compra venta de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM, la "*común intención de las partes (es decir) ... la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de cada una de ellas.* En este sentido, al comunicar NOVA PERU el 2 de agosto del 2007 a mi representada su decisión de no tomar en cuenta las contingencias del Informe de Due Diligence emitido por sus asesores externos era sólo su manifestación unilateral que no comprometía la voluntad de ambas partes, sino sola y exclusivamente la de NOVAPERU.

- g. De otro lado, debemos considerar que el plazo acordado por las partes para ponerse de acuerdo respecto a las contingencias identificadas en el Informe de Due Diligence **es un plazo máximo de cinco (5) días en el cual las partes estaban facultadas a negociar las discrepancias** de las contingencias del Informe del Due Diligence. Dentro de dicho plazo y conociendo ambas partes ampliamente el Informe del Due Diligence, las partes no se pusieron de acuerdo, conforme queda claramente demostrado.

- h. Finalmente, mi representada, estaba en pleno uso de su derecho de desistirse de continuar negociando en virtud que no se encontraba de acuerdo con los resultados del Informe del Due Diligence, resultados que habían sido ampliamente discutidos antes de la emisión final de dicho documento, dándose por establecido que las contingencias vertidas en dicho informe eran insuperables y ameritaban una disminución del precio de venta de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM, razones por las cuales se decidió suspender las negociaciones. En consecuencia, no existe incumplimiento a los términos y condiciones del MOU que ameriten la exigibilidad de la cláusula penal, pues se actuó en pleno uso de los derechos que del mismo tenor del MOU se derivaban, lo que consecuentemente lleva a la no exigibilidad de la cláusula penal por parte de NOVA PERU.

Finalmente, señores Miembros del Tribunal nos parece pertinente reiterar la siguiente pregunta ¿QUIEN ACTUO CON MALA FE EN LA PRESENTE NEGOCIACION?

Solo unos elementos de juicio detallados sucintamente, para no pecar de reiterativos, que ustedes señores Miembros del Tribunal, deben tener presentes:

- a. Es cierto que, la común intención de las partes ha sido que NOVA PERU adquiriera el 100% de las acciones de DEXIM y de CONSORCIO DEXIM, verificadas que fueran las condiciones pactadas en el MOU y concurriera el pago del precio respectivo.
- b. Es cierto que ambas partes demostraron diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el MOU.
- c. Es cierto que la demandante, buscó, en todo momento y por cualquier medio, una reducción del precio de las participaciones, a través de la

000

identificación de supuestas contingencias establecidas por sus asesores externos, todas ellas inexistentes o tal vez poco serias, conforme se puede constatar del tenor de la carta que nos remitieran con fecha 2 de agosto del 2007, la que claramente evidencia el proceder de mala fe de los "asesores externos e independientes" que realizaron el Due Diligence intentando, al parecer, inventar determinadas contingencias con la única finalidad de lograr una reducción y ajuste en el precio final de compra de las participaciones de DEXIM y CONSORCIO DEXIM

- d. Es cierto que el accionar de mala fe de la demandante queda comprobado con esta carta del 2 de agosto del 2007, con la cual NOVA PERU pretende continuar con las negociaciones **unilateralmente**, pretendiendo aprovechar el conocimiento de tenor de una correspondencia electrónica a la cual pretenden darle una interpretación errónea para el logro de sus objetivos.
- e. Resulta pues que, **mi representada presume que la demandante NOVA PERU**, solo se encuentra en la búsqueda de lograr una reducción en el precio de venta de las participaciones de **DEXIM y CONSORCIO DEXIM**, incluso la interposición de su Demanda ante su Tribunal, es una prueba más de ello, puesto la demandante NOVA PERU y el Señor Carlos Milanovitch, en la actualidad continúan sosteniendo negociaciones para la venta de las participaciones referidas, cuyo precio seguramente quedará por establecer a resultas del presente proceso arbitral.
- e. En conclusión, todo lo señalado en los párrafos anteriores, permite apreciar quién negocio de manera contraria a la buena fe, cuidando única y exclusivamente sus intereses en desmedro del otro contratante. Estamos seguros Señores Miembros del Tribunal que queda claramente establecido que esta parte demandada actúa de buena fe y que hemos podido ilustrar que no se ha cumplido la hipótesis de hecho cual es

nuestro incumplimiento a los términos pactados en el MOU con mala fe que amerite la ejecución de la cláusula penal.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

1. Con la finalidad de acreditar los fundamentos expuestos, y de conformidad con el principio de adquisición de la prueba, nos adherimos el merito probatorio de los documentos presentados por la empresa demandante en su acápite VI, específicamente los detallados en los numerales 3, 4 y 5.
2. Asimismo, nos adherimos al mérito probatorio de las siguientes declaraciones: (i) Declaración testimonial que deberá prestar el Dr. Gonzalo De Las Casas Salinas, conforme al Pliego Interrogatorio que adjuntamos al presente escrito. A quién deberá notificársele a la siguiente dirección: Av. Canaval y Moreyra N° 452, Piso 15, San Isidro y (ii) la declaración de parte del Sr. Alejandro Parodi De Albertis, conforme al Pliego Interrogatorio que adjunto el Señor Carlos Milanovirch, ampliándolo conforme Pliego Interrogatorio adjunto. Los mismos que prestarán su declaración para acreditar los nuevos términos y condiciones que ofrecieron luego de terminadas las negociaciones y aún en la actualidad, lo que determina que la única pretensión que el demandante persigue es la rebaja del precio de venta de las participaciones de Dexim y Consorcio Dexim bajo la forma y/o medio que sea.

POR TANTO:

AL TRIBUNAL PEDIMOS: Se sirva tener por contestada la demanda, y se sirva declararla Infundada en su debida oportunidad.

0004

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que en calidad de anexos del presente escrito, acompañamos los siguientes documentos:

1. **Copia simple de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de agosto del 2006 expedida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el expediente N° 4972-2006-PA/TC – ANEXO 1-A**

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, conforme lo estipula el artículo 9 del Reglamento del Centro de Arbitraje del Amcham, acompañamos copias suficientes para su respectiva notificación a las partes.

Lima, 26 de mayo del 2008


ESTHER GARCÍA ZAPATERO MUÑOZ
ABOGADA
Reg. CAL. Nro 25683



LAUDO ARBITRAL

Laudo Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 02 de diciembre de 2008, por el Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Lorenzo Zolezzi Ibárcena (Presidente), Juan Luis Avendaño Valdez y Fernando Capuñay Chafloque, en el arbitraje seguido por **NOVAPERU S.A.C** (en adelante NOVA PERU) contra el **SEÑOR CARLOS HERNAN MILANOVITCH NIETO** (en adelante SEÑOR MILANOVITCH) y **DEXIM S.R.L.** (en adelante DEXIM)

ANTECEDENTES:

Existencia de Convenio Arbitral:

Las partes del proceso arbitral, con fecha 12 de julio de 2007, suscribieron un documento denominado "Memorándum de Entendimiento y Adquisición DEXIM SRL y CONSORCIO CORPESCA DEXIM SRL" (en adelante el MOU), en el punto 5 - denominado Ley Aplicable y Solución de Controversias- del Acápito IV- denominado Disposiciones Misceláneas, las partes estipularon su decisión que en caso surgiese alguna discrepancia la misma se resolvería mediante un arbitraje de derecho que se realizaría en la ciudad de Lima, y que sería administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana en el Perú -Amcham

Petición de Arbitraje y Designación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 15 de noviembre de 2007, NOVA PERU presenta su solicitud de arbitraje en el Centro de Arbitraje AMCHAM PERU, dirigiéndola contra el SEÑOR MILANOVITCH y DEXIM

NOVA PERU, en su petición de arbitraje designó como árbitro al Dr. Juan Luis Avendaño Valdez.

El SEÑOR MILANOVITCH, en su comunicación de fecha 29 de noviembre de 2007, designó como árbitro al Dr. Fernando Capuñay Chafloque

Ambos árbitros de común acuerdo designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, Presentación de Demanda y Contestación:

Con fecha 25 de febrero de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia de los representantes de NOVA PERU y del SEÑOR MILANOVITCH, y sin la asistencia de DEXIM.

Caso Amcham N° 03-2007
NOVA PERU vs. CARLOS MILANOVITCH y DEXIM

1

En la referida Audiencia, el Secretario Arbitral dejó constancia del cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral realizado por escrito por DEXIM. Asimismo se procedió a hacer entrega a los miembros del Tribunal Arbitral de los siguientes documentos: (i) solicitud arbitral de NOVA PERU de fecha 15 de noviembre de 2007, (ii) comunicación de DEXIM de fecha 29 de noviembre de 2007, en la cual cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral, (iii) Escrito de NOVA PERU de fecha 04 de diciembre de 2007 y (iv) Demanda de NOVA PERU de fecha 07 de diciembre de 2007.

En la misma instalación, el Tribunal Arbitral procedió a emitir la Resolución N° 01, en la cual resuelve ADMITIR a trámite la demanda, tener por ofrecidos los medios probatorios y CORRER TRASLADO al SEÑOR MILANOVITCH y a DEXIM, por el plazo de diez días.

Con fecha 10 de marzo de 2008, el SEÑOR MILANOVITCH, procede a contestar la demanda solicitando se declare infundada la demanda y se condene a NOVA PERU al pago de los costos y costas del proceso arbitral

Con fecha 10 de marzo de 2008, DEXIM solicitó su exclusión del proceso arbitral alegando la inexistencia de convenio arbitral en lo que concierne a ella. Esta petición es absuelta por NOVA PERU, mediante escrito de fecha 21 de abril de 2008.

Mediante Resolución N° 15, de fecha 9 de mayo de 2008, el Tribunal Arbitral respecto al pedido de exclusión de DEXIM, resolvió declararlo Infundado, por lo que ordenó se continúe el trámite del proceso según su estado.

Con fecha 27 de mayo de 2008, DEXIM presenta un escrito en el que solicita la suspensión del proceso y solicita se tomen en consideración los fundamentos que presenta contra la demanda. Este escrito es absuelto por NOVA PERU mediante escrito de fecha 09 de junio de 2008.

Mediante Resolución N° 18, de fecha 30 de junio de 2008, el Tribunal Arbitral, respecto al pedido de suspensión del proceso arbitral, resolvió declararlo Improcedente y ratificar la calidad de parte de DEXIM en el proceso arbitral.

Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos:

Con fecha 17 de abril del año 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de los Puntos Controvertidos, con la asistencia de todas las partes.

Ante la propuesta del Tribunal Arbitral para llegar a un acuerdo conciliatorio, las partes manifiestan su voluntad de continuar con el proceso.

Respecto a la excepción de incompetencia, el Tribunal Arbitral admite los medios probatorios ofrecidos por ambas partes sobre este extremo y concede el uso de la palabra a los abogados de las partes, y luego del informe establece un plazo de quince días útiles para resolver la excepción.

El Tribunal Arbitral determinó como puntos controvertidos los siguientes:

- 1) Determinar si se han producido por acción del SEÑOR MILANOVITCH uno o varios incumplimientos que hacen exigible la cláusula penal estipulada en el acápite 2 (Terminación y penalidad) del Capítulo IV (Disposiciones Misceláneas del "Memorándum de Entendimiento y Adquisición DEXIM SRL y CONSORCIO CORPESCA DEXIM SRL de fecha 12 de julio de 2007, o si, por el contrario, han operado las circunstancias previstas que no hacen exigible la cláusula penal.
- 2) Determinar, en caso se establezca la cláusula penal es aplicable y exigible al SEÑOR MILANOVITCH, el monto que corresponde pagar por dicho concepto así como los intereses demandados.
- 3) En el caso se declare infundada la excepción de incompetencia determinar si los puntos precedentes también le son aplicables a DEXIM.

Asimismo, en la referida Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por NOVA PERU, en el acápite IV, denominado "Medios Probatorios" de su escrito de demanda de fecha 07 de diciembre de 2007 y los medios probatorios ofrecidos por el SEÑOR MILANOVITCH en el Acápite III, denominado "Medios Probatorios" de su escrito de contestación de demanda de fecha 10 de marzo de 2008, y se fijaron las reglas complementarias que deberán observarse para la actuación de los medios probatorios.

Audiencias de Pruebas:

Con fecha 07 de agosto de 2008, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Pruebas. En ella se actuó la declaración del SEÑOR MILANOVITCH, en su calidad de gerente de DEXIM y a título personal.

Con fecha 02 de septiembre de 2008, se llevó a cabo la Segunda Audiencia de Pruebas, en ella se actuaron las declaraciones del SEÑOR Alberto Parodi De Albertis y del Dr. Gonzalo De las Casas Salinas.

Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Mediante Resolución N° 26, de fecha 15 de octubre de 2008, se declaró cerrada la etapa probatoria y se otorgó el plazo de 5 días para la presentación de alegatos escritos y se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 29 de octubre de 2008.

Con fecha 27 de octubre de 2008, los co-demandados SEÑOR MILANOVITCH y DEXIM presentaron sus respectivos alegatos.

En la misma fecha la demandante NOVA PERU presentó sus respectivos alegatos

Con fecha 29 de octubre se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales, informando los abogados de todas las partes NOVA PERU, SEÑOR MILANOVITCH y DEXIM.

En la referida audiencia el Tribunal Arbitral de común acuerdo con las partes estableció como plazo para laudar el plazo de veinticinco días, el mismo que vencería el 5 de diciembre de 2008.

CONSIDERANDOS:

¿Qué es lo que establece el MOU respecto a la aplicación de la penalidad?

El texto literal y expreso del Punto 2 del Acápito IV, denominado Disposiciones Misceláneas del MOU establece lo siguiente:

"En caso: (i) cualquiera de las partes diera por terminado el presente MOU; (ii) los Participacionistas no entreguen la información requerida para la realización del Due Diligence, (iii) los Participacionistas no cumplan con la obligación de exclusividad indicada en el numeral 3 siguiente; o (iv) cualquiera de las partes se negara a suscribir el Contrato Definitivo; la parte que hubiera incumplido tendrá que pagar a la otra parte una penalidad equivalente a la suma de US\$ 500,000 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La penalidad antes indicada no será exigible para las partes en caso éstas no se hayan puesto de acuerdo respecto a los resultados del Due Diligence o de los resultados del Procedimiento de Fiscalización."

El artículo 169 del Código Civil estipula que "las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas". En virtud de lo referido, la cláusula descrita en el párrafo anterior debe leerse conjuntamente con el punto 1 del Acápito III, denominado "Adquisición de DEXIM y CONSORCIO DEXIM", en el que se establece:

"A la conclusión del Due Diligence, el Comprador informará por escrito de dicha situación al señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto que para tales efectos tendrá la condición de representante de los Participacionistas.

Las partes se pondrán de acuerdo respecto de las contingencias (incluyendo concepto y monto) que hayan sido identificadas por el Comprador, en un plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la conclusión del Due Diligence. De ser necesario el plazo respecto de cualquier contingencia no acordada podrá ser extendido de mutuo acuerdo, sin que ello importe proroga del plazo para la celebración del Contrato Definitivo."

Como puede apreciarse de las referidas cláusulas, las partes estipularon que una vez concluido el Due Diligence que debía preparar el Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros, el comprador - es decir NOVA PERU- debía informar al SEÑOR MILANOVITICH por escrito sobre tal terminación y sobre las contingencias encontradas en él. Asimismo, se estableció que dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles (plazo que podía ser extendido), las partes se podían poner de acuerdo respecto a las contingencias identificadas en el Due Diligence realizado por los abogados de NOVA PERU.

¿Se negociaron los términos y condiciones de las contingencias halladas en el Due Diligence?

Según los hechos acreditados en el proceso arbitral, el Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros, realizó el Due Diligence de DEXIM, y emitió un Informe en el que efectivamente se detectaron una serie de contingencias, principalmente de carácter tributario, laboral y contable.

Tal como lo ordenaba el MOU, el Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros, remitió una copia del Due Diligence al SEÑOR MILANOVITCH. Quien una vez recibido el referido documento, procedió a remitir una comunicación al señor Alejandro Manuel Parodi de Albertis, Gerente General de NOVA PERU, en el que expresaba su no conformidad respecto a las contingencias halladas. Así la comunicación, fechada 30 de julio de 2007, informaba textualmente lo siguiente:

"He recibido y estudiado una copia del Due Diligence que ustedes solicitaron hacer al Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros, sobre mis empresas DEXIM SRL y Consorcio Corpesca Dexim SRL

Debo manifestarle que el contenido de este Due Diligence afecta seriamente mis intereses en la negociación que hemos venido llevando adelante. A partir de innumerables suposiciones este estudio crea diversas contingencias que hoy no existen. Por otra parte, las manifestaciones de tus jefes en el sentido que mis empresas no son lo que yo en un principio les ofrecí hacen inviable continuar negociando la venta de ellas.

En consideración a esto, y cumpliendo con el punto IV, disposición 2 del Memorandum de Entendimiento que firmamos el pasado 12 de julio doy por resuelta la negociación que venía realizando, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio sobre estos resultados, dejando abierta la posibilidad de reiniciar más adelante nuestras conversaciones sobre este asunto."

Conforme se aprecia de la carta referida, el SEÑOR MILANOVITCH decidió unilateralmente, es decir, sin intentar una negociación, y sin intentar llegar a un acuerdo sobre las contingencias halladas, dar por resuelta la negociación para la compra venta de participaciones que venía celebrando con NOVA PERU.

El asunto relevante para efectos de la aplicación de la penalidad, es que conforme al contenido de las cláusulas contractuales descritas las partes no pactaron una causal de resolución unilateral del contrato, dándole libertad a una o a la otra para extinguir el MOU, que fue lo efectivamente realizado por el SEÑOR MILANOVITCH, pues según sus palabras textuales, utilizadas en la comunicación cursada por él con fecha 30 de julio de 2007 "doy por resuelta la negociación que veníamos realizando ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio sobre estos resultados".

Según lo acordado por las partes, éstas debían negociar sobre el concepto y monto de cada una de las contingencias halladas en el Due Diligence, y sólo si no existía acuerdo sobre estos aspectos, recién era posible dar por terminada la negociación, sin que fuera aplicable la penalidad. Este procedimiento de negociación para intentar un acuerdo sobre el concepto y monto de las contingencias y eventualmente proceder a levantar las mismas, es el que fue obviado por el SEÑOR MILANOVITCH, quien no discutió ni negoció ningún aspecto de las contingencias encontradas, limitándose a dar por terminadas las negociaciones y expresando su intención de no suscribir el contrato definitivo.

Esto se ve agravado por el hecho que la empresa compradora NOVA PERU, manifestó su decisión de retirar de manera inmediata todas las contingencias halladas por sus abogados y que aparecían en el Due Diligence, lo que implicaba que en términos prácticos no existía motivo alguno que impidiera continuar con las negociaciones y proceder a la suscripción del contrato definitivo. Así se evidencia en la carta de fecha 2 de agosto de 2007, en la que el Gerente General de NOVA PERU, Alejandro Parodi, comunica al SEÑOR MILANOVITCH lo siguiente:

"Sobre el particular, cabe recordar que en el numeral 1 de la Sección III del MOU las partes estipularon un plazo de 5 días hábiles a efectos de conciliar cualquier discrepancia respecto de las contingencias que se hallaran en el Informe de Due Diligence (en adelante el Informe), practicado por nuestros asesores legales a las empresas.

Al respecto, cumplimos con señalar que las opiniones vertidas en el Informe corresponden a la (sic) de nuestros asesores legales Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros y no necesariamente a la de Nova Peru S.A.C.

Teniendo en cuenta lo expuesto, por medio de la presente manifestamos nuestra decisión de no considerar las contingencias contenidas en el Informe. Por lo tanto, damos por conciliadas cualquier discrepancia entre las Partes respecto de las contingencias establecidas en dicho Informe, reiterando nuestra firme convicción en seguir adelante con las negociaciones acordadas en el MOU."

1. Otro aspecto que ha contribuido a formar la convicción en el Tribunal Arbitral, para adoptar un criterio respecto a la procedencia o no de la aplicación de la penalidad, es el correo electrónico del Dr. Juan Carlos

Basurco, de fecha 26 de julio de 2007, remitido a las 11:58 al Dr. Gonzalo De Las Casas, parte de la información de este correo electrónico contenía una comunicación que el SEÑOR MILANOVITCH le había remitido al Dr. Basurco, y en el que en forma textual y expresa señala las dos razones por las cuales "(...) he decidido dar por terminada la negociación llevada adelante con Nova Perú S.A.C. Una de carácter sentimental difícil de entender para muchos (...) y otra por la mala negociación con que inicié este proceso al pedir un precio que está muy por debajo del verdadero valor de mis empresas y sus activos". Estas afirmaciones, ponen en evidencia que las verdaderas razones para no continuar con la negociación y suscribir el contrato definitivo no fue la discrepancia con las observaciones planteadas en el Due Diligence, sino la razón de carácter sentimental y la de no haberse percatado que el precio pedido por sus empresas estaba muy por debajo del verdadero valor de las empresas, a lo que el SEÑOR MILANOVITCH denomina una mala negociación. El propio SEÑOR MILANOVITCH en el referido correo, señala (después de haber referido las verdaderas razones para salir de la negociación) que: "para evitar el pago de la penalidad, he redactado la carta adjunta donde le comunico a Alejandro Parodi mi decisión al no estar de acuerdo con lo señalado en el Due Diligence"

¿Es aplicable la penalidad, y si lo fuese a quién corresponde el pago, en qué monto y por qué conceptos?

En palabras del profesor Luis Díez-Picazo es posible definir la penalidad en el ámbito contractual, "como aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal"¹. No existe consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de cuáles son las funciones que cumple la cláusula penal, así se señala que la misma cumple una función punitiva o sancionatoria, indemnizatoria, preventiva o disuasiva, resolutoria, cumulativa, etc². Sin embargo, es posible señalar que la función principal es la de liberar al acreedor de la prueba del daño y su cuantía, así como la de limitar a lo acordado el monto indemnizatorio, a menos que se pacte la reparación del daño ulterior.

De los hechos establecidos y acreditados en el presente proceso ya el Tribunal Arbitral ha determinado que el SEÑOR MILANOVITCH dio por concluida de manera unilateral, y sin respetar el procedimiento de negociación destinado a conciliar sobre el concepto y monto de las contingencias halladas en el Due Diligence. Por tanto, el comportamiento y la decisión del SEÑOR MILANOVITCH, no cae dentro del supuesto de hecho contemplado para la exoneración de la cláusula penal, por lo que la misma resulta plenamente aplicable.

Sin embargo, de los medios probatorios ofrecidos por las partes y valorados por el Tribunal Arbitral, no es posible formarse plena convicción sobre la aplicabilidad a DEXIM de la cláusula penal contenida en el MOU. A esto contribuye la defectuosa redacción de los términos y condiciones del MOU, del que se desprenden diversos elementos que ponen en duda la vinculación de DEXIM con el mismo. Por lo que existiendo dudas acerca de ello y en consideración a que las cláusulas penales se interpretan de manera restrictiva, el Tribunal Arbitral no puede imponer el pago de la penalidad a DEXIM.

En efecto, en el punto 6 –denominado Participacionistas– del acápite I se establece que: los participacionistas son el **SEÑOR MILANOVITCH y la Señora Emilia Morán** (pero por razones que desconocemos no se consigna a DEXIM) y se precisa que el SEÑOR MILANOVITCH **suscribe el MOU en representación de los participacionistas** (definidos anteriormente) y en el punto 2 del acápite II, cuando se precisa el objeto del MOU, se señala expresamente que: **El Comprador (NOVA PERU) y los Participacionistas**, es decir el SEÑOR MILANOVITCH y la Señora EMILIA MORAN EURIBE (y NO DEXIM S.R.L.) acuerdan los términos y condiciones por los que los **Compradores adquirirán de los Participacionistas**, la totalidad de las Participaciones Dexim las Participaciones Consorcio Dexim". Que el contrato definitivo implique la participación y la intervención de todos y cada uno de los participacionistas de DEXIM y Consorcio Pesca Dexim es una cosa y otra muy distinta las personas que efectivamente suscribieron el MOU y que por ende se encuentran vinculadas por la relación contractual derivada del mismo.

Ahora bien, cabe precisar, que esto en modo alguno implica una contradicción con la decisión de incorporar a DEXIM al proceso arbitral, ya que, si bien es cierto el Tribunal Arbitral mediante Resoluciones N° 15 y 18 decidió la incorporación de DEXIM al proceso arbitral lo hizo en atención a la teoría de la extensión del convenio arbitral a no signatarios y para garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa de DEXIM.

El Tribunal Arbitral considera que para extender los efectos de un convenio arbitral sí es posible evaluar elementos e indicios que permitan extender los mismos a pesar de no existir prueba indubitable que la parte a ser incorporada suscribió el convenio arbitral, ello en atención al principio favor arbitratis³. Sin embargo, este razonamiento no puede ser trasladado al ámbito de aplicación de una penalidad, que tiene función punitiva y sancionatoria, por lo que su interpretación y aplicación se efectúa de manera restrictiva, y en caso de duda debe optarse por su no aplicación. En otras palabras, para la aplicación de una penalidad, deben existir hechos y medios de prueba que acrediten y justifiquen de manera indubitable y fehaciente su aplicación.

La cláusula penal, como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el cumplimiento irregular o incumplimiento de la obligación, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización por una valoración anticipada de los daños y perjuicios, lo cual obliga a su interpretación restrictiva.

Por otro lado, también es necesario precisar que conforme al artículo 1346 del Código Civil "El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida". En el presente caso no es de aplicación el segundo párrafo, pues la obligación principal no ha sido cumplida ni parcialmente ni irregularmente. Tampoco es de aplicación la primera parte, pues la parte demandada no ha solicitado reducción equitativa de la cláusula penal. Procede, pues, la aplicación de la cláusula penal en su totalidad, más los intereses legales que se devenguen desde la petición de arbitraje, 9 de noviembre de 2007, hasta la fecha efectiva de pago.

¿Quién y en qué proporción deben ser asumidos los gastos arbitrales?

El Tribunal Arbitral, de conformidad con lo estipulado en el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje, y del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje, y estando a que ambas partes han tenido motivos suficientes para litigar atendiendo a la interpretación particular que cada uno dio a la cláusula penal considera que para efectos de la asunción de los gastos arbitrales, en el presente proceso arbitral cada una de las partes debe asumir los gastos arbitrales a su cargo.

Laudo Arbitral de Derecho
Lorenzo Zolezzi
Juan Luis Avendaño
Fernando Capuñay

Por las razones y consideraciones expuestas en el presente y de acuerdo con en la Ley General de Arbitraje, y dentro del plazo establecido en las Reglas del Acta de Instalación y en el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM PERU:

LAUDAMOS:

1. **PRIMERO:** Declarar Fundada la demanda respecto al Señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto e Infundada la demanda respecto a Dexim S.R.L., en consecuencia disponer que el señor Carlos Hernán Milanovitch Nieto pague a favor de Nova Perú S.A.C. la suma de U.S.\$ 500,000 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por concepto de la cláusula penal estipulada en el acápite 2 (Terminación y penalidad) del Capítulo IV (Disposiciones Misceláneas) del "Memorándum de Entendimiento, Adquisición de Dexim S.R.L. y Consorcio Corpesca Dexim S.R.L." de fecha 12 de julio 2007.

2. **SEGUNDO:** Disponer que dicha suma está afecta al interés legal, el cual debe ser computado desde la fecha de petición de arbitraje, es decir, a partir del 9 de noviembre de 2007.

3. **TERCERO:** Declarar que cada parte asumirá sus propios costos y costas procesales.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA
Presidente del Tribunal Arbitral

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Árbitro

FERNANDO CAPUÑAY CHAFLOQUE
Árbitro

ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario General

Case Amcham Nº 03.2007