

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 20)

En la ciudad de Lima, con fecha 1 de febrero de 2012, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Luciano Barchi Velaochaga y Randol Campos Flores; a fin de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral seguido por Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. en contra de la Biblioteca Nacional del Perú.

ANTECEDENTES:

- Con fecha 29 de diciembre de 2008, Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. (en adelante, el Consorcio) y la Biblioteca Nacional del Perú (en adelante, la Biblioteca Nacional) suscribieron el Contrato n.º 038-2008-BNP «Adquisición de software bibliotecario» (en adelante, el Contrato).
- Con fecha 7 de febrero de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Mediante Resolución n.º 01, de fecha 17 de febrero de 2011, se otorgó al Consorcio un plazo de dos (02) días hábiles para que indique cuál de las empresas que lo conforman asumirá el pago de los honorarios establecidos en el Acta de Instalación.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- Por carta s/n, presentada con fecha 21 de febrero de 2011, el Consorcio cumple con el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 01.
- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 22 de febrero de 2011, se tiene por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 01.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 7 de marzo de 2011, el Consorcio presenta su escrito de demanda.
- Mediante Resolución n.º 03, de fecha 10 de marzo de 2011, se otorgó al Consorcio un plazo de tres (03) días hábiles para que subsane la demanda.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 16 de marzo de 2011, el Consorcio cumple con subsanar la demanda.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 21 de marzo de 2011, se admite la demanda y se otorga a la Biblioteca Nacional un plazo de veinte (20) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de abril de 2011, la Biblioteca Nacional contesta —extemporáneamente— la demanda.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 28 de abril de 2011, se tiene por contestada —extemporáneamente— la demanda y se cita a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Por escrito n.º 02, presentado con fecha 5 de mayo de 2011, la Biblioteca Nacional adjunta los medios probatorios que no presentó con su contestación extemporánea. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 06, de fecha 16 de mayo de 2011, a través de la cual se otorga al Consorcio

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

un plazo de cinco (05) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.

- Por escrito n.º 03, presentado con fecha 5 de mayo de 2011, la Biblioteca Nacional presenta una propuesta de puntos controvertidos. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 07, de fecha 16 de mayo de 2011.
- Por escrito n.º 04, presentado con fecha 13 de mayo de 2011, la Biblioteca Nacional solicita la suspensión del proceso o, en todo caso, la reprogramación de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, dado que se habría iniciado una etapa de conciliación entre las partes.
- Con fecha 16 de mayo de 2011, se llevó a cabo una Audiencia en la que se emiten las Resoluciones n.ºs 6, 7 y 8.
- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 16 de mayo de 2011, se suspende el proceso y se otorga a las partes un plazo de treinta (30) días hábiles para que concluyan la etapa conciliatoria que iniciaron, estableciéndose que transcurrido el referido plazo sin que las partes hayan comunicado el acuerdo conciliatorio al que hubiesen arribado, el Tribunal Arbitral reprogramaría la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 15 de julio de 2011, se levanta la suspensión y se cita a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Con fecha 8 de agosto de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y se emite la Resolución n.º 10, a través de la cual se tuvo por no absuelto el

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

traslado conferido mediante Resolución n.º 06 por parte del Consorcio y se declararon inadmisibles los medios probatorios presentados por la Biblioteca Nacional con su escrito n.º 02.

- Por escrito n.º 04 (sic), presentado con fecha 10 de agosto de 2011, la Biblioteca Nacional interpone recurso de reconsideración en contra de la Resolución n.º 10. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 11, de fecha 11 de agosto de 2011, a través de la cual se otorga al Consorcio un plazo de cinco (05) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 03, presentado con fecha 22 de agosto de 2011, el Consorcio absuelve el traslado conferido mediante Resolución n.º 11, solicitando que se declare infundado el recurso de reconsideración.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 25 de agosto de 2011, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Biblioteca Nacional en contra de la Resolución n.º 10.
- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 5 de septiembre de 2011, la Biblioteca Nacional manifiesta que no está de acuerdo con lo decidido por el Tribunal Arbitral en su Resolución n.º 12. Dicho escrito se tuvo presente mediante Resolución n.º 13, de fecha 8 de septiembre de 2011.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 3 de octubre de 2011, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y soliciten el uso de la palabra, si lo estiman conveniente.
- Por escrito n.º 06, presentado con fecha 12 de octubre de 2011, la Biblioteca Nacional presenta sus alegatos escritos.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- Por escrito n.º 04, presentado con fecha 12 de octubre de 2011, el Consorcio presenta sus alegatos escritos.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 17 de octubre de 2011, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
- Por escrito n.º 07, presentado con fecha 3 de noviembre de 2011, la Biblioteca Nacional solicita la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, para no ver perjudicado un posible acuerdo conciliatorio entre las partes.
- Con fecha 3 de noviembre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 21 de noviembre de 2011, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles. Dicho plazo venció el viernes 6 de enero de 2012.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 7 de diciembre de 2011, se apersona el Procurador del Ministerio de Cultura. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 17, de fecha 19 de diciembre de 2011.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 27 de diciembre de 2011, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales. Dicho plazo vencerá el viernes 17 de febrero de 2012.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 18 de enero de 2012, la Biblioteca Nacional informa que Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. le ha efectuado una propuesta de conciliación, la cual viene siendo evaluada. Dicho escrito se tuvo presente mediante Resolución n.º 19, de fecha 23 de enero de 2012.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

CONSIDERANDOS:

1. Que el Consorcio interpone demanda en contra de la Biblioteca Nacional, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

Primera pretensión autónoma

Se declare la nulidad del acto de resolución contractual efectuado por la Biblioteca Nacional, respecto del Contrato.

Primera pretensión accesoria de la primera pretensión autónoma

Se declare la plena vigencia del Contrato.

Segunda pretensión accesoria de la primera pretensión autónoma

Se declare que el Contrato no ha podido ser cumplido por el Consorcio por causas exclusivamente imputables a la Biblioteca Nacional.

Segunda pretensión autónoma

Se determine un plazo adicional para el cumplimiento y conclusión satisfactoria del Contrato, de acuerdo al siguiente detalle:

- (a) Un plazo de quince (15) días útiles, contado a partir de la fecha en que el laudo arbitral quede firme, para realizar un diagnóstico de situación del software parcialmente instalado y definir con precisión las prestaciones pendientes de ejecución.
- (b) Un plazo no mayor de dos (02) meses para culminar con la plena ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio. Este plazo empezará a computarse a partir del vencimiento del plazo señalado en el literal precedente, siempre que la Biblioteca Nacional cumpla con otorgar las facilidades técnicas y de acceso que le corresponde de acuerdo al Contrato.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Tercera pretensión autónoma

Se condene a la Biblioteca Nacional al pago de una indemnización como mecanismo de resarcimiento de todos los gastos que se ha visto obligado a sufragar el Consorcio como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato. El monto de la indemnización deberá calcularse en función a los gastos en que ha incurrido el Consorcio desde la fecha de la ilegal resolución del Contrato (19 de mayo de 2009) hasta la fecha en que se recupere la vigencia del mismo como consecuencia del proceso arbitral (fecha aún incierta) y que legalmente no califiquen dentro del concepto de costas y costos.

Cuarta pretensión autónoma

Se condene a la Biblioteca Nacional al pago de las costas y costos del proceso arbitral.

2. Que la Biblioteca Nacional contesta extemporáneamente la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos.

3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 8 de agosto 2011, el Tribunal Arbitral deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADO POR LA BIBLIOTECA NACIONAL, RESPECTO DEL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO», CELEBRADO ENTRE ÉSTA Y EL CONSORCIO EXECUTIVE PLANNING SYSTEMS DEL PERÚ S.A.C. – BARATZ PANAMÁ S.A.C., CON FECHA 29 DE DICIEMBRE DE 2008.

Posición del Consorcio

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.1. Que encontrándose en plena ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio, con fecha 14 de diciembre de 2009, la Biblioteca Nacional remitió la carta n.º 250-2009-BNP/OA, a través de la cual solicitaba la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, dado que el 23 de diciembre de 2010¹ se vencería.

Que, mediante Carta de fecha 22 de diciembre de 2009, el Consorcio informa a la Biblioteca Nacional que ya había cumplido con la referida renovación, teniendo como nueva fecha de vigencia el 18 de marzo de 2010.

Que, mediante Carta n.º 100-2010-BNP/OA, remitida el 23 de marzo de 2010, la Biblioteca Nacional comunica al Consorcio la ampliación del plazo contractual y la necesidad de renovar la referida fianza, la misma que ya había vencido.

Que el único apercebimiento de dicha Carta era la ejecución de la Carta Fianza.

Que la Carta Fianza fue renovada el 24 de marzo de 2010, fijándose como fecha para su vencimiento el 22 de junio de 2010. Sin embargo, el Consorcio no pudo entregar la renovación de la carta a la Biblioteca, porque la Entidad cortó intempestivamente todo contacto con el Consorcio.

3.2. Que, mediante Carta n.º 143-2010-BNP/OA, remitida el 8 de abril de 2010, la Biblioteca Nacional comunica al Consorcio que procederá a ejecutar la Carta Fianza y a resolver el Contrato por incumplimiento (la no renovación de la fianza).

¹ El Tribunal Arbitral entiende que se trata de un error en la digitación del escrito de demanda, dado que la fecha de vencimiento de la Carta Fianza era el 23 de diciembre de 2009, tal como se desprende de la Carta n.º 250-2009-BNP/OA, de fecha 11 de diciembre de 2009.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, mediante Carta n.º 206-2010-BNP/OA, remitida el 19 de mayo de 2010, la Biblioteca Nacional notifica la Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA, a través de la cual se resuelve el Contrato por la no renovación de la Carta Fianza.

3.3. Que, a entender del Consorcio, la Biblioteca Nacional se valió de la inexistencia de una entrega formal de la Carta Fianza (no entrega que fue propiciada por la propia Entidad), pese a conocer que la fianza sí había sido renovada, lo cual también era verificable directamente en la entidad financiera que la emitió.

3.4. Que aun en el supuesto de que hubiese existido incumplimiento por parte del Consorcio, la resolución del contrato efectuada por la Entidad es nula, al contravenir disposiciones legales que interesan al orden público (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Que el supuesto incumplimiento de la obligación de renovación de la carta fianza no es una causal de resolución automática del Contrato (cláusula resolutoria expresa, en los términos del artículo 1430 del Código Civil).

Que, en efecto, el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM (en adelante, el Reglamento), prevé como única consecuencia de la no renovación de la Carta Fianza su ejecución, sin que alguna de sus estipulaciones pueda entenderse como la configuración de una cláusula resolutoria expresa.

Que lo mismo sucede en el Contrato (en especial, en las Cláusulas Séptima y Octava), en donde no se pactó que los eventuales

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

incumplimientos vinculados a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento configurasen causales de resolución expresa.

3.5. Que la Entidad tampoco cumplió con el procedimiento de resolución contractual por intimación establecido por el artículo 226 del Reglamento, ya que no cumplió con efectuar el requerimiento formal de cumplimiento.

Que si la Entidad hubiese cumplido con efectuar el requerimiento de cumplimiento, tal y como lo establece el referido artículo 226, el Consorcio no habría tenido ningún problema en levantar dicho requerimiento, habida cuenta de que con fecha 24 de marzo de 2010 ya se había cumplido con la renovación.

3.6. Que, dentro de tal orden de ideas, la nulidad de la resolución del Contrato resulta evidente al ser contraria a normas que interesan al orden público, tal como lo establece el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil.

Que resulta innegable que las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento son normas que definitivamente interesan al orden público.

Posición de la Biblioteca

3.7. Que la renovación de la carta fianza es una obligación propia y exclusiva del contratista, lo cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones, de conformidad con lo establecido en el Contrato y por el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado.²

² El Tribunal Arbitral entiende que se trata de un error del escrito de contestación de demanda, dado que la ley aplicable —según la Cláusula Décimo Quinta del Contrato— es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir, el Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento se debió renovar antes del 18 de marzo de 2010, lo cual no ocurrió.

Que, por ello, mediante Carta n.º 100-2010-BNP/OA/ATES, de fecha 23 de marzo de 2010, la Biblioteca Nacional solicitó al Consorcio la renovación de la Carta Fianza, dado que hasta esa fecha no cumplió con su obligación de renovarla.

Que la renovación aparentemente se habría realizado el 24 de marzo de 2010; sin embargo, la Biblioteca Nacional nunca fue informada de dicho acto.

3.8. Que hasta el 18 de mayo de 2010 (fecha en que la Biblioteca Nacional resolvió el Contrato mediante Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA), el Consorcio no informó de la renovación de la carta fianza, con lo cual se materializó el incumplimiento contractual.

Que, en ese sentido, el Consorcio tuvo aproximadamente 20 días para cumplir con su obligación de informar a la Biblioteca Nacional sobre la renovación; por lo que la primera pretensión autónoma se debe declarar infundada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.9. Que la Cláusula Décimo Tercera del Contrato establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 41, inciso c), 45 de la Ley, y los artículos 224 y 225 de su Reglamento; de darse el caso, LA BIBLIOTECA procederá

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

de acuerdo a lo establecido en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». (El subrayado es nuestro).

3.10. Que, por su parte, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM (en adelante, la Ley), establece lo siguiente:

«Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos.-

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento». (El subrayado es nuestro).

3.11. Que, asimismo, los artículos 224 y 226 del Reglamento señalan lo siguiente:

«Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto». (El subrayado es nuestro).

«Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato

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

(...) Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

(...)». (El subrayado es nuestro).

3.12. Que, como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de su celebración.

Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

Que, en tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del artículo 1429 del Código Civil³ o del citado artículo 226 del Reglamento.

Que en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato no se establece un mecanismo particular para resolver el contrato, sino que se hace referencia expresa al procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

³ Artículo 1429.- «En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

(...)».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que el mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría ningún impedimento para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.

Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.

Que el requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Que se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.

Que, en ese sentido, lo que se busca es otorgar seguridad jurídica, protegiendo los intereses de los involucrados, de modo que se eviten conductas oportunistas o contrarias a la buena fe. Así, la exigencia en cuanto a formalidad tiene por objetivo la protección tanto del acreedor que realiza el requerimiento, como del deudor a quien se le exige cumplir. Y es que mediante la carta notarial se evita que el deudor que es requerido pueda aducir que no fue intimado, pero —a su vez— se evita que el acreedor pueda mentir aduciendo que requirió el pago cuando en realidad no lo hizo.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.13. Que resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis que el artículo 226 del Reglamento señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

- (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga.
- (ii) La fijación de un plazo de cinco (5) días.
- (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

Que, así, la intimación, es un acto unilateral y recepticio, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

Que, adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor incumpliente para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar al incumpliente que se procede a resolver el contrato).

3.14. Que, en el presente caso, corresponde analizar, en primer lugar, si la Biblioteca Nacional cumplió con el procedimiento establecido por el citado artículo 226 del Reglamento para la resolución del Contrato.

3.15. Que, de esta manera, tenemos la Carta n.º 100-2010-BNP/OA, de fecha 23 de marzo de 2010, a través de la cual la Biblioteca Nacional señala que «el vencimiento de la carta fianza mencionada ha sido el 18 de los corrientes, de no renovarla se tramitará su ejecución correspondiente». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, por su parte, mediante Carta n.º 143-2010-BNP/OA, de fecha 6 de abril de 2010, la Biblioteca Nacional señala que «a la fecha no se ha cumplido con la renovación de la Carta Fianza N° D193-816381 debiendo aplicarse lo estipulado en los artículos 158 y 164 del Decreto Legislativo 1017 Ley de Contrataciones del Estado, para lo cual la ejecución de dicha garantía no puede ser reclamada de forma alguna. Por los artículos 165, 167, 168, 169 y 170 se procederá a realizar la resolución contractual por incumplimiento de contrato por la no renovación de la Carta Fianza, debiendo realizar los entregables de la prestación avanzada hasta la fecha». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar de las citadas cartas, ninguna de ellas cumple con todos los elementos que debe contener la intimación previa a la resolución.

Que, en efecto, si bien se desprende el requerimiento hecho por la Biblioteca Nacional al Consorcio para que satisfaga una de sus obligaciones (a saber: la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento), conminándola para que la satisfaga; no fija el plazo de cinco días que establece el citado artículo 226 del Reglamento, ni establece el apercibimiento de resolver el contrato.⁴

3.16. Que la Biblioteca Nacional no ha negado —en ninguno de los escritos que obran en el expediente— el hecho de no haber cumplido con el procedimiento establecido por el artículo 226 del Reglamento.

⁴ Incluso, cabe advertir que en la Carta n.º 143-2010-BNP/OA, de fecha 6 de abril de 2010, se hace referencia a normas que no se aplica al presente caso, dado que la Cláusula Décimo Quinta establece expresamente que la normativa aplicable es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento (a saber; los Decretos Supremos n.ºs 083-2004-PCM y 084-2004-PCM).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, ni siquiera, de la documentación presentada —de forma extemporánea— por la Biblioteca Nacional, mediante escrito n.º 02, de fecha 5 de mayo de 2011, obra algún documento que acredite que la Biblioteca Nacional hubiera cumplido con el requerimiento previo (bajo apercibimiento de resolución), tal como establece el artículo 226 del Reglamento.

3.17. Que, incluso, en la Audiencia de Informes Orales, de fecha 3 de noviembre de 2011,⁵ el representante de la Entidad reconoció expresamente que la Biblioteca Nacional no había cumplido con la formalidad establecida por el artículo 226 del Reglamento.

Que, en efecto, en la referida Audiencia, el representante de la Entidad manifestó lo siguiente:

«(...) **efectivamente, no existe la carta de intimación.** Lo que sí existió fue el incumplimiento de la empresa (...). Para los alegatos del colega y de la empresa, si bien es cierto es tocar solamente el punto de la no intimación para la renovación de la carta fianza. **Si bien es cierto eso no se cumplió. No existe documento.** Lo que sí existe fue el incumplimiento de la empresa. **Que quizás el procedimiento de la resolución no fue llevado de una forma adecuada por parte del personal de la Biblioteca. Eso es indiscutible. Eso es verificable de una simple lectura del expediente** (...). En ese sentido, doctores, siendo en puridad un proceso, valga la redundancia, uno de derecho, se estima a bien que ustedes —al momento de resolver— tengan presente que **si bien es cierto el mecanismo legal no fue el adecuado,** el cumplimiento de las obligaciones del contratista tampoco lo fue (...).» (El subrayado y la negrita son nuestros).

3.18. Que, dentro de tal orden de ideas, ha quedado acreditado e, incluso, reconocido por el propio demandante, que no se cumplió con

⁵ El audio de la referida Audiencia de Informes Orales forma parte del expediente.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

el procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento, razón por la cual al no haberse seguido tal procedimiento, el acto resolutorio (contenido en la Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA, de fecha 18 de mayo de 2010) será nulo.

Que, en tal sentido, carece de objeto analizar si el Consorcio cumplió o no con su obligación de renovar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento (es decir, efectuar un análisis sobre el fondo), más allá de que en el Expediente sí consta que la Carta Fianza n.º D193-00816381 fue renovada el 24 de marzo de 2010, estableciéndose como nuevo plazo de vencimiento el 22 de junio de 2010.

3.19. Que, por otro lado, el Tribunal Arbitral estima conveniente precisar que —en el presente caso— no tiene competencia para pronunciarse sobre los supuestos incumplimientos por parte del Consorcio, dado que ellos no han sido formulados como una pretensión por parte de Biblioteca Nacional.

Que, en efecto, la Biblioteca Nacional ha sostenido —en sus escritos y en la Audiencia de Informes Orales— que si bien no cumplió con la formalidad establecida en el artículo 226 del Reglamento, el Tribunal Arbitral debería analizar los incumplimientos del Consorcio y, de esta manera, concluir en que la Biblioteca Nacional tenía derecho a resolver el contrato.

Que, sin embargo, cabe recordar que mediante Resolución n.º 04, de fecha 21 de marzo de 2011, se corrió traslado de la demanda a la Biblioteca Nacional, para que —de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del numeral 13 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 7 de febrero de 2011— la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvenición.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, a pesar de ello, la Biblioteca Nacional —más allá de contestar la demanda de forma extemporánea—⁶ optó por no reconvenir, es decir, por no formular pretensión alguna para que el Tribunal Arbitral se pronuncie, por ejemplo, sobre los alegados incumplimientos por parte del Consorcio.

Que, en tal sentido, el Tribunal Arbitral reitera que no es competente para emitir pronunciamiento alguno sobre los alegados incumplimientos por parte del Consorcio durante la ejecución del Contrato.

3.20. Que, en consecuencia, corresponde declarar fundada la primera pretensión autónoma de la demanda.

EN CASO SE AMPARE EL PUNTO (A), DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA PLENA VIGENCIA DEL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO».

Posición del Consorcio

3.21. Que el vicio del acto jurídico existe desde su propia formación y no tiene opción de ser convalidado, por lo que resulta incapaz de generar efectos jurídicos válidos.

Que, por ello, el laudo que dé respuesta a la presente controversia tendrá un carácter meramente declarativo, es decir, se limitará a verificar o confirmar una situación preexistente.

⁶ Recordemos que la referida Resolución n.º 04 fue notificada a la Biblioteca Nacional con fecha 22 de marzo de 2011, según cargo de notificación que obra en el expediente, por lo que el plazo de veinte días hábiles venció el martes 19 de abril de 2011. Sin embargo, recién con fecha 20 de abril de 2011, la Biblioteca Nacional presenta su escrito de contestación.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, en tal sentido, si el Tribunal Arbitral confirma el carácter ilícito de la resolución contractual, deberá identificar el efecto directo e inmediato, a saber: que el Contrato continúa plenamente vigente.

Que el Consorcio ratifica su voluntad de cumplir y hacer cumplir todos los términos del Contrato, con los ajustes de tiempo necesarios, por efecto del incorrecto accionar de la Entidad.

Posición de la Biblioteca

3.22. Que la resolución del Contrato es un acto válido y, por ende, vigente en toda su magnitud, porque se fundamenta en el incumplimiento de una obligación propia del Contratista.

Que el Contratista no puede revertir el incumplimiento, en el sentido de no haber renovado oportunamente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

Que, en tal sentido, se debe declarar improcedente esta pretensión accesoria.

Posición del Tribunal Arbitral

3.23. Que tomando en consideración que la pretensión accesoria sigue la suerte de la principal y que este Tribunal Arbitral ha declarado fundada la primera pretensión autónoma, considera que también debe declararse fundada la presente pretensión accesoria.

Que, en tal sentido, corresponde declarar la plena vigencia del Contrato n.º 038-2008-BNP «Adquisición de software bibliotecario», teniendo en cuenta que la resolución del contrato efectuada por la Biblioteca

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Nacional fue declarada nula, en tanto no se cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento.

EN CASO SE AMPARE EL PUNTO (A), DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE EL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO» NO HA PODIDO SER CUMPLIDO POR EL CONSORCIO EXECUTIVE PLANNING SYSTEMS DEL PERÚ S.A.C. – BARATZ PANAMÁ S.A.C., POR CAUSAS EXCLUSIVAMENTE IMPUTABLES A LA BIBLIOTECA NACIONAL.

Posición del Consorcio

3.24. Que el Tribunal Arbitral también debe confirmar que si bien el Contrato no ha podido ser cumplido en su integridad por el Consorcio, ello se debe única y exclusivamente al hecho concreto de la indebida resolución contractual efectuada por la Biblioteca.

Que, en efecto, de no haberse dado la ilegal resolución, la ejecución del Contrato habría continuado hasta su efectiva conclusión.

3.25. Que los argumentos sobre la oportunidad e idoneidad técnica del cumplimiento de las prestaciones a cargo del Consorcio, al margen de su más absoluta falsedad, no son materia de discusión en este arbitraje, por propia decisión de la Biblioteca.

Que el supuesto incumplimiento de la renovación de la fianza no es más que un pretexto, pues si las prestaciones técnicas hubieran sido verdaderamente inoportunas o defectuosas, la Biblioteca hubiera podido resolver el contrato por dicho supuesto incumplimiento.

Posición de la Biblioteca

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.26. Que las obligaciones contenidas en el Contrato (durante su vigencia) no fueron cumplidas, ya que el software entregado no estaba al 100% operativo por existir módulos no implementados y módulos inconclusos (opac, catalogación, publicaciones, seriadas, tesaurus o control de autoridades y migración), tal como se desprende del Informe n.º 004-2010-BNP/PISIGRA, de fecha 5 de marzo de 2010, en donde se declaró la no conformidad de la recepción y se otorgó al Consorcio un plazo de 10 días para levantar dichas observaciones.

Que, asimismo, del Informe n.º 05-2010/BNP-PISIGRA, de fecha 25 de marzo de 2010, se desprende que el Consorcio no levantó la totalidad de las observaciones que se detallaron en el Informe n.º 004-2010-BNP/PISIGRA, por lo que se declaró la no conformidad del servicio.

Que, de igual manera, mediante Informe n.º 013-2010-BNP/DT-BNP, de fecha 26 de marzo de 2010, se concluye no subsanadas las observaciones del Software Absysnet; y mediante Informe n.º 073-2010-BNP/ODT/CGG, de fecha 26 de julio de 2010, se concluye que técnicamente el referido sistema no cumplía con las características de un sistema integrado de gestión de bibliotecas (SIGB).

Que, incluso, mediante Carta s/n de fecha 2 de marzo de 2011, el Consorcio reconoce que no cumplió con levantar las observaciones y solicita un plazo de 34 (treinta y cuatro) días para que el sistema esté operativo.

Que, dentro de tal orden de ideas, mientras el Contrato estuvo vigente, el Consorcio no cumplió con sus obligaciones, por lo que no puede pretender justificar su incumplimiento atribuyendo responsabilidad a la Biblioteca.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.27. Que, por otro lado, la Biblioteca Nacional sostiene que la pretensión debe ser declarada improcedente, en tanto no resulta ser una accesoria a la primera pretensión autónoma, es decir, es una pretensión incongruente, dado que la resolución del Contrato fue a raíz de un incumplimiento por parte del Consorcio y no de la Biblioteca.

Que, a entender del demandado, lo correcto habría sido que dicha pretensión hubiese sido formulada como una subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.28. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal (o, como se denomina en este caso, de la pretensión autónoma).

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

3.29. Que, sin embargo, en el presente caso se advierte que la primera pretensión autónoma no conlleva como efecto inmediato que se ampare la planteada como segunda pretensión accesoria, toda vez que esta última no guarda lógica ni estricta dependencia de la primera.

Que si bien, de acuerdo con el análisis de la primera pretensión autónoma, se ha concluido en que la resolución del Contrato es nula (al no haberse cumplido el procedimiento establecido por el artículo 226 del Reglamento), el presente punto controvertido merecería un análisis independiente.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, en efecto, para resolver la segunda pretensión accesoria se debería verificar, por ejemplo: (i) en qué estado se encontraba la ejecución del Contrato al momento en que fue resuelto por la Entidad, (ii) si existía algún incumplimiento a lo establecido en el Contrato; (iii) a quién era imputable dicho incumplimiento, etc.

Que, como resulta evidente, todo ello no ha sido materia de análisis en la primera pretensión autónoma y las respuestas a dichas interrogantes no fluyen como consecuencia lógica necesaria al declarar fundada la referida pretensión.

Que, en consecuencia, la segunda pretensión accesoria planteada por el demandante —al no guardar relación directa con la primera pretensión autónoma— deberá declararse improcedente.

DETERMINAR SI CORRESPONDE FIJAR UN PLAZO ADICIONAL PARA EL CUMPLIMIENTO Y CONCLUSIÓN SATISFACTORIA DEL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO», DE ACUERDO AL SIGUIENTE DETALLE:

- (i) UN PLAZO DE QUINCE (15) DÍAS ÚTILES, CONTADO A PARTIR DE LA FECHA EN QUE EL LAUDO ARBITRAL QUEDE FIRME, PARA REALIZAR UN DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN DEL SOFTWARE PARCIALMENTE INSTALADO Y DEFINIR CON PRECISIÓN LAS PRESTACIONES PENDIENTES DE EJECUCIÓN.

- (ii) UN PLAZO NO MAYOR DE DOS (2) MESES PARA CULMINAR CON LA PLENA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES A CARGO DEL CONSORCIO EXECUTIVE PLANNING SYSTEMS DEL PERÚ S.A.C. – BARATZ PANAMÁ S.A.C. ESTE PLAZO EMPEZARÁ A CONTARSE A PARTIR DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO SEÑALADO EN EL LITERAL PRECEDENTE, SIEMPRE QUE LA BIBLIOTECA NACIONAL CUMPLA CON OTORGAR LAS FACILIDADES TÉCNICAS Y DE ACCESO QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO AL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Posición del Consorcio

3.30. Que al haberse dado una paralización unilateral de la ejecución del Contrato (efecto de la resolución contractual), todo el tiempo que ha durado dicha paralización es un lapso que no puede ser considerado como parte del decurso del mismo, sino que, por el contrario, debe ser considerado como un período neutro para la relación contractual.

Que, por ello, es necesario que el Tribunal Arbitral defina que deben establecerse nuevos plazos para la completa satisfacción de las pretensiones, los mismos que resulten obligatorios e imperativos para ambas partes, manteniendo las mismas condiciones de índole técnico previstas en el Contrato.

3.31. Que la ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio están avanzadas a un 90%, por lo que es necesario realizar un diagnóstico técnico de situación de la instalación del sistema informático contratado. Ello, en razón de que el Consorcio desconoce si la Biblioteca Nacional ha realizado alguna forma de manipulación de lo avanzado por el Consorcio hasta el momento de la ilegal resolución.

Que el Consorcio estima que un plazo razonable para dicho diagnóstico es de quince (15) días hábiles como máximo.

3.32. Que una vez efectuado el diagnóstico y determinado concretamente las prestaciones pendientes de realización, será necesario un plazo adicional de dos (2) meses como máximo. Dicha estimación se ha realizado sobre la base del avance de la instalación que se había logrado al momento de la resolución nula.

Posición de la Biblioteca

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.33. Que el plazo adicional solicitado carece de sentido, dado que la resolución del Contrato fue un acto válido.

Que, en el supuesto negado de que sea amparada esta pretensión, el plazo solicitado de aproximadamente tres (3) meses no garantiza el cumplimiento de las prestaciones del Consorcio, dado que si a la fecha el Consorcio no ha cumplido con subsanar las observaciones formuladas (mediante Informes n.ºs 004-2010-BNP/PISIGRA y 005-2010-BNP/PISIGRA), a pesar de que ha transcurrido más de un año, nada garantiza que el Software esté operativo en dicho plazo adicional.

3.34. Que el Tribunal Arbitral no puede variar o modificar un Contrato, ya que ello se encuentra reservado para las partes, por lo que esta pretensión no reviste asidero legal.

Que, en ese sentido, esta pretensión debe ser declarada improcedente.

Posición del Tribunal Arbitral

3.35. Que, tal como se analizó en los Considerandos 3.9. al 3.20 del presente Laudo, la resolución del Contrato efectuada por la Biblioteca Nacional no es válida, al no haberse seguido el procedimiento establecido expresamente por el artículo 226 del Reglamento.

Que, asimismo, en el Considerando 3.23. del presente Laudo se declaró la plena vigencia del Contrato.

Que el Tribunal Arbitral coincide con el Consorcio en el sentido de que la paralización en la ejecución (que se dio desde la resolución del Contrato) es un lapso que no puede ser considerado como parte del

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

decurso del mismo, sino que, por el contrario, debe ser estimado como un período neutro para la relación contractual.

Que, por ello, la declaración de plena vigencia del Contrato, implica que el Contrato vuelve a tener efectos desde el momento en que se efectuó la resolución, continuándose con su ejecución en las condiciones y plazos establecidos originalmente en el Contrato.

Que, asimismo, hay que tener presente que ni las partes ni la legislación ofrecen una solución a aquellos casos en los cuales el plazo del Contrato se ve afectado o suspendido debido a un proceso arbitral que concluye declarando la nulidad de la resolución del mismo.

3.36. Que, en el presente caso, el Consorcio pretende que el Tribunal Arbitral modifique el Contrato en lo relativo al plazo, a efectos de que se continúe con la ejecución del mismo. Dicho pedido se sustenta en el tiempo transcurrido desde que se resolvió el Contrato.

Que, sin embargo, la Biblioteca Nacional se opone a dicha modificación del plazo, dado que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para ello.

3.37. Que, a entender de este Colegiado, un árbitro no puede modificar las condiciones del contrato.

Que, en efecto, no puede modificarse lo acordado por las partes en un contrato. La valla infranqueable está constituida, en nuestro ordenamiento, por el artículo 1361 del Código Civil, que concede fuerza de ley al contrato válidamente celebrado y, en tal virtud, sólo podría ser modificado por mutuo acuerdo de las partes o por causa legal, es decir, prevalece de un modo inmutable e intangible el principio del *pacta sunt servanda*.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, sobre el particular, cabe preguntarse si ¿debe existir una norma que faculte a los jueces y árbitros a intervenir —en determinadas circunstancias señaladas con toda precisión por el legislador— en los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica, en que se produzcan graves desequilibrios entre las prestaciones?

Que la respuesta es afirmativa. Pero este asentimiento está condicionado a que la modificación del contrato, por su propia naturaleza jurídica, se verifique con cautela.

Que, de esta manera, el principio *pacta sunt servanda* no es absoluto. Él puede ser derogado en condiciones excepcionales, cuando estas condiciones excepcionales —fijadas por el legislador— se cumplen.

Que, en efecto, es al legislador a quien corresponde dictar una norma jurídica precisa y prudente que determine las condiciones en que un juez o un árbitro puede revisar un contrato por haberse producido graves alteraciones entre las prestaciones.

Que un claro ejemplo de ello es la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, en donde el juez puede modificar un contrato, al presentarse ciertos requisitos establecidos por ley. Otro supuesto en el cual el juez puede modificar un contrato lo encontramos en la figura de la lesión.

Que, como sabemos, se trata de figuras contempladas expresamente en nuestro ordenamiento legal, cuyas normas establecen la facultad del juzgador para modificar el contrato, en tanto se presenten los requisitos que, también, expresamente se señalan.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, en tal sentido, ningún árbitro está facultado para modificar un contrato, sobre todo si una de las partes no le concede dicha competencia, como en el caso de la Biblioteca Nacional.

3.38. Que, en consecuencia, corresponde declarar infundada la segunda pretensión autónoma del Consorcio.

DETERMINAR SI CORRESPONDE CONDENAR A LA BIBLIOTECA NACIONAL AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN COMO MECANISMO DE RESARCIMIENTO DE TODOS LOS GASTOS QUE SE HA VISTO OBLIGADO A SUFRAGAR EL CONSORCIO EXECUTIVE PLANNING SYSTEMS DEL PERÚ S.A.C. – BARATZ PANAMÁ S.A.C., COMO CONSECUENCIA DE LA ILEGAL RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N.º 038-2008-BNP «ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO».

Posición del Consorcio

3.39. Que, a partir de la ilegal resolución del Contrato, el Consorcio se ha visto en la imperiosa necesidad de realizar una serie de gastos que, de no mediar dicha conducta antijurídica, no habría necesitado realizar, tales como gastos de traslados de personal directivo y técnico extranjero hacia la ciudad de Lima, gastos de estadía asociados a dichas gestiones, el costo de la asesoría legal previa al inicio del arbitraje (daño emergente).

Que dichos traslados fueron necesarios como medidas urgentes para la protección de los derechos del Consorcio, así como para intentar una solución consensuada a la situación antijurídica propiciada por la Biblioteca Nacional.

Que agotados los esfuerzos para alcanzar una solución concertada a la situación, el Consorcio sostiene que se vio en la imperiosa necesidad de

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

contratar una asesoría legal local, eligiendo al Estudio Berninzon, Benavides, Vargas & Fernández, quienes tomaron la representación del Consorcio, tanto en la fase previa como dentro de la controversia arbitral.

3.40. Que, asimismo, entre la fecha de la ilegal resolución y aquella en que finalmente resulte posible la conclusión satisfactoria del mismo, habrá transcurrido un tiempo durante el cual el Consorcio habrá dejado de percibir la contraprestación debida, lo que se traduce en un menoscabo económico que debe ser resarcido.

Que, en efecto, existe una contraprestación pendiente de pago ascendente a la suma de S/.300,000.00, ya que la Biblioteca Nacional sólo ha cumplido con efectuar el primer pago previsto en la cláusula cuarta.

Que la fórmula más adecuada de cuantificar este extremo del daño (lucro cesante) es aplicarle al monto pendiente de pago, una rentabilidad promedio en base a las ofertas existentes en el mercado para depósitos a plazo fijo en moneda nacional, dejando en claro que tal fórmula de solución en modo alguno representará una rentabilidad empresarial promedio, pero que, en función a un planteamiento conservador y de más fácil corroboración, resulta ser el mecanismo objetivo más viable.

Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral deberá aplicar lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil.

Posición de la Biblioteca

3.41. Que la indemnización que la demandante pretende carece de sentido, dado que, de conformidad con lo establecido por el inciso 1

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

del artículo 1971 del Código Civil, no cabe responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho.

Que la Biblioteca resolvió el Contrato porque no se renovó la Carta Fianza, es decir, lo realizado por la Entidad no tiene consecuencias a favor del demandante, ya que el ejercicio de un derecho no conlleva a un reconocimiento o perjuicio.

Posición del Tribunal Arbitral

3.42. Que, como bien señala Juan Espinosa,⁷ se puede definir a la responsabilidad civil como una tutela de las situaciones jurídicas, que tiene por finalidad imponer al responsable (que, como señala, no necesariamente es el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado.

Que, en general, son tres las funciones que persigue la responsabilidad civil: la función compensatoria o reparadora, la función preventiva y la punitiva.

Que hoy nadie discute que el causar un daño injusto trae como correlato el nacimiento de un deber de reparar o indemnizar a la víctima por el perjuicio sufrido.

Que, en tal sentido, se admite que «la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que aquél le acarrea»;⁸ sin embargo, el cumplimiento de este deber exige la presencia

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 31.

⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 55.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

de otros presupuestos, tales como el factor de atribución y la relación de causalidad.

Que, en ese sentido, se puede colegir que si se incumplen las obligaciones o se lesiona un derecho o un legítimo interés y ello ocasiona daños, la sanción que impone el Código Civil al responsable es la de indemnizar.

Que la responsabilidad civil, para configurarse, requiere la concurrencia de ciertos elementos, siendo, por tanto, imprescindible la acreditación del daño y de su cuantía.

3.43. Que, como primer punto materia de la pretensión indemnizatoria, el Consorcio solicita se le indemnice por el daño emergente que le ocasionó la ilegal resolución del Contrato por parte de la Biblioteca Nacional.

Que, como sabemos, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido.

Que, en el presente caso, el Consorcio sostiene que como daño emergente se le debe indemnizar los gastos de traslados de personal directivo y técnico extranjero a la ciudad de Lima, los gastos de estadía del referido personal y los gastos de la asesoría legal previa al inicio del arbitraje. Todos estos gastos se habrían ocasionado como consecuencia directa de la ilegal resolución del Contrato.

3.44. Que, de la documentación que obra en autos, en primer lugar, se pueden apreciar los siguientes documentos:

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- (a) Reserva n.º 297-3502 en el Hotel Meliá Lima, para el señor Juan Repiso de Baratz, para los días 15, 16, 17 y 18 de febrero de 2011. La reserva era para una habitación «doble lujo», sin especificar el costo.
- (b) Reserva n.º 297-3501 en el Hotel Meliá Lima, para el señor Josu Olalla, indicando como agencia de referencia a Baratz, para los días 14, 15, 16, 17 y 18 de febrero de 2011. La reserva era para una habitación «doble lujo», sin especificar el costo.
- (c) Pasaje para el 15 de febrero de 2011 del señor Juan Repiso Arteche, por Aeroméxico, de México DF a Lima, ascendente a €1,665.26.
- (d) Pasaje para el 18 de febrero de 2011 del señor Juan Repiso Arteche, por Lan Airlines, de Lima a Guayaquil, ascendente a €316.66.
- (e) Pasaje para el 19 de febrero de 2011 del señor Juan Repiso Arteche, por Iberia, de Guayaquil a Madrid, ascendente a €2,523.03.
- (f) Pasajes para el 11 de febrero de 2011 y para el 22 de febrero de 2011, del señor Jesús María Olalla, por Iberia, de Madrid a Guayaquil y de Guayaquil a Madrid, ascendente a €2,239.20.
- (g) Pasaje para el 18 de febrero de 2011 del señor Jesús María Olalla, por Lan Airlines, de Lima a Guayaquil, ascendente a €316.66.
- (h) Factura incompleta n.º 00931-035175C, de fecha 28 de febrero de 2011, emitida por la Agencia «Viajes El Corte Inglés» a Baratz Servicios de Teledocument S.A. A pesar de estar incompleta, de esta factura se aprecia lo siguiente:

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- Además del costo de los pasajes del señor Jesús María Olalla (Madrid-Guayaquil-Madrid),⁹ existió un cargo de emisión de pasajes ascendente a €12.00.

- Costo total de pasajes para el 17 de febrero de 2011 (Lima-Trujillo-Lima), del señor Juan Repiso Arteché, ascendente a €408.61¹⁰ y del señor Jesús María Olalla, ascendente a €408.61.¹¹

- Además del costo del pasaje del señor Jesús María Olalla (Lima-Guayaquil),¹² existió un cargo de emisión de pasajes ascendente a €60.00.

- Además del costo del pasaje del señor Juan Repiso Arteché (Lima-Guayaquil),¹³ existió un cargo de emisión de pasajes ascendente a €60.00.

- Además del costo del pasaje del señor Juan Repiso Arteché (México-Lima),¹⁴ existió un cargo de emisión de pasajes ascendente a €77.00.

- Además del costo del pasaje del señor Juan Repiso Arteché (Guayaquil-Madrid),¹⁵ existió un cargo de emisión de pasajes ascendente a €12.00.

⁹ Ver literal f) del presente Considerando.

¹⁰ Este monto es la suma total de pasajes, tasas y cargo de emisión, según detalle de la factura.

¹¹ Este monto es la suma total de pasajes, tasas y cargo de emisión, según detalle de la factura.

¹² Ver literal g) del presente Considerando.

¹³ Ver literal d) del presente Considerando.

¹⁴ Ver literal c) del presente Considerando.

¹⁵ Ver literal e) del presente Considerando.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- Costo total de pasaje para el 14 de febrero de 2011 (Guayaquil-Lima), del señor Jesús María Olalla, ascendente a €411.55.¹⁶
 - Costo total de pasaje para el 27 de febrero de 2011 (Guayaquil-Madrid), del señor Jesús María Olalla, ascendente a €132.00.¹⁷
- (i) Factura incompleta n.º 00911056561C, de fecha 28 de febrero de 2011, emitida por la Agencia «Viajes El Corte Inglés» a Baratz Servicios de Teledocument S.A. A pesar de estar incompleta, de esta factura se aprecia lo siguiente:
- Costo de la estadía del señor Josu Olalla del 14 al 18 de febrero de 2011,¹⁸ ascendente a €502.32.
 - Costo de la estadía del señor Juan Repiso Arreche del 15 al 18 de febrero de 2011,¹⁹ ascendente a €378.78.

Que, dentro de tal orden de ideas, tenemos gastos por viaje y estadía de los señores Jesús María Olalla y Juan Repiso Arreche, ascendentes a €9,523.68.

Que, asimismo, cabe precisar que de la referida documentación se desprende que los gastos por viaje y estadía fueron asumidos por Baratz Servicios de Teledocument S.A., que no es parte del presente arbitraje ni es una de las empresas que forma el Consorcio demandante.

¹⁶ Este monto es la suma total de pasajes, tasas y cargo de emisión, según detalle de la factura.

¹⁷ Este monto es la suma total de pasajes, tasas y cargo de emisión, según detalle de la factura.

¹⁸ Ver literal b) del presente Considerando.

¹⁹ Ver literal a) del presente Considerando.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que si bien el Tribunal Arbitral entiende que Baratz Panamá S.A. (que sí es parte del Consorcio) y Baratz Servicios de Teledocument S.A. forman parte de un mismo grupo económico,²⁰ esta última es —en estricto— un tercero ajeno al presente proceso.

Que, en tal sentido, a pesar de que la Biblioteca Nacional nunca ha cuestionado la veracidad del contenido de dichos documentos, ni ha negado lo sostenido por el Consorcio (en el sentido de que los referidos señores hayan estado en Lima como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato), el Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse sobre el desmedro patrimonial que el actuar de la Entidad haya podido generar en un tercero.

Que, en consecuencia, el Tribunal Arbitral no puede admitir los gastos de estadía y traslado de los señores Repiso y Olalla como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio o a una de las empresas que lo conforman.

3.45. Que, de la documentación que obra en autos, en segundo lugar, se puede apreciar los siguientes documentos:

- (a) Ticket de consumo n.º 100-0006395, de fecha 25 de febrero de 2011, ascendente a S/ .65.00, emitido por El Parquetito. En dicho ticket figura como usuario del servicio a Sergio.
- (b) Ticket de consumo n.º 100-0006396, de fecha 25 de febrero de 2011, ascendente a S/ .4.00, emitido por El Parquetito. En dicho ticket figura como usuario del servicio a Sergio.

²⁰ En efecto, en el expediente obra la carta s/n de fecha 30 de abril de 2010, remitida por el doctor Maurice a la Dirección Técnica de la Biblioteca Nacional del Perú, en donde se afirma que Baratz Servicios de Teledocument S.A. es la «casa matriz de Baratz Panamá S.A.».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- (c) Ticket de consumo n.º 100-0006397, de fecha 25 de febrero de 2011, ascendente a S/.22.00, emitido por El Parquetito. En dicho ticket figura como usuario del servicio a Sergio.

Que, sin embargo, de dichos tickets no se desprende con certeza quién efectuó el consumo y cuál es su relación con el Consorcio o con alguna de las empresas que lo conforman o, incluso, con alguna empresa del mismo grupo económico.

Que, en tal sentido, si bien la Biblioteca Nacional no ha cuestionado el contenido de dichos tickets, el Tribunal Arbitral no puede admitir dichos gastos como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, dado que no tiene la certeza de que se relacionen con el presente caso.

3.46. Que, de la documentación que obra en autos, en tercer lugar, se puede apreciar los siguientes documentos:

- (a) Vale de movilidad emitido por B&M Remisse, de fecha 24 de febrero de 2011, ascendente a S/.12.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.
- (b) Boleta de venta n.º 007253, emitida por una Fuente de Soda, de fecha 25 de febrero de 2011, ascendente a S/.11.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.
- (c) Boleta de venta n.º 1178212, emitida por Café Beirut, de fecha 24 de febrero de 2011, ascendente a S/.60.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- (d) Boleta de venta n.º 001-414579, emitida por Heladería Sarcletti, de fecha 24 de febrero de 2011, ascendente a S/.20.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

- (e) Boleta de venta (no se identificad el número), emitida por Wong, de fecha 24 de febrero de 2011, ascendente a S/.27.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

- (f) Factura n.º G60670, emitida por Hispatlantic S.A. (Panamá), de fecha 23 de febrero de 20XX (no se aprecia correctamente el año), ascendente a €4.5 No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

- (g) Boleta de venta n.º 598778, emitida por Cafetería Haití, de fecha 26 de febrero de 2011, ascendente a S/.31.00. No se indica ni el del nombre de la empresa ni el usuario directo del servicio.

- (h) Ticket de consumo n.º 200-0475754, de fecha 26 de febrero de 2011, ascendente a S/.91.45, emitido por el Rentaurant Manacaru. En dicho ticket figura como usuario del servicio la señora Nelly Sánchez Marrufo.

- (i) Ticket de consumo n.º 001-1102690, de fecha 25 de febrero de 2011, ascendente a S/.85.00, emitido por Café Café. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

- (j) Boleta s/n, de fecha 26 de febrero de 2011, ascendente a B/.28.00, emitido por Servicio de Taxi (Panamá). No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio.

Que, como se ha podido apreciar de los documentos detallados en los literales (a) a (j) del presente Considerando, de aquéllos no se desprende

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

con certeza quién efectuó el consumo ni cuál es su relación con el Consorcio o con alguna de las empresas que lo conforman o, incluso, con alguna empresa del mismo grupo económico.

Que, en tal sentido, si bien la Biblioteca Nacional no ha cuestionado el contenido de dichos documentos, el Tribunal Arbitral no puede admitir tales gastos como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, dado que no tiene la certeza de que se relacionen con el presente caso.

3.47. Que, de la documentación que obra en autos, en cuarto lugar, se puede apreciar los siguientes documentos:

- (a) Ticket de Traslado n.º 00016, de fecha 26 de febrero de 2011, ascendente a US\$20.00, emitido por Servicio de Taxi Metropolitano-Marco Antonio Manrique Vilca. El usuario del servicio fue el señor Rodrigo García.
- (b) Ticket s/n, de fecha 23 de febrero de 2011, emitido por Radio Taxi Panamá, ascendente a 23.00.²¹ En el ticket figura como usuario del servicio el señor R. García.
- (c) Boleta de venta n.º 089918, de fecha 23 de febrero de 2011, emitida por CMV Servicio Ejecutivo S.A., ascendente a S/.110.00. No se indica ni el nombre de la empresa ni el del usuario directo del servicio. Esta boleta de venta no se tomará en cuenta para el análisis de gastos en el presente Considerando, habida cuenta de que no se desprende con certeza quién efectuó el consumo ni cuál es su relación con el Consorcio o con alguna de las empresas que lo

²¹ No se especifica la unidad monetaria. Sin embargo, tomando en cuenta que el servicio de taxi fue realizado en la ciudad de Panamá, se podría asumir que se trata de B/.23.00, es decir, 23 Balboas.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

conforman o, incluso, con alguna empresa del mismo grupo económico.

- (d) Confirmación de Reserva s/n, de fecha 22 de febrero de 2011, para los señores Rodrigo García y Rubén Danilo Rodríguez, de dos pasajes de avión por Copa Airlines, para los días 23 de febrero de 2011 (Panamá-Lima) y 26 de febrero de 2011 (Lima-Panamá), ascendente a US\$1,417.40.
- (e) Confirmación de Reserva n.º 7845400, de fecha 22 de febrero de 2011, para el señor Rodrigo García Hidrovo y Rubén Danilo Rodríguez, en el Hotel Nido Inn, para los días 23, 24, 25 y 26 de febrero de 2011, ascendente a US\$405.00.

Que, dentro de tal orden de ideas, tenemos gastos por viaje y estadía de los señores Rodrigo García Hidrovo y Rubén Danilo Rodríguez, ascendentes a US\$1,842.40 y B/.23.00.

Que, asimismo, cabe precisar que de la documentación que obra en el expediente se desprende que el señor Rodrigo García Hidrovo es el Gerente General de Baratz Panamá S.A.²² y que el señor Rubén Rodríguez lo acompañó a las reuniones sostenidas en febrero del 2011 con los funcionarios de la Biblioteca Nacional.²³

Que, si bien la Biblioteca Nacional nunca ha cuestionado la veracidad del contenido de dichos documentos ni ha negado lo sostenido por el Consorcio (en el sentido de que los referidos señores hayan estado en Lima como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato), el Consorcio no ha acreditado que los gastos que se detallan en los

²² Ver correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2011 que remite el señor García a diversos funcionarios de la Biblioteca Nacional y a funcionarios y abogados del Consorcio.

²³ Ídem.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

literales (a) a (e) del presente Considerando, hayan sido realizados por el Consorcio o por alguna de las empresas que lo conforman.

Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral no puede admitir los gastos de estadía y traslado de los señores García y Rodríguez como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio o a alguna de las empresas que lo conforman.

3.48. Que, de la documentación que obra en autos, en quinto lugar, se puede apreciar el Informe de Gastos de los señores Rodrigo García Hidrovo y Rubén Rodríguez, por el período del 23 al 26 de febrero de 2011, ascendentes US\$2,118.23.²⁴

Que en dicho Informe se precisa que el referido documento es «sólo para uso interno» de la empresa que lo ha elaborado (pero no se especifica el nombre de la empresa).

Que, incluso, en el supuesto de que el Informe de Gastos corresponda al Consorcio o a alguna de las empresas que lo conforman o a alguna empresa del mismo grupo económico, dicho informe no tiene sustento en facturas y boletas en donde se aprecie que dichos gastos se efectuaron realmente y si fueron consecuencia directa de la resolución del Contrato.

Que, en tal sentido, si bien la Biblioteca Nacional no ha cuestionado el contenido de dicho Informe, el Tribunal Arbitral no puede admitir dichos gastos como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, dado que no tiene la certeza de que hayan existido ni de que se relacionen con el presente caso.

²⁴ Se señala en el referido Informe que a dicha suma se le descuenta los «adelantos» ascendentes a US\$350.00, por lo que figura un total de US\$1,768.23.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.49. Que, de la documentación que obra en autos, en sexto lugar, se puede apreciar el Informe de Gastos del señor Rodrigo García Hidrovo, por el período del 15 al 19 de marzo de 2010, ascendentes US\$458.12.²⁵

Que, más allá de que dicho Informe de Gastos tampoco tiene sustento en facturas y boletas, debemos recordar que la resolución del Contrato se dio a través de la Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA, de fecha 18 de mayo de 2010, por lo que supuestos gastos (no sustentados) entre el 15 y 19 de marzo del 2010,²⁶ no pueden ser considerados —de forma alguna— como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, a consecuencia directa de la resolución del Contrato.

3.50. Que, de la documentación que obra en autos, en séptimo lugar, se puede apreciar dos comprobantes de cheque, de fechas 20 de febrero y 4 de marzo de 2010, ascendentes a B/.1,066.00 y B/.725.20, respectivamente. Si bien los comprobantes correspondían a cheques girados a nombre del señor Rubén Rodríguez y al Portador, ambos comprobantes fueron firmados por el señor Rodríguez.

Que, sobre el tema, debemos reiterar que la resolución del Contrato se dio a través de la Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA, de fecha 18 de mayo del 2010, por lo que los referidos comprobantes,²⁷ no pueden ser considerados —de forma alguna— como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, a consecuencia directa de la resolución del Contrato.

²⁵ Se señala en el referido Informe que a dicha suma se le descuenta los «adelantos» ascendentes a US\$350.00, por lo que figura un total de US\$108.12.

²⁶ Es decir, gastos efectuados dos meses antes de la resolución del Contrato materia del presente arbitraje.

²⁷ Correspondientes a adelantos (para el viaje y gastos del señor Rodríguez) que fueron entregados dos y tres meses antes de la resolución del Contrato materia del presente arbitraje.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

3.51. Que, de la documentación que obra en autos, en octavo lugar, se puede apreciar la constancia de compra de un pasaje de Copa Airlines para el señor Rubén Danilo Rodríguez, para los días 21 y 27 de febrero de 2010 (Panamá-Lima-Panamá), ascendente a US\$764.00.

Que aquí también se debe tener presente que la resolución del Contrato se dio a través de la Resolución Directoral n.º 034-2010-BNP/OA, de fecha 18 de mayo del 2010, por lo que los referidos pasajes,²⁸ no pueden ser considerados —de forma alguna— como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, como consecuencia directa de la resolución del Contrato.

3.52. Que, de la documentación que obra en autos, en noveno lugar, se puede apreciar la Liquidación n.º 2010/09156 y n.º 2010/09157, ambas de fecha 10 de junio de 2010, elaboradas por Berninzón, Benavides, Vasrgas & Fernández Abogados y remitidas a Baratz España S.A., en donde se establece lo siguiente:

- Servicios legales y servicios de gestión en relación al Contrato n.º 038-2008-BNP, celebrado con la Biblioteca Nacional del Perú, por un total de US\$7,735.00; y
- Servicios legales con relación a posible arbitraje a ser iniciado por el consorcio conformado por las empresas Baratz Panamá S.A. y Executive Planning Systems del Perú S.A.C. (Consorcio), en relación al cumplimiento del Contrato n.º 038-2008-BNP «Adquisición de Software Bibliotecario», suscrito con la Biblioteca Nacional del Perú (BNP), por un total de US\$4,462.50.

²⁸ Correspondientes a vuelos a ser efectuados casi tres meses antes de la resolución del Contrato materia del presente arbitraje.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, sin embargo, las referidas Liquidaciones no tienen sustento en facturas y boletas, en donde se aprecie que dichos gastos se efectuaron realmente por el Consorcio o por alguna de las empresas que lo conforman.

Que, en tal sentido, si bien la Biblioteca Nacional no ha cuestionado el contenido de dichas Liquidaciones, el Tribunal Arbitral no puede admitir dichos gastos como parte del daño emergente ocasionado por la Biblioteca Nacional al Consorcio, dado que no tiene la certeza de que hayan existido.

3.53. Que luego de analizar todos los medios probatorios que el Consorcio presentó como sustento del daño emergente que reclama en el presente proceso arbitral, tenemos que el demandante no ha acreditado fehacientemente —en este proceso— que alguna de las empresas que lo conforman haya sufrido un desmedro patrimonial como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato.

3.54. Que, asimismo, debemos recordar que el Consorcio ha solicitado una indemnización por «los gastos en que ha incurrido el Consorcio, desde la fecha de la ilegal resolución del Contrato (19 de mayo de 2009) hasta la fecha en que se recupere la vigencia del mismo como consecuencia del proceso arbitral (fecha aún incierta) y que legalmente no califiquen dentro del concepto de costas y costos».

Que, por ello, el Consorcio solicitó que «dado el carácter aún líquido de esta pretensión, el Tribunal Arbitral se servirá disponer que la liquidación respectiva sea efectuada en vía de ejecución del Laudo Arbitral».

Que, sobre el particular, el Tribunal Arbitral debe precisar que en el presente caso se ha limitado a analizar el sustento del daño emergente

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

que ha sido presentado por el Consorcio. El Tribunal Arbitral no puede saber si existen otros gastos efectuados por el Consorcio o por alguna de las empresas que lo conforman, que se deriven de la ilegal resolución de Contrato efectuada por la Entidad, en tanto no han sido acreditados en el presente proceso.

Que en caso existiesen otros gastos distintos a los ya analizados en los Considerandos 3.44. a 3.52. del presente proceso arbitral, corresponderá al Consorcio exigir su pago a la Biblioteca Nacional, acreditando que ellos fueron consecuencia de la ilegal resolución del Contrato.

3.55. Que, por otro lado, el Consorcio ha sostenido en los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda (y en otros escritos) que corresponde que la Biblioteca Nacional pague una indemnización por concepto de lucro cesante, solicitando al Tribunal Arbitral la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1332.- «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». (El subrayado es nuestro).

Que, de esta manera, el Consorcio afirma que dejó de percibir la contraprestación pendiente de pago (ascendente a S/.300,000.00), y que para calcular el daño que ello ha ocasionado (lucro cesante) se debe tener presente una rentabilidad promedio en base a las ofertas existentes en el mercado para depósitos a plazo fijo en moneda nacional.

Que, sin embargo, el Tribunal Arbitral advierte que la pretensión —tal y como ha sido planteada en la demanda— se limita a los daños emergentes y no al lucro cesante.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, en efecto, en las páginas 2 y 3 del escrito de demanda tenemos como tercera pretensión autónoma que:

«Se condena a LA BIBLIOTECA al pago de una INDEMNIZACIÓN como mecanismo de resarcimiento de todos los gastos que se ha visto obligada a sufragar EL CONSORCIO como consecuencia de la ilegal resolución de EL CONTRATO.

En ese orden de ideas, el monto de la indemnización deberá calcularse en función a los gastos en que ha incurrido EL CONSORCIO, desde la fecha de la ilegal resolución del CONTRATO N° 038-2008/BNP “ADQUISICIÓN DE SOFTWARE BIBLIOTECARIO”, (19 de mayo de 2009) hasta la fecha en que se recupere la vigencia del mismo como consecuencia del proceso arbitral (...).» (Sólo la negrita es nuestra).

Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral no podría ordenar a la Biblioteca el pago de lucro cesante alguno, dado que el Consorcio no lo ha solicitado como pretensión de su escrito de demanda.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO.

3.56. Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, disponen que el Tribunal Arbitral distribuirá los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

institución arbitral. Además, la norma establece que el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, en este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado que —durante la prosecución del proceso— ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles y, que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir las costas y costos del presente proceso en las cantidades pagadas o que se hubiesen comprometido a pagar.

HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

4. Que, en el numeral 40 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 7 de febrero de 2011, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/.6,000.00 netos y de la secretaria arbitral la suma de S/.3,500.00 netos.

Que, en el presente caso, el Tribunal Arbitral no estimó necesario efectuar reajuste o reliquidación de honorarios.

Que, en tal sentido, corresponde fijar como honorario total del Tribunal Arbitral la suma de S/.18,000.00 netos y de la Secretaria Arbitral en la suma de S/.3,500.00 netos.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

5. Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral
LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. y, en consecuencia, declarar nula la resolución contractual efectuada por la Biblioteca Nacional del Perú respecto del Contrato n.º 038-2008-BNP «Adquisición de software bibliotecario».

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. y, en consecuencia, declarar la plena vigencia del Contrato n.º 038-2008-BNP «Adquisición de software bibliotecario».

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A.

CUARTA: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

QUINTA: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A.

SEXTA: Declarar **FUNDADA —en parte—** la cuarta pretensión autónoma de Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. y, en consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, se ordena que los gastos arbitrales sean asumidos por ambas partes en las cantidades pagadas o que se hubiesen comprometido a pagar.

MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA
Árbitro

RANDOL CAMPOS FLORES
Árbitro

RITA SABROSO MINAYA
Secretaria Ad-Hoc

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Resolución n.º 24

Lima, 19 de marzo de 2012.-

ANTECEDENTES

1. Con fecha 1 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral que puso fin a las controversias surgidas entre Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. (en adelante, el Consorcio) y la Biblioteca Nacional del Perú (en adelante, la Biblioteca Nacional).

Dicho Laudo fue puesto en conocimiento de las partes con fecha 2 de febrero de 2012, según cargos de notificación que obran en el expediente.

2. Por escrito n.º 04, presentado con fecha 20 de febrero de 2012, el Consorcio solicita la interpretación del Laudo Arbitral.

Mediante Resolución n.º 21, de fecha 21 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral tramitó el escrito de interpretación del laudo presentado por el Consorcio y otorgó a la Biblioteca Nacional un plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir de la notificación de la referida resolución, para que exprese lo conveniente a su derecho.

Dicha Resolución fue notificada a las partes con fechas 22 y 23 de febrero de 2012, según cargos de notificación que obran en el expediente.

3. Por escrito s/n, presentado con fecha 7 de marzo de 2012, la Biblioteca Nacional absuelve el traslado conferido.

Mediante Resolución n.º 23, de fecha 8 de marzo de 2012, se trajo los autos para resolver por un plazo de diez (10) días hábiles, contado desde la notificación de la referida resolución.

Dicha Resolución fue notificada a las partes con fechas 12 y 13 de marzo de 2012, según cargos de notificación que obran en el expediente.

CONSIDERANDOS

1. **MARCO CONCEPTUAL**

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Antes de iniciar el análisis de la solicitud presentada por el Consorcio al Tribunal Arbitral, éste considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicable durante el desarrollo del análisis del recurso interpuesto.

El artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) establece lo siguiente:

Artículo 58.- «Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

(...)

b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

(...)». (El subrayado es nuestro).

Uno de los recursos contemplados por el citado artículo 58 es el de interpretación.

Antes la Ley General de Arbitraje no definía en qué consistía la aclaración (hoy llamada interpretación), por lo que se tenía que recurrir al artículo 406 del Código Procesal Civil, a efectos de interpretar el alcance del referido recurso.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje establece que cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

Como se puede apreciar, en el proceso arbitral, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del Laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.

Nótese que la Ley de Arbitraje señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo —excepcionalmente— la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar (aclarar) su laudo.

Al respecto, Hinojosa Segovia²⁹ señala que debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia.

Como podemos advertir, el propósito de la norma es permitir la interpretación de un laudo para su correcta ejecución. Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión.

Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una interpretación de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente inapropiado y, como tal, debe ser desestimada.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a delimitar y resolver la solicitud de interpretación presentada por el Consorcio.

2. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO FORMULADA POR EL CONSORCIO

²⁹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Posición del Consorcio

- 2.1. El Consorcio señala que el razonamiento desarrollado por el Tribunal Arbitral —al momento de analizar la segunda pretensión accesoria— ha rebasado los límites de la primera pretensión autónoma, incorporando aspectos técnicos³⁰ del Contrato que no son ni deben ser materia de análisis y resolución.
- 2.2. Asimismo, el Consorcio sostiene que cuando planteó su primera pretensión autónoma lo hizo —única y exclusivamente— en función a la nulidad de la resolución contractual ejecutada por la Biblioteca. Y en razón a dicha línea principal, el Consorcio diseñó su «acumulación accesoria».
- 2.3. De esta manera, el Consorcio entiende que al declararse fundada la pretensión autónoma, se desprende: (i) que el Contrato recobró vigencia; y (ii) que la imposibilidad de cumplir el Contrato por el ilegal corte de la relación, se dio por responsabilidad exclusiva de la Biblioteca.

Por ello, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que precise si su análisis de la segunda pretensión accesoria sigue siendo el mismo, pese a las consideraciones señaladas en el recurso de interpretación.

Posición de la Biblioteca Nacional

- 2.4. A entender del demandado, el Consorcio pretende que el Tribunal Arbitral reformule las razones que sustentan la declaración de improcedencia de la segunda pretensión accesoria y reconsidere su decisión.

En tal sentido, la Biblioteca Nacional solicita que el recurso de interpretación sea declarado improcedente.

Posición del Tribunal Arbitral

³⁰ Cabe precisar que el Consorcio no indica ni menciona a qué aspectos técnicos se refiere.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

- 2.5. En primer lugar, el Tribunal Arbitral debe precisar que el pedido del Consorcio no está relacionado —en modo alguno— con algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo (es decir, en la parte resolutive del mismo) o expresado en los considerandos, que influya en la referida parte resolutive para determinar los alcances de la ejecución.

En estricto, el Consorcio impugna el razonamiento efectuado por el Tribunal, argumentando que éste se habría excedido los límites de la primera pretensión autónoma.

En tal sentido, el recurso de interpretación debe ser declarado improcedente.

- 2.6. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera necesario reiterar cuál ha sido el análisis efectuado, en los Considerandos 3.28 y 3.29 del laudo arbitral, en torno a la segunda pretensión accesoria; a saber:

«3.28. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal (o, como se denomina en este caso, de la pretensión autónoma).

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

3.29. Que, sin embargo, en el presente caso se advierte que la primera pretensión autónoma no conlleva como efecto inmediato que se ampare la planteada como segunda pretensión accesoria, toda vez que esta última no guarda lógica ni estricta dependencia de la primera.

Que si bien, de acuerdo con el análisis de la primera pretensión autónoma, se ha concluido en que la resolución del Contrato es nula (al no haberse cumplido el procedimiento establecido por el artículo 226 del Reglamento), el presente punto controvertido merecería un análisis independiente.

Que, en efecto, para resolver la segunda pretensión accesoria se debería verificar, por ejemplo: (i) en qué estado se encontraba la ejecución del Contrato al momento en que fue resuelto por la Entidad, (ii) si existía algún incumplimiento a lo establecido en el Contrato; (iii) a quién era imputable dicho incumplimiento, etc.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

Que, como resulta evidente, todo ello no ha sido materia de análisis en la primera pretensión autónoma y las respuestas a dichas interrogantes no fluyen como consecuencia lógica necesaria al declarar fundada la referida pretensión.

Que, en consecuencia, la segunda pretensión accesoria planteada por el demandante —al no guardar relación directa con la primera pretensión autónoma— deberá declararse improcedente».

Resulta evidente que el Tribunal Arbitral efectuó un análisis sobre la procedencia o no de la segunda pretensión accesoria; ello, en modo alguno, puede implicar exceso por parte del Tribunal Arbitral al momento de analizar dicha pretensión. Es deber de todo juzgador —antes de pronunciarse sobre el fondo— ver si la pretensión —tal y como ha sido planteada por la parte— es procedente o no.

- 2.7. Por otro lado, el Consorcio ha sostenido en el primer párrafo del punto 2.1. de su escrito, que el análisis que efectuó este Colegiado rebasó «los límites de nuestra primera pretensión autónoma, incorporando aspectos técnicos de EL CONTRATO, que no son ni deben ser materia de análisis y resolución». (El subrayado es nuestro).

Cabe precisar que el Consorcio no ha indicado cuáles serían los supuestos «aspectos técnicos» que se habrían incorporado en el análisis de la referida pretensión accesoria.

Y no hubiera podido indicarlos, porque el Tribunal Arbitral —al momento de expresar su posición— no ha hecho mención a «aspecto técnico» alguno.

Los únicos «aspectos técnicos» que se habrían señalado en el Laudo (referidos a la pretensión objeto del presente recurso) son los que la Biblioteca Nacional sostuvo en el presente proceso y que fueron reseñados en el Considerando 3.26. del Laudo Arbitral; considerando que expresamente lleva por subtítulo «Posición de la Biblioteca».

No se puede sostener válidamente que las posiciones resumidas de alguna de las partes, implique que las mismas hayan sido asimiladas o adoptadas

Proceso Arbitral Ad – Hoc seguido por Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A.C. y Biblioteca Nacional

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Luciano Barchi Velaochaga
Randol Campos Flores

como propias por el Tribunal Arbitral. Es evidente que ello no ha ocurrido en el laudo que solucionó las controversias derivadas de este proceso.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:** Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de interpretación presentado por Consorcio Executive Planning Systems del Perú S.A.C. – Baratz Panamá S.A. en contra del Laudo Arbitral, de fecha 1 de febrero de 2012. *.- Fdo. Mario Castillo Freyre, Presidente del Tribunal; Luciano Barchi Velaochaga, Árbitro; Randol Campos Flores, Árbitro; Rita Sabroso Minaya, Secretaria Ad-Hoc.*