
Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 29)

En la ciudad de Lima, con fecha 12 de septiembre 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, Carlos Miguel Luis Peña Perret, Árbitro, y José Alberto Retamozo Linares, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por el Consorcio Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados – Praxis Et Veritas Consultores S.A.C., en contra del Seguro Social de Salud.

ANTECEDENTES

- Con fecha 22 de marzo de 2010, Consorcio Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados – Praxis Et Veritas Consultores S.A.C. (en adelante, el Consorcio) y el Seguro Social de Salud (en adelante, ESSALUD) suscribieron el Contrato n.º 460035362 para la «Contratación del Servicio de Toma de Inventario Físico, Tasación, Conciliación, Análisis Contable y Migración de Datos de los Bienes Muebles de ESSALUD a Nivel Nacional (en adelante, el Contrato).

- Con fechas 6 de mayo, 8 de noviembre y 22 de diciembre de 2010, el Consorcio y ESSALUD suscribieron tres adendas al Contrato.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Mediante Carta Notarial n.º 18434-2011, de fecha 8 de marzo de 2011, el Consorcio solicitó el inicio del arbitraje, designando al doctor Carlos Miguel Luis Peña Perret como árbitro de parte.

- Mediante Carta n.º 121-GG-ESSALUD-2011, de fecha 22 de marzo de 2011, ESSALUD contestó la solicitud de arbitraje, designando al doctor José Alberto Retamozo Linares como árbitro de parte.

- Con fecha 28 de abril de 2011, los doctores Peña y Retamozo designaron al doctor Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal Arbitral.

- Con fecha 3 de mayo de 2011, el doctor Castillo aceptó la designación efectuada.

- |

- Con fecha 8 de junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

- Mediante carta s/n, presentada con fecha 15 de junio de 2011, el Consorcio cumplió con el pago de los anticipos de honorarios arbitrales a su cargo.

- Mediante Resolución n.º 01, de fecha 22 de junio de 2011, el Tribunal Arbitral tuvo por cumplido el pago del anticipo de los honorarios arbitrales por parte del Consorcio.

- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 30 de junio de 2011, el Tribunal Arbitral otorgó a ESSALUD un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpla con pagar los honorarios arbitrales que le corresponde.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Mediante Resolución n.º 03, de fecha 1 de agosto de 2011, el Tribunal Arbitral tuvo por cumplido el pago del anticipo de los honorarios arbitrales por parte de ESSALUD. Asimismo, declaró abierto el proceso arbitral y se otorgó al Consorcio un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar su escrito de demanda.
- Por escrito n.º 01, presentado con fecha 16 de agosto de 2011, el Consorcio presentó su escrito de demanda.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 22 de agosto de 2011, se otorgó al Consorcio un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que subsane su demanda.
- Por escrito n.º 02, presentado con fecha 26 de agosto de 2011, el Consorcio cumplió con subsanar la demanda.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 5 de septiembre de 2011, se tuvo por cumplido el requerimiento conferido mediante Resolución n.º 4. En consecuencia, se admitió a trámite la demanda y se tuvo por ofrecidos los medios probatorios indicados en los escritos n.º 01 y n.º 02 del Consorcio. Asimismo, se otorgó a ESSALUD un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que expresara lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 03 (sic),¹ presentado con fecha 20 de septiembre de 2011, el Consorcio solicitó una medida cautelar de no innovar contra ESSALUD.

¹ El escrito n.º 3 presentado como tal en el presente proceso arbitral, será considerado como el escrito n.º 1 del Cuaderno Cautelar.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Por escrito n.º 02 (sic), presentado con fecha 21 de septiembre de 2011, ESSALUD contestó la demanda.
- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 27 de septiembre de 2011, se otorgó a ESSALUD un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que cumpla con subsanar su escrito de contestación.
- Mediante Resolución n.º 01 del Cuaderno Cautelar, de fecha 27 de septiembre de 2011, se corrió traslado a ESSALUD del escrito de medida cautelar, presentado por el Consorcio, a fin de que en un plazo de tres (3) días hábiles, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 02, presentado con fecha 28 de septiembre de 2011, ESSALUD cumplió con subsanar su contestación de demanda.
- Por otro escrito n.º 02 (sic), presentado con fecha 28 de septiembre de 2011, ESSALUD amplió su contestación de la demanda.
- Por escrito n.º 02 (sic), presentado con fecha 3 de octubre de 2011, ESSALUD se ratificó en determinados medios probatorios ofrecidos y adjuntó el archivo electrónico de la contestación de la demanda requerida mediante Resolución n.º 06.
- Por escrito n.º 05,² presentado con fecha 3 de octubre de 2011, ESSALUD absuevió el traslado del pedido cautelar del Consorcio.

² El escrito n.º 5 presentado como tal en el presente proceso arbitral, será considerado como el escrito n.º 1 del Cuaderno Cautelar.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Mediante Resolución n.º 07, de fecha 19 de octubre de 2011, se tuvo por cumplido el requerimiento hecho a ESSALUD mediante Resolución n.º 06. En consecuencia, se admitió a trámite la contestación de la demanda en los términos expuestos en su escrito n.º 02 (sic), presentado con fecha 21 de septiembre.

- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral otorgó a ESSALUD un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar el archivo electrónico de su escrito de ampliación de contestación de demanda.

- Por escrito s/n, presentado con fecha 26 de octubre de 2011, ESSALUD cumplió con presentar el archivo electrónico de la ampliación de contestación de demanda.

- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 7 de noviembre de 2011, se tuvo por cumplido el requerimiento hecho a ESSALUD mediante Resolución n.º 08. Asimismo, se tuvo presente la ampliación de contestación de la demanda.

- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 7 de noviembre de 2011, se citó a las partes a la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

- Mediante Resolución n.º 02 del Cuaderno Cautelar, de fecha 7 de noviembre de 2011, se resolvió declarar infundada la medida cautelar solicitada por el Consorcio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Por escrito n.º 04, presentado con fecha 15 de noviembre de 2011, el Consorcio presentó su propuesta de puntos controvertidos. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 11, de fecha 5 de diciembre de 2011.
- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 1 de diciembre de 2011, el Consorcio presentó sus observaciones al escrito de contestación de la demanda y su ampliación.
- Por escrito n.º 06, presentado con fecha 1 de diciembre de 2011, el Consorcio se pronunció sobre el daño moral que supuestamente se le habría ocasionado.
- Con fecha 5 de diciembre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En ella, se admitió como medio probatorio —entre otros— la declaración testimonial de los funcionarios de ESSALUD, pertenecientes a la Gerencia Central de Logística y del Área Usuaria. Para ello, se otorgó a ESSALUD un plazo de tres (3) días hábiles, para que presentase el pliego interrogatorio e indicase el nombre los funcionarios, a efectos de programar la Audiencia de Pruebas.
- Por escrito n.º 03 (sic), presentado con fecha 5 de diciembre de 2011, ESSALUD presentó —extemporáneamente— su propuesta de puntos controvertidos.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Por escrito n.º 03 (sic), presentado con fecha 9 de diciembre de 2011, ESSALUD cumplió con presentar el pliego interrogatorio e indicó el nombre de los funcionarios que participarían en la Audiencia de Pruebas.

- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 19 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral tuvo presentes los escritos n.º 5 y n.º 6 del Consorcio.

- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 19 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral proveyó el escrito de propuesta de puntos controvertidos presentado por ESSALUD y resolvió estar a los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia llevada a cabo el 5 de diciembre de 2011.

- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 19 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral tuvo por cumplido el requerimiento hecho a ESSALUD en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En consecuencia, otorgó al Consorcio un plazo de tres (3) días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho.

- Por escrito n.º 07, presentado con fecha 26 de diciembre de 2011, el Consorcio dedujo tacha a los testigos propuestos por ESSALUD.

- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 27 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral otorgó a ESSALUD un plazo de cinco (5) días hábiles para que expresase lo conveniente a su derecho en torno a la tacha deducida por el Consorcio.

- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 10 de enero de 2012, ESSALUD absolvió la tacha deducida por el Consorcio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 18 de enero de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por absuelto —extemporáneamente— el traslado conferido a ESSALUD mediante Resolución n.º 15. En consecuencia, se otorgó al Consorcio un plazo de tres (3) días hábiles para que expresase lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 8, presentado con fecha 24 de enero de 2012, el Consorcio manifestó lo conveniente a su derecho respecto al escrito de absolución de tacha presentado por ESSALUD.
- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 27 de enero de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por absuelto el traslado conferido al Consorcio mediante Resolución n.º 16.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 17 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral desestimó la tacha interpuesta por el Consorcio y admitió la declaración de los testigos ofrecidos por ESSALUD. En consecuencia, se citó a las partes a la Audiencia de Pruebas.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 6 de marzo de 2012, se otorgó a ESSALUD un plazo de tres (3) días hábiles, para que presentase los Certificados de Rentas y Retención de Cuarta Categoría, correspondientes al ejercicio 2011, de los árbitros y la secretaria arbitral.
- Con fecha 14 de marzo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas. Se dejó constancia en el Acta respectiva del pedido de ESSALUD, para que se cite a las partes a una Audiencia Especial de Ilustración de Hechos.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Carlos Miguel Luis Peña Perret
José Alberto Retamozo Linares

- Por escrito n.º 09, presentado con fecha 21 de marzo de 2012, el Consorcio solicitó una copia del audio de la Audiencia de Pruebas.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 21 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral facultó a la Secretaría Arbitral proporcionar al Consorcio una copia del audio de la Audiencia de Pruebas realizada el 14 de marzo del 2012.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de abril de 2012, ESSALUD cumplió con presentar los Certificados de Rentas y Retención de Cuarta Categoría.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de abril de 2012, ESSALUD varió su domicilio procesal.
- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 9 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por cumplido el requerimiento efectuado a ESSALUD mediante Resolución n.º 19.
- Mediante Resolución n.º 22, de fecha 9 de abril de 2012, se tuvo por variado el domicilio procesal de ESSALUD.
- Mediante Resolución n.º 23, de fecha 16 de mayo de 2012, se resolvió no haber lugar al pedido de realización de una Audiencia de Ilustración de Hechos. Asimismo, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Por escrito n.º 10, presentado con fecha 24 de mayo de 2012, el Consorcio presentó sus alegatos escritos.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 24 de mayo de 2012, ESSALUD presentó sus alegatos escritos y conclusiones finales.
- Mediante Resolución n.º 24, de fecha 4 de junio de 2012, se tuvieron presentes los alegatos del Consorcio y de ESSALUD. Asimismo, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
- Con fecha 18 de junio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de ambas partes.
- Mediante Resolución n.º 25, de fecha 18 de junio de 2012, se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, el cual venció el miércoles 15 de agosto de 2012.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 9 de julio de 2012, ESSALUD presentó la Carta n.º 2243-GCF-OGA-ESSALUD-2012, de fecha 3 de julio de 2012, a fin de que sea tomada en cuenta al momento de laudar.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 13 de julio de 2012, ESSALUD presentó la Carta n.º 2358-GCF-OGA-ESSALUD-2012, de fecha 10 de julio de 2012, a fin de que sea tomada en cuenta al momento de laudar.
- Mediante Resolución n.º 26, de fecha 19 de julio de 2012, se otorgó al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

conveniente a su derecho en relación al escrito presentado por ESSALUD con fecha 9 de julio de 2012.

- Mediante Resolución n.º 27, de fecha 19 de julio de 2012, se otorgó al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho en relación al escrito presentado por ESSALUD con fecha 13 de julio de 2012.
- Por escrito n.º 11, presentado con fecha 27 de julio de 2012, el Consorcio absolvió el traslado conferido mediante Resoluciones n.ºs 26 y 27, solicitando que no sean admitidas las cartas presentadas por ESSALUD, en tanto ya se cerró la etapa probatoria.
- Mediante Resolución n.º 28, de fecha 6 de agosto de 2012, se declaró inadmisibles los medios probatorios presentados por ESSALUD mediante escritos s/n, presentados con fecha 9 y 13 de julio de 2012.
- Mediante Resolución n.º 29, de fecha 6 de agosto de 2012, se prorrogó el plazo para laudar en veinte días hábiles adicionales. El segundo plazo vencerá el viernes 14 de septiembre de 2012.

CONSIDERANDO

1. Que el Consorcio interpuso demanda en contra de ESSALUD, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Se reconozca y ordene el pago del trabajo efectivamente realizado, correspondiente a la Primera Etapa, la cual representa el 42% del total de los ítems contratados en los Términos de Referencia. Es decir, que se ha inventariado, tasado y efectuado el proceso de análisis y conciliación contable de 255,518 ítems de los 600,000 contratados. Por lo expuesto, se requiere el pago de S/.428,400.00 más intereses que se generen hasta su fecha de cancelación.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se producen como daño emergente (mayor costo de la planilla de pago de los trabajadores técnicos y administrativos del Consorcio, los gastos financieros derivados del incumplimiento de pago oportuno de la Primera Etapa, entre otros), al haberse excedido los plazos contractuales debido a la desidia de ESSALUD y a la existencia de unos Términos de Referencia que perjudicaron el desarrollo del Servicio. Las demoras reconocidas en las Addenda como atribuibles a ESSALUD, ocasionaron gastos de asesoría legal. Todo ello asciende a S/.391,877.84, más intereses que se generen hasta la fecha de su cancelación.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se reconozca y ordene el pago de lucro cesante ascendente a S/.476,000.00, más intereses a la fecha de su cancelación, en la medida de que las firmas integrantes del Consorcio no se han podido presentar a otros concursos públicos, al estar enteramente dedicadas a este proyecto desde la fecha de suscripción del Contrato hasta la fecha de su resolución.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se reconozca y ordene el pago del daño moral ascendente a S/.500,000.00, ocasionado a las firmas integrantes del Consorcio.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se ordene a ESSALUD asumir los gastos (honorarios del abogado) y costas (gastos de los procesos, honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

2. Que el emplazado, ESSALUD, contestó la demanda, negándola y 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 5 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR EL PAGO DEL TRABAJO EFECTIVAMENTE REALIZADO, CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA ETAPA, QUE REPRESENTA EL 42.6% DEL TOTAL DE LOS ÍTEMS CONTRATADOS EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

y

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR A ESSALUD PAGAR AL CONSORCIO, LA SUMA DE S/. 428,400.00, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE SU CANCELACIÓN³

Posición del Consorcio

- 3.1. De acuerdo a lo manifestado por el Consorcio, la finalidad del servicio era verificar la existencia, ubicación y estado de conservación de los bienes muebles de ESSALUD (entre bienes de activo fijo y no depreciables), realizar su tasación, conciliación y análisis contable y migración informática de datos.
- 3.2. Según el Consorcio, mediante Carta n.º 003, de fecha 9 de abril de 2010, presentó el Cronograma General de Actividades, correspondiente a la Primera Etapa del Contrato, de acuerdo a los plazos establecidos en el Contrato.

El Consorcio ha señalado que mediante Carta n.º 020, de fecha 23 de julio de 2010, remitió el nuevo Cronograma General de Actividades, de conformidad con lo establecido en el numeral 5.1., literal j, de los Términos de Referencia del Contrato. Ello, debido a los retrasos y demoras imputables a ESSALUD, tal como se desprende de la adenda suscrita el 6 de agosto de 2010.

³ Cabe recordar que en el punto 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 5 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar y, en su caso, resolver los puntos controvertidos ajustándolos, si ello resultara —a juicio de los árbitros— más conveniente para resolver las pretensiones planteadas.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera necesario analizar de manera conjunta los puntos controvertidos detallados en los literales (a) y (b) del punto 3 de la referida Acta, en tanto ambos forman parte de la primera pretensión principal del Consorcio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- 3.3. Mediante Carta n.º HLB CG-124 y n.º HLB CG-125, ambas de fecha 12 de agosto de 2010, el Consorcio manifestó que cumplió con presentar todos los entregables correspondientes a la Primera Etapa, conforme a lo especificado en el numeral 8.2. de los Términos de Referencia.

Asimismo, el Consorcio indica que como parte de los entregables de la Primera Etapa, presentó el «Informe para la Migración de datos de los Bienes Muebles de ESSALUD». En dicho Informe, se concluyó —entre otros puntos— que el Módulo de Activo Fijo del sistema SAP R/3 de ESSALUD «no se encuentra en condiciones de ser parametrizado para su uso en ESSALUD». Asimismo, en dicho Informe se detallaron las actividades que ESSALUD debía realizar para implementar el referido módulo.

En las Bases de la Licitación y en los Términos de Referencia, ESSALUD consideró que el referido módulo estaba en condiciones de ser parametrizado y, como tal, contrató con el Consorcio. Sin embargo, se trató de obligaciones que devinieron en un imposible.

- 3.4. Mediante Carta n.º 1045-OADM-RAA-ESSALUD-2010, de fecha 2 de septiembre de 2010, el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial Almenara (Presidente de la Comisión de Inventario y Tasación de la citada Red) informó al Presidente del Comité de Inventario y Tasación de la Sede Central, que no contaba con las herramientas básicas y con el apoyo de la Gerencia de Patrimonio y Servicios para dar la conformidad del servicio, por lo que no le fue posible remitir las observaciones dentro del plazo señalado en los Términos de Referencia.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Dicha carta se remitió de manera extemporánea, dado que —según el literal a) del numeral 8.1. de los Términos de Referencia— las observaciones se debieron efectuar en un plazo no mayor de siete (7) días útiles, contado desde que se recibió el entregable (lo que sucedió el 12 de agosto de 2010).

De esta manera, mediante Carta n.º 28 CONSORCIO-HLB, de fecha 6 de septiembre de 2010, el Consorcio manifestó su preocupación en el cumplimiento de los plazos, dado que —a dicha fecha— transcurrió más de un mes de la presentación de los entregables correspondientes a la Primera Etapa, sin que existiese pronunciamiento alguno por parte de ESSALUD.

- 3.5. Por Carta n.º 36 CONSORCIO-HLB, de fecha 13 de septiembre de 2010, el Consorcio señaló que no obstante ser extemporáneas las observaciones efectuadas por los órganos desconcentrados, se fueron atendiendo, con excepción de INCOR que a dicha fecha mantenía el incumplimiento.

De esta manera, mediante Carta n.º 38 CONSORCIO-HLB, de fecha 17 de septiembre de 2010, el Consorcio levantó las observaciones formuladas mediante Carta n.º 1045-OADM-RAA-ESSALUD-2010, reiterando que se trataba de observaciones extemporáneas, por lo que las observaciones son nulas e insubsistentes.

- 3.6. ESSALUD ha sostenido que el Consorcio se negó a iniciar las actividades de la Segunda Etapa, cuando en realidad el Consorcio solicitó en diversas oportunidades que se modifiquen los Términos de Referencia, dado que adolecen de observaciones técnicas, administrativas y operacionales.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Según el Consorcio, ESSALUD se reafirmó en la conformidad e idoneidad de los Términos de Referencia; sin embargo, luego se contradice al modificar los mismos a través de la Adenda n.º 3, de fecha 22 de diciembre de 2010.

- 3.7. Mediante Informe n.º 09-SGCCySI-GC-GCF-ESSALUD-2010, de fecha 24 de noviembre de 2010, el Sub Gerente de Control Contable y Supervisión de Impuestos informó al Gerente de Contabilidad de ESSALUD, que las observaciones ya habían sido levantadas por el Consorcio. Asimismo, en dicho Informe, se reconoció la imposibilidad de migración de la data del servicio efectuado por el Consorcio, dado que —a dicha fecha— ESSALUD no contaba con el Módulo de Activo Fijo SAP R/3 debidamente implementado.
- 3.8. Según el Consorcio, ante la imposibilidad de migrar la información al Módulo de Activo Fijo SAP R/3, mediante Adenda n.º 3, de fecha 22 de diciembre de 2010 (es decir, cuatro meses después de que el Consorcio concluyó los trabajos de la Primera Etapa), se modificó el literal a) del numeral 8.5. de los Términos de Referencia, disponiendo que el inventario sea migrado al «Sistema Integrado Patrimonial Contable» y ya no al referido módulo. Asimismo, se postergó la migración de datos de las Etapas I, II y III hasta la culminación de la Etapa IV.

Dicha modificación implicó un cambio sustancial no sólo en los Términos de Referencia, sino en los criterios de evaluación de las propuestas técnicas correspondientes al Concurso Público que dio lugar al servicio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Asimismo, ello implicó que ESSALUD habría incumplido lo prescrito por el artículo 59 de la Ley de Contrataciones del Estado, dado que se trata de una modificación sustancial en la naturaleza del servicio.

- 3.9. El Consorcio señala que el denominado «Sistema Integrado Patrimonial Contable» no está integrado a la contabilidad, por lo que este componente (la migración) sigue siendo un imposible jurídico.

Ante dicha situación, mediante Carta Notarial n.º 53376, de fecha 2 de febrero de 2011, el Consorcio se vio obligado a comunicar a ESSALUD que resolvía parcialmente el Contrato, por los motivos expuestos en la carta notarial de fecha 7 de diciembre de 2010.

Sin embargo, mediante Carta Notarial n.º 639 GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 24 de febrero de 2011, ESSALUD remitió la Resolución n.º 205-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 24 de febrero de 2011, a través de la cual —desconociendo todas las cartas notariales y solicitudes del Consorcio— resolvió el Contrato, argumentando supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales por parte del Consorcio.

- 3.10. De acuerdo a lo manifestado por el Consorcio, la obtención de la conformidad de la Primera Etapa demoró 137 días calendario, desde el 12 de agosto hasta el 27 de diciembre de 2010. Asimismo, precisó que la obtención del Acta de Conformidad a nivel de Centro Asistencial no estaba prevista en los Términos de Referencia, pero a pesar de ello, el Consorcio se vio obligado a asumirla, a fin de posibilitar la conformidad del servicio realizado y el pago correspondiente a la Primera Etapa.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

En ese orden de ideas, el Consorcio solicitó el pago de S/.428,400.00 más intereses que se generen hasta la fecha de su cancelación. El referido monto se desprende del siguiente cuadro:

PAGO POR EL TRABAJO EFECTIVAMENTE REALIZADO		
Trabajo efectivamente realizado	Items	%
Total de ítems considerados en los Términos de Referencia (Numeral 3)	600,000	100
Total de ítems inventariados I Etapa (Anexo N° 43 Informe N° 27-GC-GCF-OGA-ESSALUD-2010)	255,518	42
Liquidación del Contratista		S/.
Monto del Contrato		3,400,000
Avance realizado 42.6%		1,448,400
Menos: Pagos efectuados		
Adelanto 10%		340,000
Cuota de la 1ra. Etapa 20%		680,000
Total Pagos Efectuados		1,020,000
Saldo por Pagar al Contratista		428,400

Posición de ESSALUD

3.11. Según ESSALUD, dicha parte cumplió con el pago del 30% del honorario total del Contrato, de conformidad con lo establecido en el numeral 10 de los Términos de Referencia.

El referido numeral 10 estableció que el pago se realizaría en armadas, correspondiendo el 10% a la presentación del cronograma de actividades a desarrollar (luego de ejecutar la etapa de planeamiento); y el 20% luego de efectuada la conformidad de cada etapa.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Los referidos pagos se acreditaron con las facturas n.ºs 0002-00001520 y 0002-00001729 presentadas por el Consorcio, las cuales fueron debidamente canceladas según el siguiente detalle:

- Factura n.º 0002-00001520, ascendente a S/340,000.00 y cancelada el 29 de abril de 2010; y
- Factura n.º 0002-00001729, ascendente a S/680,000.00 y cancelada el 27 de diciembre de 2010.

Ambos montos dan un total de S/1'020,000.00, que equivale al 30% acordado por las partes en la Cláusula Cuarta del Contrato.

- 3.12. Sin embargo, el Consorcio solicitó que se cancele el 12.6% restante, equivalente a S/428,400.00, incluido el I.G.V.; solicitud que carece de todo sustento, ya que al presentar su Oferta Técnica, el Consorcio conocía de antemano la metodología y la forma de pago establecidas en las Bases.
- 3.13. Según ESSALUD, el Consorcio no ha realizado una correcta resolución parcial del Contrato, ya que no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Asimismo, las sugerencias planteadas por el Consorcio para viabilizar las etapas del servicio, implicaban la modificación de los términos de referencia, lo cual no resultaba atendible.

- 3.14. Mediante Carta Notarial n.º 072-GCSyAP-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 17 de febrero de 2011, ESSALUD notificó al Consorcio

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

que debía empezar a ejecutar la segunda etapa del servicio. Para ello, le otorgó un plazo perentorio de tres (3) días calendario.

Ante el incumplimiento del Consorcio, mediante Carta Notarial n.º 639-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 24 de febrero de 2011, ESSALUD notificó al Consorcio la Resolución n.º 205-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 24 de febrero de 2011, mediante la cual da a conocer su decisión de resolver el Contrato.

Posición del Tribunal Arbitral

3.15. En primer lugar, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar que, en este proceso arbitral, no es un hecho controvertido el que el Consorcio cumplió con la entrega correspondiente a la Primera Etapa ni que ESSALUD cumplió con pagar el 10% de adelanto y la cuota de la Primera Etapa (equivalente a un 20% del monto total del Contrato).

El Tribunal Arbitral deja establecido que tampoco es materia controvertida el hecho de que el Consorcio avanzó el 42.6% de la ejecución del Contrato y que ello equivale a S/.1´448,400.00.

Dichos puntos no son materia controvertida, en tanto fueron afirmaciones efectuadas por el Consorcio que nunca fueron negadas ni contradichas por ESSALUD o viceversa.

En tal sentido, teniendo en cuenta la pretensión tal y como fue planteada por el Consorcio, el Tribunal Arbitral analizará si corresponde disponer

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

que ESSALUD pague el saldo correspondiente al 12.6%⁴ ejecutado también por el Consorcio, a pesar de que —según ha sostenido el demandado— el siguiente pago correspondía efectuarse con la conformidad de la segunda entrega.

Además, para efectuar dicho análisis, el Tribunal Arbitral tendrá presente que ambas partes sostienen haber resuelto el Contrato y que este Colegiado no es competente⁵ para pronunciarse sobre la validez y/o eficacia de las resoluciones que han efectuado las partes.

En otras palabras, el análisis que el Tribunal Arbitral efectuará será en torno a si corresponde pagar o no el 12.6% ejecutado por el Consorcio, partiendo de la premisa de que el Contrato ya está resuelto (independientemente de cuál de las resoluciones haya quedado firme).⁶

⁴ Recordemos que las partes han coincidido en que el Consorcio ejecutó el 42.6% de las prestaciones a su cargo, a lo cual hay que restar el 30% que ESSALUD ya pagó. Por eso, es que la controversia se centrará únicamente en el 12.6%.

⁵ En efecto, no ha sido pretendida por el Consorcio la declaración de validez de la resolución parcial que el Consorcio efectuó mediante Carta Notarial n.º 53376, de fecha 2 de febrero de 2011 (remitida a ESSALUD con fecha 4 de febrero de 2011); ni ha pretendido que se declare nula y/o ineficaz la resolución efetuada por ESSALUD mediante Resolución n.º 205-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 24 de febrero de 2011.

Asimismo, cabe recordar que dichos temas no han sido fijados como puntos controvertidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 5 de diciembre de 2011.

⁶ Recordemos que mediante Carta Notarial n.º 18462-2011, de fecha 24 de marzo de 2011, el Consorcio solicitó el inicio de un arbitraje en torno a la resolución contractual efectuada por ESSALUD. Si bien —mediante Carta n.º 155-GG-ESSALUD-2011, de fecha 7 de abril de 2011, remitida al Consorcio con fecha 8 de abril de 2011— ESSALUD indicó que dicha controversia formaba parte del proceso iniciado con la solicitud de arbitraje de fecha 9 de marzo de 2011 (la que dio inicio al presente proceso), dicha controversia no ha sido planteada —por ninguna de las partes— como pretensión ni como punto controvertido del presente arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.16. Siendo ello así, en la Cláusula Tercera del Contrato se estableció que el monto total del servicio ascendía a S/.3'400,000.00, el cual se pagaría en seis (6) armadas, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato.

El primer pago, ascendente al 10% se efectuaría a la presentación del cronograma de actividades a desarrollar. Y ESSALUD cumplió con ello, tal como se aprecia de la Factura n.º 001520 del Consorcio, ascendente a S/.340,000.00, cancelada con fecha 30 de abril de 2010.

El segundo pago, ascendente al 20% se efectuaría dentro de los treinta días siguientes a la conformidad —por parte del Comité de Inventario y Tasación de la Sede Central— del entregable correspondiente a la Primera Etapa. Y ESSALUD cumplió con ello, tal como se aprecia de la Factura n.º 001729 del Consorcio, ascendente a S/.680,000.00, cancelada con fecha 27 de diciembre de 2010.

El tercer pago, ascendente al 20% se efectuaría dentro de los treinta días siguientes a la conformidad —por parte del Comité de Inventario y Tasación de la Sede Central— del entregable correspondiente a la Segunda Etapa.

Como ha podido verificar el Tribunal Arbitral, en el presente caso, de los medios probatorios ofrecidos y valorados en su oportunidad, este tercer pago no se efectuó, en tanto el Consorcio no dio inicio a la segunda etapa y en tanto el Contrato se resolvió.⁷

⁷ Controversias que, lo reiteramos, no son de competencia de este Tribunal Arbitral, en tanto no forman parte de las pretensiones sometidas a su conocimiento.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.17. Que si bien el tercer pago no se produjo por los motivos señalados en el párrafo precedente, ello no implicaba desconocer que el Contrato fue ejecutado por el Consorcio en un 42.6% y que ESSALUD únicamente ha pagado el 30%.

Como bien señala De la Puente,⁸ aun en los contratos con prestaciones recíprocas, aquellas prestaciones que se ejecutaron antes de presentarse la causal resolutoria sobreviniente, no tienen por qué verse afectadas por el posterior incumplimiento o imposibilidad. El referido autor no ve la razón por la cual la resolución deba afectar las prestaciones efectuadas cuando la reciprocidad existía.

En tal sentido, supeditar el pago del 12.6.% pendiente, a la conformidad por parte del Comité de Inventario y Tasación de la Sede Central del entregable correspondiente a la Segunda Etapa, resulta un imposible físico y jurídico, en tanto el Contrato se ha resuelto.

En los hechos, como bien a podido advertir el Tribunal Arbitral con la valoración de los medios probatorios, el Consorcio ejecutó el 42.6% del Contrato, por lo que corresponde que se le pague por dicho servicio prestado.

En consecuencia, para este Tribunal Arbitral corresponde disponer que ESSALUD cumpla con pagar la suma de S/.428,400.00 por el 12.6% de las prestaciones que el Consorcio prestó a ESSALUD.

Sobre los intereses

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2001, tomo I, p. 463.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.18. Al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago —precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

En el presente caso, la constitución en mora se habría realizado con la notificación⁹ de la demanda, a saber: el 7 de septiembre de 2011.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 1334 del Código Civil que regula la mora en las obligaciones, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Por otro lado, el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

«Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

(...).».

En esa misma línea de razonamiento, el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha dispuesto lo siguiente:

⁹ Mediante Resolución n.º 05, de fecha 5 de septiembre de 2011.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

«Artículo 181.- Plazos para los pagos

(...)

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse».

En ese sentido, de acuerdo a las condiciones contractuales al que las partes se han sometido, correspondería que el pago de los intereses se compute desde el momento en que debió efectuarse, es decir, desde el momento en que fue formalmente requerido.

De esta manera, para el Tribunal Arbitral ha quedado determinado que ESSALUD tiene una deuda en favor del Consorcio, la cual consiste en el pago de un saldo a favor de éste, producto de un porcentaje efectivamente trabajado y al cual le corresponde porcentualmente el pago de dicha contraprestación. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que a la fecha no ha sido cancelada, corresponde señalar que el Consorcio tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Al respecto, Fernández Fernández¹⁰ señala:

«(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor (...).»

El artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea

¹⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. «Interés por Mora». En: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C, 2007, p. 418.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.¹¹ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando ESSALUD incurrió en ésta. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos que el artículo 1334 del Código Civil dispone que:

«En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)»

De lo expuesto y como hemos señalado anteriormente, se desprendería que los intereses moratorios, para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de inicio del arbitraje, es decir, desde la fecha de petición para para someter a arbitraje la controversia surgida en torno al pago de los servicios prestados por el Consorcio.

Atendiendo a lo indicado, siendo que el presente arbitraje, al ser un arbitraje ad hoc, se inicia con la petición de arbitraje, este Tribunal Arbitral, de acuerdo a los fundamentos expuestos, dispone otorgar los intereses a partir del inicio de arbitraje, es decir desde la fecha de petición del presente arbitraje.

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p.533.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

En tal sentido, se deberá computar el pago de intereses legales a favor del Contratista desde la fecha de inicio del arbitraje (petición de arbitraje), en base al monto adeudado.

3.19. Dentro de tal orden de ideas, este Tribunal declara FUNDADA la primera pretensión y, en consecuencia, ordena a ESSALUD pagar a el Consorcio la suma de S/.428,400.00, más intereses a tasa legal, devengados desde la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago.

DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR EL PAGO DE DAÑO EMERGENTE, POR EL MAYOR COSTO DE LA PLANILLA DE PAGO A LOS TRABAJADORES TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS DEL CONSORCIO, POR LOS GASTOS FINANCIEROS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO OPORTUNO DE LA PRIMERA ETAPA, POR LOS GASTOS DE LA ASESORÍA LEGAL, ENTRE OTROS; COMO CONSECUENCIA DE HABER EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES DEBIDO A LA DESIDIA DE ESSALUD Y A LA EXISTENCIA DE UNOS TÉRMINOS DE REFERENCIA QUE PERJUDICARON EL DESARROLLO DEL SERVICIO

y

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR A ESSALUD PAGAR AL CONSORCIO, LA SUMA DE S/. 391,877.84, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE SU CANCELACIÓN¹²

Posición del Consorcio

¹² Cabe recordar que en el punto 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 5 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar y, en su caso, resolver los puntos controvertidos, ajustándolos si ello resultara —a juicio de los árbitros— más conveniente para resolver las pretensiones planteadas.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera necesario analizar de manera conjunta los puntos controvertidos detallados en los literales (c) y (d) del punto 3 de la referida Acta, en tanto ambos forman parte de la segunda pretensión principal del Consorcio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.20. El Consorcio sustentó su pretensión únicamente en el siguiente cuadro:

PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS	
Pago honorarios para cumplir con exigencias fuera de los TR	S/.
Pago de honorarios inventariadores del 13 de agosto al 30 de noviembre 2010	39,15
Pagos del personal técnico del proyecto del 13 de agosto al 31 de diciembre 2010	64,72
Por pagar a Peritos Tasadores	32,10
Total honorarios	135,98
Otros Gastos	
Courrier	2
Telf	4,95
Mantmo Equipos	11
Alquiler de equipos	9,38
Movilidad a CA	5,63
Pasajes	55
Pasajes nacionales	2,41
Viáticos Nacionales	6,21
Utiles de Oficina	1,84
Fotocopias anillados	1,55
Suministros de Cómputo	10
Artículos de Limpieza	3
Cafetería	4
Atenciones al personal	1
Tramites legales	44
Asesoría Legal (CF)	34,00
Total otros gastos	67,37
Gastos Financieros	
Curación + intereses (Agosto 2010 - Agosto 2011) + Renovación Carta Fianza Fiel Cumplimiento	137,41
TOTAL GASTOS	340,76

En el escrito de alegatos, el Consorcio señaló que espera que el Tribunal Arbitral, en aras de una valorización equitativa de los daños, aplique el artículo 1332 del Código Civil, pues en tanto no se concluya el presente arbitraje, sigue siendo afectado económicamente.

Posición de ESSALUD

3.21. Según ESSALUD la pretensión indemnizatoria formulada por el Consorcio carece de sustento legal, puesto que la planilla de trabajadores

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

(técnicos – administrativos) y/u otros gastos financieros no se encuentra regulado en el Contrato ni en las Bases integradas.

Por el contrario, ESSALUD sostiene que se ha visto perjudicada por el incumplimiento del Contratista y los daños y perjuicios ocasionados deben ser cuantificados a favor de la entidad.

Posición del Tribunal Arbitral

3.22. El Tribunal Arbitral considera que el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.¹³

Para efectos del presente análisis, el Tribunal Arbitral ha considerado centrar su análisis en el daño emergente, entendido como la disminución del patrimonio (el perjuicio efectivamente sufrido).

3.23. El Consorcio fundamentó su pretensión alegando la aplicación de lo establecido en los artículos 1969 y 1985 del Código Civil. Dichos artículos tratan sobre la responsabilidad extracontractual, materia en torno a la cual el Tribunal Arbitral no es competente para emitir pronunciamiento alguno, teniendo en cuenta el alcance objetivo del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato.

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 867.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

En efecto, como bien señala Caivano,¹⁴ el arbitraje tiene ciertos límites y ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

Sobre este último punto, Zuleta¹⁵ señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:¹⁶

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); y

¹⁴ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 116.

¹⁵ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 223.

¹⁶ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 117.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

- Obligatorio en sentido material: debe hacer identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquéllas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo).

3.24. De una revisión al Contrato, en la Cláusula Décimo Octava se estableció que «las controversias que surjan durante la ejecución contractual serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje».

Si bien dicho convenio arbitral no lo dice expresamente, el Tribunal Arbitral entiende que las controversias deben ser de naturaleza contractual; ello, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1071, precepto que señala que «las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje (...)».

En tal sentido, una pretensión sustentada en responsabilidad extracontractual se encuentra fuera del alcance objetivo del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato.

3.25. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral debe dejar establecido que además, para reconocer una pretensión indemnizatoria deberán cumplirse y acreditarse los requisitos de toda responsabilidad civil:

- i. La **imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.*
- ii. La **ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

*iii. El **factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.*

*iv. El **nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.*

*v. El **daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.*

Como podemos ha podido verificar el Tribunal Arbitral de los actuados en el arbitraje, el Consorcio no ha precisado ni acreditado ninguno de los elementos de la responsabilidad civil; a saber: antijuricidad, factor de atribución, nexo causal, daño (ni su cuantía).

Siendo ello así, corresponde desestimar la segunda pretensión del Consorcio.

DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR A ESSALUD PAGAR AL CONSORCIO, LA SUMA DE S/. 476,000.00, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE SU CANCELACIÓN, POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE

Posición del Consorcio

3.26. El Consorcio ha sustentado su pretensión en el siguiente cuadro:

CÁLCULO DE LUCRO CESANTE

Concepto	S/.
Monto total del contrato	3,400,000.00
Honorarios recibidos hasta la resolución del contrato	1,020,000.00
Honorarios dejados de percibir producto de la	

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Carlos Miguel Luis Peña Perret
José Alberto Retamozo Linares

resolución del contrato	2,380,000.00
Lucro cesante 20% del honorario dejado de percibir	476,000.00

Nota: Todos los importes incluyen IGV

3.27. Además, en el escrito de alegatos, el Consorcio solicitó al Tribunal Arbitral, en aras de una valorización equitativa de los daños, aplique el artículo 1332 del Código Civil, pues en tanto no se concluya el presente arbitraje, sigue siendo afectado económicamente.

Posición de ESSALUD

3.28. Según ESSALUD, la causal que motiva el cobro de lucro cesante no se ajusta al Contrato ni a los Términos de Referencia.

Además de ello, ESSALUD señala que el Consorcio no ha logrado acreditar con documento alguno que las empresas integrantes se vieran afectadas económicamente, al estar imposibilitadas de aceptar contratos con otras empresas.

Ha señalado ESSALUD que el Consorcio únicamente ha consignado un cuadro del que fluye el monto pagado por ESSALUD y en donde se señala que el 20% del honorario dejado de percibir equivale a resarcir el lucro cesante.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.29. Según ESSALUD ha cancelado el monto que le corresponde por la Primera Etapa del servicio, por lo que no se le ha ocasionado desmedro económico alguno.

Posición del Tribunal Arbitral

3.30. Tal como se estableció en el Considerando 3.23. del presente Laudo, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.

Para efectos del presente análisis, nos centraremos en el lucro cesante, entendido como la privación del aumento o como la supresión de la ganancia esperable.

En otras palabras, el lucro cesante es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial.

3.31. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral debe precisar que el Consorcio no ha acreditado cuál sería el lucro cesante ocasionado.

El Consorcio sostiene que «desde la suscripción del Contrato hasta la fecha de su resolución», ha estado totalmente dedicado al Proyecto y como consecuencia de ello, no ha podido presentarse a otros concursos públicos.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Sin embargo, en este arbitraje no ha acreditado a qué concursos no habría podido presentarse, ni que ello haya sido consecuencia del actuar doloso o culposo de ESSALUD.

De esta manera, cabe recordar que un principio fundamental es la carga probatoria, la misma que responde a la actuación de las partes no sólo alegar el posible derecho que les corresponda si no también acreditarlo ante los árbitros.

Además de ello, el Tribunal Arbitral es de la opinión que en ningún caso podría subsumirse en la deficiente actuación de alguna de las partes, pues existe la obligación de los árbitros de mantenerse imparciales e independientes no solo al momento de aceptar el encargo sino durante todo el desarrollo del arbitraje.

Por lo tanto, no habiéndose acreditado ante el Tribunal Arbitral los daños que pretenden ser resarcidos o indemnizados, corresponde desestimar la tercera pretensión del Consorcio, conforme al análisis efectuado.

DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR A ESSALUD PAGAR AL CONSORCIO, LA SUMA DE S/. 500,000.00, POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL CAUSADO A LAS FIRMAS INTEGRANTES DEL CONSORCIO

Posición del Consorcio

3.32. Según el Consorcio, Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados S.C. es una firma de profesionales con más de 55 años de presencia en el país. Asimismo, es representante de HLB International, una firma global con

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

presencia en más de 100 países en el mundo, todas ellas dedicadas a brindar servicios profesionales de auditoría y consultoría de negocios.

Asimismo, el Consorcio señala que Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados S.C. es una firma registrada en el PCAOB (Public Company Accounting Oversight Board), entidad que supervisa a las firmas auditoras que realizan trabajos en aquellas empresas que están listadas en la Bolsa de Nueva York.

- 3.33. Además, en el staff profesional de Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados S.C. figuran como socios el señor Antonio Alonso Martín de Vidales y el señor Benjamín Callirgos Gamarra, dos connotados profesionales con más de 50 años de actuación profesional intachable.

El señor Callirgos ha recibido la medalla de Contador Público Benemérito del Perú, de la Federación de Colegios de Contadores Públicos del Perú, y de Contador Benemérito de las Américas, distinción otorgada por la Asociación Interamericana de Contabilidad (Entidad que agrupa a más de 600,000 profesionales contables de las Américas); también es doctor *Honoris Causa* de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre muchas otras distinciones.

El señor Alonso durante su carrera profesional ha ocupado importantes cargos relacionados con su especialidad en el campo de la contabilidad y auditoría, como el haber sido Presidente Fundador del Instituto Peruano de Auditores Independientes y del Capítulo Peruano de la National Association of Accountants. Actualmente, es miembro del Consejo Consultivo de la Facultad de Contabilidad y Finanzas de la Escuela de

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Negocios de la Universidad de Lima. En el año 2004, fue nominado Ex-Alumno Distinguido de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP, que agrupa a más de 30,000 asociados.

3.34. Siendo ello así, tanto la firma como los señores antes indicados se han visto afectados en su prestigio y honorabilidad, al tener que recurrir a financiamiento y refinanciamiento bancario por el atraso de ESSALUD en cumplir con sus obligaciones establecidas en el Contrato y Términos de Referencia.

3.35. Por su parte, Praxis Et Veritas Consultores S.A.C. es una firma de profesionales dedicados específicamente a servicios de Consultoría de Gerencia, con más de 10 años de actuación profesional en nuestro país, habiendo brindado importantes servicios de consultoría a empresas privadas y de gobierno, sin haber incurrido nunca en falta de su compromiso profesional.

Praxis Et Veritas Consultores S.A.C. es también miembro de HLB International y, como tal, está sujeta a controles periódicos de la matriz en cuanto a su desempeño profesional, la misma que se ha visto mellada con la situación originada por ESSALUD.

3.36. De lo expuesto, el Código Civil peruano consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inexecución de las obligaciones.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.37. En ese sentido, en el escrito de alegatos, el Consorcio solicitó al Tribunal Arbitral, en aras de una valorización equitativa de los daños, aplicar el artículo 1332 del Código Civil, pues en tanto no se concluya el presente arbitraje, sigue siendo afectado moralmente.

Posición de ESSALUD

3.38. De acuerdo a lo manifestado por ESSALUD, según nuestro ordenamiento, la causal de daño moral se refiere al perjuicio que se pueda causar a la imagen de la víctima. Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas.

Para ESSALUD, el Consorcio pretende argumentar el daño moral en hechos que no constituyen sustento del mismo.

Finalmente, según ESSALUD, el Consorcio no ha acreditado que la Entidad le haya causado perjuicio a su imagen.

Posición del Tribunal Arbitral

3.39. Los daños que el incumplimiento ocasione podrían ser no patrimoniales, en tanto sus efectos podrían recaer en el ser humano considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derechos, desde la concepción hasta la muerte, lo que comúnmente se conoce como daño moral, e inclusive en las personas jurídicas.

Sobre el particular, Osterling y Castillo¹⁷ señalan que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o

¹⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 874.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que, independientemente del daño moral, originan, además, un daño material.

- 3.40. En el presente caso, para el Tribunal Arbitral, el Consorcio no ha acreditado cuál sería el daño moral ocasionado a las empresas que lo conforman o el daño moral a las personas naturales que conforman dichas empresas.

Además,¹⁸ el Tribunal Arbitral no puede hacer uso del artículo 1332 del Código Civil, dado que dicha norma parte de la premisa de que se haya probado el daño, mas no cuantía.

En efecto, si se presentan todos los elementos de la responsabilidad, la consecuencia no puede ser otra que un laudo que declare fundada la pretensión indemnizatoria, pero el laudo tendrá ineludiblemente que recoger un *quantum* indemnizatorio. Sin embargo, en el presente caso el Consorcio no ha acreditado ninguno de los elementos de la responsabilidad.

Por consiguiente, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la cuarta pretensión del Consorcio.

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

¹⁸ Al igual que en lo relativo al daño emergente y al lucro cesante.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

Posición del Consorcio

3.41. El Consorcio solicita que ESSALUD asuma los gastos arbitrales.

Posición de ESSALUD

3.42. ESSALUD solicita que sea el Consorcio quien deberá tomar en consideración lo pactado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Posición del Tribunal Arbitral

3.43. En cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, disponen que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

3.44. Atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:

- (i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) El Seguro Social de Salud asuma el 75% de los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral.

HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

4. De acuerdo a lo señalado en el numeral 39 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 8 de junio de 2011, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma bruta de S/.22,222.22 netos y de la secretaria arbitral la suma bruta de S/.11,111.11.

En tal sentido, corresponde establecer como honorario total del Tribunal Arbitral la suma bruta de S/.66,666.66 y de la Secretaria Arbitral en la suma bruta de S/.11,111.11.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

5. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha valorizado y examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de 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 en unanimidad **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión signada con el literal a) del ítem 4 del escrito de demanda y, en consecuencia, se reconoce que el Consorcio Alonso, Callirgos, Mejía & Asociados – Praxis Et Veritas Consultores S.A.C., ejecutó el 42.6% del total de los ítems contratados en los Términos de Referencia y se ordena al Seguro Social de Salud que pague la suma de S/.428,400.00, más intereses a tasa legal, devengados desde el 9 de marzo de 2011 hasta la fecha efectiva de pago; conforme al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en la parte considerativa del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión signada con el literal b) del ítem 4 del escrito de demanda; conforme al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en la parte considerativa del presente laudo.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión signada con el literal c) del ítem 4 del escrito de demanda; conforme al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en la parte considerativa del presente laudo.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión signada con el literal d) del ítem 4 del escrito de demanda; conforme al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en la parte considerativa del presente laudo.

QUINTO: FÍJESE como honorarios definitivos del presente arbitraje lo señalados en el numeral 4 del presente laudo, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje.

SEXTO: Declarar **FUNDADA —en parte—** la pretensión signada con el literal e) del ítem 4 del escrito de demanda y, en consecuencia, se ordena:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que el Seguro Social de Salud asuma el 75% de los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral.

SÉPTIMO: DISPÓNGASE a la Secretaría Arbitral remitir una copia del presente Laudo conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Carlos Miguel Luis Peña Perret

José Alberto Retamozo Linares

MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral

CARLOS MIGUEL LUIS PEÑA PERRET
Árbitro

ALBERTO RETAMOZO LINARES
Árbitro

RITA SABROSO MINAYA
Secretaria Ad Hoc