

LAUDO ARBITRAL CUMPLIENDO LA RESOLUCION N° 10 DE LA SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIZADA EN LO COMERCIAL QUE DECLARA LA NULIDAD PARCIAL DEL LAUDO DE DERECHO DE FECHA DOCE DE DICIEMBRE DE 2014

Resolución N° 25

Lima, 4 de mayo de 2016

Vistos el Laudo de Derecho emitido por este arbitro único y la Resolución Número diez del 26 de octubre del 2015 expedida en el Expediente N° 74-2015-0 dentro de la demanda de Anulación de Laudo Arbitral incoada por el Seguro Social de Salud contra el Consorcio Farmadual SAC y otros.

CONSIDERANDO:

Primero: Que con su demanda de anulación de Laudo Arbitral el Seguro Social de Salud del Perú ESSALUD, cuestiona el Laudo Arbitral de Vistos señalando que el laudo sub materia adolece de vicio de motivación respecto a su segundo extremo resolutivo que ampara la pretensión indemnizatoria, específicamente en cuanto al daño emergente y el lucro cesante, pues, sostiene el demandante, que no se justifica el por qué es que para calcular el monto que correspondería reconocer a favor del Contratista por daño emergente se ha tomado como factor el costo actualizado del bien al 2014; y por otro lado, respecto al lucro cesante ha hecho aplicación de lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil (cuantificación en equidad) sin señalar los parámetros que ha tenido en cuenta para determinar que la suma que se debe abonar por dicho concepto asciende a S/.500,000.

Segundo: Que, con la Resolución de Vistos la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima respecto del recurso de anulación resuelve **DECLARAR FUNDADA** la demanda de anulación de laudo arbitral; y, en consecuencia, se **DECLARA PARCIALMENTE NULO el laudo arbitral** expedido con fecha 12 de diciembre de 2014, en su segundo extremo resolutivo que ordena que la Entidad pague al Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones SAC- Octopharma AR por concepto de indemnización por daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante y daño moral) la suma de S/.1'883,000.00, más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago; debiendo el Árbitro Único renovar el acto viciado y emitir nuevo pronunciamiento con la debida motivación.

Tercero: Que, mediante Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 24 de julio del 2014 el Arbitro fijo los siguiente puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA

1. Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad está obligada a

- reconocer a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los efectos de la Resolución del Contrato de Suministro N° 4600038151 de fecha 04.08.2011.
2. Como pretensión accesoria a la primera pretensión, determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague al Contratista por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la suma de S/. 3'000,000.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago.
 3. Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma los gastos arbitrales, comprendiendo dentro de ellos los gastos de la defensa legal del presente proceso arbitral.
 4. Como pretensión accesoria a la segunda pretensión, determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague al contratista la suma de S/. 50,000.00 por concepto de defensa legal, adicionales a los gastos arbitrales imputables a la Entidad en su totalidad.

Cuarto: Que, con su Resolución N° 15 de 12 de diciembre del 2014 el Arbitro Único dicta Laudo de Derecho en la Controversia surgida entre el Consorcio Farmadual S.A.C.-Grey Inversiones SAC –Octapharma AG con el Seguro Social de Salud (EsSalud), dividiendo el mismo en los Rubros: I. Antecedentes; II. Lo Actuado en el Proceso Arbitral; III. Declaraciones Preliminares; IV. Pretensiones Demandadas y Puntos Controvertidos; V. Fundamentos de la Demanda; VI. Fundamentos de la Contestación de Demanda; VII. Aspectos Controvertidos y VIII. Laudo.

Se desprende la parte resolutiva lo siguiente:

PRIMERO: RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Declarar Fundada en consecuencia la Entidad está obligada a reconocer a favor del Consorcio Farmadual SAC – Grey Inversiones SAC – Octapharma AG una indemnización por daños y perjuicios irrogados.

SEGUNDO: RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Declarar Fundado en parte, ordenando que la Entidad pague al Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones SAC-Octapharma AG por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la suma de S/. 1'883,000.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago.

TERCERO: RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Declarar Infundado, ordenando a cada parte que asuma sus gastos arbitrales y de defensa legal del presente proceso arbitral.


Quinto: Que, con su escrito de 23 de Noviembre del 2015 el Seguro Social de Salud –ESSALUD, dirigido al Árbitro Único, señala que con fecha 26 de octubre de 2015, la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió la Resolución N° 10, a través de la cual declaró

fundado en parte el recurso de anulación interpuesto por EsSalud, conforme los siguientes considerandos:

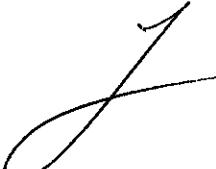
Noveno: En el presente caso, ESSALUD alega la afectación del debido proceso en lo relativo al derecho a la motivación de las resoluciones, lo que se manifiesta en la presunta falta de exposición de razones por parte del Tribunal para determinar el monto que ordena pagar por concepto de indemnización del lucro cesante y daño emergente, reclamados por el CONSORCIO (...).

Décimo: Como puede apreciarse, no existe argumentación alguna que sustente por qué se asume como valor de referencia de la mercadería para la cuantificación del daño emergente, el valor al año 2014, tratándose de un contrato celebrado el 2011 con un plazo de ejecución de 12 meses, cuya resolución contractual se produjo el año 2012 (...)

Décimo Primero: Al respecto, se aprecia que el laudo ha arribado al monto ordenado pagar, "equitativamente" con base en el artículo 1332 del Código Civil, desconociéndose en verdad el criterio que formaría dicha "equidad", por lo que esa fórmula de determinación del quantum indemnizatorio no constituye motivación de la decisión. En efecto, debe tenerse presente que la aplicación del criterio de equidad para la determinación de un quantum indemnizatorio por el juzgador tampoco se encuentra exento del deber de motivación, pues como informa la doctrina nacional:

"...es importante reiterar que para otorgar un monto indemnizatorio, no solo es necesaria la existencia de un daño cierto y determinado, el que además debe estar explicitado en la resolución, sino que es indispensable que la decisión judicial determine cómo obtuvo la suma ordenada, es decir cómo se valoraron los medios de prueba que sirvieron de sustento para su decisión. Más aún, en los casos en los que se invoca la equidad, debe tenerse un cuidado particular, pues el juez deberá determinar por qué para el caso concreto el monto ordenado es equitativo, por qué no corresponde otorgar una suma menor o por el contrario, una mayor.

En efecto, aun la equidad debe ser susceptible de demostración o comprobación sobre la base de parámetros objetivos, en caso contrario, podría perfectamente ocurrir que la



"invocación a la equidad se convierta en el disfraz perfecto de arbitrariedad"

En ese sentido, en aplicación del inciso b) del apartado 1 del artículo 65º del Decreto Legislativo 1071, ley que regula el arbitraje, debe reiniciarse el proceso arbitral, y en cumplimiento de lo señalado en la sentencia de anulación, el árbitro único debe renovar el acto viciado y emitir nuevo pronunciamiento con la debida motivación.

Sexto: Ante ello, mediante Resolución N° 20 del 3 de diciembre del 2015, el Árbitro Único puso en conocimiento del Consorcio Farmadual SAC – Grey Inversiones SAC – Octapharma AG lo expuesto por el Seguro Social de Salud-ESSALUD en su escrito de fecha 23 de noviembre de 2015.

El Consorcio, con su escrito de fecha 16 de diciembre de 2015 absuelve el traslado conferido, reproduciendo en parte la Resolución Número diez de 26 de octubre del 2015 expedido por la Segunda Sala Civil Subespecializada Comercial de la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 74-2015-0 dentro de la demanda de Anulación de Laudo Arbitral incoado por el Seguro Social de Salud contra el Consorcio Farmadual SAC y otros y señalando lo siguiente:

"POSICION FACTICA JURIDICA DEL CONSORCIO:

- PRUEBAS ACTUADAS:** Durante el proceso arbitral nuestra representada actuó prueba pericial sobre costos de oportunidad y la pericia contable respectiva que en momento alguno fue objeto de cuestionamiento o tacha por parte de la Entidad; en consecuencia, el quantum del daño emergente y el lucro cesante estaba probado fehacientemente con las indicadas pruebas, q las que se aparejo los documentos (Cartas) que acreditaban el costo de cada ampolla al momento de la demanda (2014) y la Inspección Ocular para determinar el objeto por valorizar. Es decir, nuestra representada actuó pruebas que excluían la aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

Las pruebas ofrecidas y admitidas por el Arbitro Único en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos se identificaron con claridad y precisión, precisando expresamente qué se propone acreditar con ellos y explicando cómo se vinculan con los argumentos que expusimos. El Arbitro Único de acuerdo con las reglas del proceso tenía la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas y para dictar el laudo basándose en lo ya actuado. Por ello nos llamó la atención que al momento de decidir finalmente, contradiciendo la admisibilidad y la pertinencia de las pruebas durante la audiencia de fijación de puntos controvertidos acuda a la equidad regulada por el Código Civil.

Entonces, la equidad aplicada por el Arbitro fue para perjudicarnos debido a que usando discrecionalmente la indicada facultad del derecho privado rebajara ostensiblemente el quantum del lucro cesante a que se refiere la pericia contable que nunca fue objeto de tacha, oposición ni

cuestionamiento por la Entidad. Las pruebas actuadas, admitidas y no cuestionadas por la Entidad son medios de prueba idóneos para determinar el quantum de los daños y perjuicios.

La Sala que anula parcialmente el Laudo Arbitral no establece si fue menor o mayor el quantum determinado por el árbitro; cuestiona que el se haya, supuestamente establecido aplicando el criterio de equidad a que se contrae el artículo 1332º del Código Civil; no examina la naturaleza de la prueba que postergó el Arbitro Único para recurrir al indicado principio.

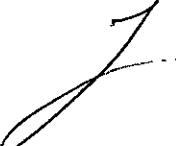
El Arbitro Único debió apelar al artículo 1332º del Código Civil solo cuando no es posible acreditar la cuantía del daño, mas no cuando existe un daño indemnizable concreto y objetivo, además de constituir un mandato legal imperativo previsto en el Artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 170º de su Reglamento. **Si el Arbitro Único podía probar con las pruebas pericial contable (no cuestionada por la Entidad) ya no requería acudir al criterio de equidad; no tenía por qué probar la existencia de los daños y perjuicios ya que con sus conclusiones relativas a la primera pretensión (que no han sido tocadas por la Segunda Sala Subespecializada en lo Comercial) había determinado su existencia.**

El Arbitro Único no tenía necesidad de utilizar el criterio discrecional de la equidad porque no existía AUSENCIA DE PRUEBAS IDONEAS, NUNCA CONTRADICHAS, TACHADAS O CUESTIONADAS POR LA ENTIDAD; no podía sustituir con el criterio de equidad las pruebas técnicas actuadas y admitidas por el mismo, salvo que hubiera tenido a la vista otros medios técnicos actuados por las partes para enervar su validez.

VOLVEMOS A REITERAR; LA SALA **no cuestiona el menor o mayor quantum de los daños y perjuicios.** Ante la presencia del criterio de equidad incluido por el árbitro en medio de pruebas contundentes es que exige los parámetros para alcanzar el quantum de los daños y perjuicios. En tal sentido, apelando a las pruebas actuadas respecto del costo del producto el año 2011 y la prueba de lo que cuesta al año 2014 fácilmente puede sustentar el árbitro el daño emergente. NO ES RACIONAL QUE SE PAGUE LO QUE COSTO EL AÑO 2011 CUANDO EL 2014 TIENE OTRO COSTO MAS ALTO; y si apreciamos la conducta de la Entidad de que para comprarle a otros proveedores a costos más altos pretendió imputarle toda clase de responsabilidades al CONSORCIO denunciándolo ante el Tribunal de Contrataciones, nos encontramos ante una conducta contractual de mala fe; porque toda la imputación quedo desvirtuada.

Al margen de las pruebas actuadas, los parámetros con que se prueba, sin recurrir a la equidad, la pérdida patrimonial del Consorcio hacemos el siguiente análisis que de algún modo se practicó en el proceso arbitral, sin cuestionamiento alguno de la Entidad.

La pérdida patrimonial de demandante ha quedado demostrada en el proceso arbitral y consiste en la pérdida total del producto, valorizado de la siguiente manera, para el año 2011:



Año 2011		
Cantidad (ampollas)	Precio Unitario (S/.)	Total (S/.)
1,751.00	528.00	924,528.00

El valor de S/. 924,528.00 es la pérdida patrimonial en el año 2011. Sin embargo, debemos tener en cuenta el valor del dinero en el tiempo, es decir, las variaciones del precio del producto, de tal manera que, a la fecha el contratista no se vea perjudicado por dichas variaciones. Por lo tanto, para poder medir correctamente la pérdida patrimonial del contratista, debemos actualizar el valor de las ampollas al año 2014, en que se interpone la demanda.

Las variaciones en el precio (en general, la inflación), según la teoría económica, ocasionan entre otros perjuicios, la pérdida de poder adquisitivo en los agentes económicos. Es decir, debido a la inflación, una cantidad X de nuevos soles tiene un valor nominal y un valor real. En términos nominales, una cantidad X de nuevos soles mantiene su mismo valor en el tiempo, es decir, en términos nominales X nuevos soles van a seguir siendo lo mismo hoy, mañana y siempre. Sin embargo, en términos reales, el aumento del nivel de precios ocasiona una erosión en el valor de los X nuevos soles, de tal manera que con el paso del tiempo dicho valor real disminuye, es decir, cada vez se pueden comprar menos productos con la misma cantidad X de dinero, ya que con el paso del tiempo dichos productos cuestan más (son más caros). Si los precios no varían, el valor nominal siempre va a ser igual al valor real; pero ante un incremento de los precios, el valor real será siempre menor que el valor nominal. En conclusión, ante un entorno de subida de precios, lo relevante es el valor real de los activos, no el valor nominal.

En el año 2014, el precio de cada ampolla subió de S/. 528.00 (precio en el año 2011) a S/. 817.00; esto es un incremento de 54.73%. Por lo tanto, en el año 2014, con el monto de S/. 924,518.00 sólo se podría obtener 1,131.61 ampollas ($924,518.00/817.00 = 1,131.61$) y no las 1,751.00 ampollas que se tenía inicialmente; con lo cual se dejarían de obtener 619.39 ampollas.

Es por ello que, un mecanismo para protegerse de la inflación es la indexación, que consiste en compensar las pérdidas de valor por efecto del incremento de los precios. En otras palabras, lo que se busca con la indexación, es mantener el valor real, en este caso de un activo, en el tiempo. Para indexar un activo, lo que se hace es incrementar su valor en la magnitud del incremento del precio¹.

Entonces, para evitar un perjuicio al contratista por el incremento del

¹ En este caso, la indexación se debe hacer respecto al precio específico del producto y no al nivel de inflación, que es una medida del incremento generalizado de los precios.

precio de las ampollas, se debe indexar el valor de dichas ampollas por el incremento de dicho precio. El cálculo de la indexación se muestra a continuación:

Monto a indexar (S/.) (a)	Variación en el precio (b)	Monto indexado a 2014 (S/.) (a) * [1+ (b)]
924,528.00	54.73%	1,430,567.00

Por lo tanto, el monto por el que se debe compensar al contratista por la pérdida patrimonial asciende a S/. 1'430,567.00

Respecto del Lucro Cesante la prueba contable ha establecido técnicamente el quantum de este elemento de los daños y perjuicios".

Séptimo: Laudo arbitral que renueva el acto viciado por mandato de la sentencia contenida en la Resolución N° 10 de fecha 26 de octubre de 2015

- a. Que, con la Resolución Número Diez de 26 de Octubre del 2015 la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial Resuelve:

DECLARAR FUNDADA la demanda de anulación de laudo arbitral En consecuencia, se DECLARA PARCIALMENTE NULO el laudo arbitral expedido con fecha 12 de diciembre de 2014, **en su segundo extremo resolutivo** que ordena que la Entidad pague al Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones SAC-Octapharma AR por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño emergente, lucro cesante y daño moral) la suma de S/. 1'883,000.00, más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago; debiendo el Arbitro Único renovar el acto viciado y emitir nuevo pronunciamiento con la debida motivación. (**lo enfatizado es nuestro**).

Como quiera que la decisión judicial está circunscrita únicamente al segundo extremo resolutivo del Laudo que se derivó de la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión, este Árbitro Único reproduce íntegramente la parte del Laudo de página 1-45 hasta 36-45, excluyendo de esta última página a partir del numeral 2.1.1 relacionada con la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal; inclusive se mantiene la decisión respecto al **primer punto controvertido**² que Declarándola Fundada decide que la Entidad está obligada a reconocer a favor del Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones – Octapharma AG una Indemnización por daños y perjuicios.

² "1. Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad está obligada a reconocer a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los efectos de la Resolución del Contrato de Suministro N° 4600038151 de fecha 04.08.2011"

En este sentido, corresponde renovar el acto viciado encontrado por la Segunda Sala Sub especializada de la Corte Superior de Justicia de Lima respecto de la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal cuyo texto es el siguiente:

"2. Como pretensión accesoria a la primera pretensión, determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague al Contratista por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la suma de S/. 3'000,000.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago".

Naturaleza de la Indemnización por daños y perjuicios: Sobre la base de la decisión recaída en el primer punto controvertido que declarándola fundada decide que la Entidad está obligada a reconocer a favor del Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones SAC-Octopharma AG la indemnización por daños y perjuicios irrogados, este Árbitro Único deberá renovar el acto viciado descrito por la autoridad judicial respecto de su decisión, "que ordena que la Entidad pague al Consorcio Farmadual SAC-Grey Inversiones SAC-Octapharma AR por con concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño emergente, lucro cesante y daño moral) la suma de S/. 1`883,000.00, más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago; correspondiendo al Árbitro Único renovar el acto viciado y emitir nuevo pronunciamiento con la debida motivación".

Respecto a ello debemos resaltar que ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento definen la naturaleza de la figura resarcitoria de la indemnización por daños y perjuicios, de allí que debemos recurrir al derecho privado tal como lo admite el artículo 142º del Reglamento de la indicada Ley³. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 1321º del Código Civil el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante y deben ser consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. El Artículo 44º de la Ley establece que "cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados". Al respecto el Artículo 170º del Reglamento de la Ley establece, como efecto de la resolución, que, "si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad".

Como puede advertirse los daños y perjuicios comprenden el daño emergente y lucro cesante; a cuyos elementos puede incluirse el posible daño moral. Al respecto la Segunda Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de la Corte

³ Artículo 142º.- Contenido del Contrato

"(...)

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado"

Superior de Justicia de la República⁴ establece los límites factico jurídico de los componentes de esta indemnización resarcitoria:

Dentro de este contexto legal y teniendo en cuenta que la decisión arbitral de imputar a la Entidad la obligación de resarcir los daños y perjuicios irrogados al Consorcio como consecuencia de la Resolución del Contrato N° 4600038151 ha quedado firme conforme a los efectos de la sentencia de la Segunda Sala Civil con subespecialidad comercial (Exp N° 74-2015-0 de fecha 26.10.2015), el Árbitro Único solo renovará el acto viciado que comprende la motivación que sustenta su decisión relacionada con la "Pretensión accesoria a la primera pretensión cuyo texto es el siguiente:

"determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague al Contratista por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la suma de S/. 3'000,000.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago".

Daños y Perjuicios regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento:

El artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado que, "Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios"; por su lado el Artículo 170º del Reglamento de la indicada Ley, establece que, "si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad". Sobre la base de esta normativa este Árbitro determinó de forma favorable declarando fundada la primera pretensión que obligó a "determinar si corresponde o no declarar que la Entidad está obligada a reconocer a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los efectos de la Resolución del Contrato de Suministro N° 4600038151 de fecha 04.08.2011" resuelto el 5.09.2012.

Quedó en forma fehaciente probado en el arbitraje que el contrato de suministro N° 4600038151 de fecha 04.08.2011 se resolvió de pleno derecho el 5.09.2012, conforme a lo regulado por literal c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado⁵. Dentro de éste contexto legal este Árbitro motivo su decisión con el argumento siguiente:

⁴ CASACION; Causa N° 1995-2009 17.12.2009

⁵ Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma 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

"(...) Hemos llegado a una primera conclusión incontrovertible: estamos ante una "resolución contractual consentida" por la Entidad, debido a que ni en este proceso o en otros antecedentes se verifica que haya sido objeto de sometimiento a arbitraje tal situación, no obstante, debe señalarse que con los antecedentes que obran en los actuados de un proceso conciliatorio sobre la resolución contractual dentro de cuyo proceso las partes no llegaron a acuerdo alguno; ello quiere decir que el procedimiento para la resolución del contrato en este proceso arbitral no constituye un hecho materia de controversia.

Sobre la base de las conclusiones precedentes se impone examinar los efectos de la resolución del contrato de acuerdo con el Artículo 170º del Reglamento. En primer lugar debe señalarse que el Artículo 44º de la Ley como el artículo indicado del Reglamento son imperativos, ya que verificado el hecho de la resolución consentida, en su caso, "la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad". Es decir, no cabe más opción legal que llegar a la conclusión de que la Entidad "debe" "se obliga", "corresponde" que como efecto jurídico de la resolución del contrato reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados por supuesto, después de verificado la inmovilidad del hecho generador (la Resolución Consentida del Contrato).

OCTAVO: La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima al **DECLARAR FUNDADA** la demanda de anulación de laudo arbitral; y, en consecuencia, **PARCIALMENTE NULO el laudo arbitral** expedido con fecha 12 de diciembre de 2014, **en su segundo extremo resolutivo**, dejo incólume la decisión del Árbitro respecto de la primera pretensión; es decir, quedo firme la decisión del Árbitro que declara que la Entidad está obligada a reconocer a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los efectos de la Resolución del Contrato de Suministro N° 4600038151 de fecha 04.08.2011 la misma que se encuentra consentida al no haber sido cuestionada por la Entidad.

En este estado cabe renovar el acto viciado a que se contrae la sentencia de la Segunda Sala Civil aludida dentro del ámbito de la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión:

"Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague al Contratista por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la

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 o superior 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. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. 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.



suma de S/. 3'000,000.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago"

DAÑO EMERGENTE: No habiendo sido este extremo sustento para la anulación parcial decretada por la Segunda Sala Civil Subespecializada en lo Comercial, este Árbitro Único circunscribirá su análisis a la motivación que se ha ordenado respecto al lucro cesante.

LUCRO CESANTE: "El lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el incumplimiento de la Entidad; indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido".

Dentro de este contexto, habiéndose establecido el derecho del contratista sobre el elemento indemnizatorio lucro cesante pero que sin embargo no se cuenta con la evidencia que pruebe fehacientemente el porcentaje de utilidad a que tendría derecho, debe acudirse con los parámetros señalados (valor referencial, bases integradas, resumen ejecutivo y la evidencia del daño emergente) a la doctrina del artículo 1332 del Código Civil por mandato del artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En este sentido, el Árbitro acatando el mandato de la autoridad judicial que declaró parcialmente anulado el Laudo y habiendo interpretado y valorado los actuados y las pruebas actuadas en el proceso y la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento acude a lo dispuesto por el Artículo 1332 del Código Civil para establecer el probable lucro cesante que el contratista dejó de percibir.

Al respecto la prueba ofrecida, admitida y no cuestionada por la Entidad, es la pericia contable de parte ofrecida por el Contratista. Dicha pericia contable arrojó el siguiente cálculo:

**CALCULO DE UTILIDAD ACUMULADA DEJADA DE PERCIBIR POR
INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO**

AÑO	CAPITAL	PORCENTAJE	UTILIDAD	TOTAL
2011	924,528.00	40%	369,811.20	S/. 1,294,339.20
2012	1,294,339.20	40%	517,735.68	S/. 1,812,074.88
2013	1,812,074.88	40%	724,829.95	S/. 2,536,904.83

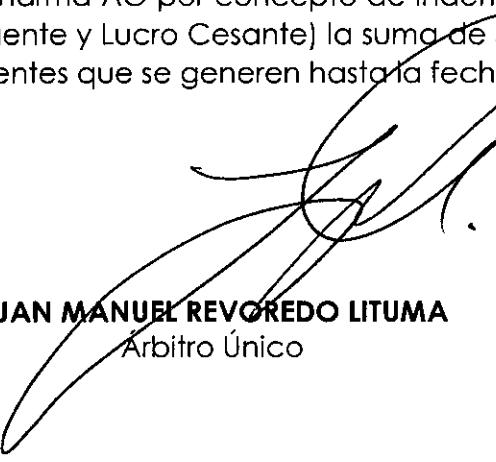
S/. 1,612,376.83

Este Árbitro Único procede con el análisis de la mencionada prueba, asumiendo los alcances del Código Civil (Art. 1332) y en aplicación del Artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que el Árbitro evidenciando que el porcentaje considerado por el Contratista no tiene sustento alguno que lo ampare, considera pertinente aplicar una utilidad del 12% en promedio en lugar del 40% considerado en la pericia, lo que arroja como monto razonable y equitativo el de S/. 500,000.00; soslayando el monto de S/. 1'612,376.83 reclamado por el Consorcio, pues la pericia de parte, no brinda la certidumbre necesaria respecto al % de utilidad, por lo que siendo que el resarcimiento no ha podido ser probado en su monto preciso a través de otra prueba, conforme al mencionado artículo del Código Civil, este Árbitro procede a fijarlo en un monto que resulte equitativo, teniendo en consideración la conducta procesal de la Entidad quien no ha cuestionado la pericia ni en su monto ni en su cálculo.

NOVENO: Teniendo en consideración los fundamentos de hecho y de derecho a que se contraen los considerandos precedentes este Árbitro llega a la conclusión de que la Entidad tiene la obligación de reconocer y pagar al Contratista por Daño Emergente la suma de S/. 1'383,290.00 y por Lucro Cesante la suma de S/. 500,000.00; lo que hace un total de S/. 1'883,290.00.

Por estas razones este Árbitro Único lauda ratificándose en:

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DECLARARLO FUNDADO EN PARTE, ordenando que la Entidad pague al Consorcio Farmadual SAC – Grey Inversiones SAC – Octapharma AG por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente y Lucro Cesante) la suma de S/. 1'883,290.00 más los intereses correspondientes que se generen hasta la fecha de pago.



JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA
Árbitro Único