

Arbitraje de Derecho seguido entre

RODRIGO SILVA S.A.S
(Antes ASESORÍAS ACTUARIALES LTDA.)
(DEMANDANTE)

Y

MINISTERIO DE DEFENSA
(DEMANDADO)

LAUDO

TRIBUNAL ARBITRAL
ENRIQUE FERRANDO GAMARRA (PRESIDENTE)
JOSÉ ANTONIO DEL SOLAR BOTTO LERCARI
MARTÍN GÓMEZ AGUILAR

Secretario Arbitral
JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONS

Lugar y fecha de emisión: Lima, 17 de agosto de 2017

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

RESOLUCIÓN Nº 62

Lima, 17 de agosto de 2017

I. NOMBRES DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

1. La parte demandante es Rodrigo Silva S.A.S. (en adelante, "**Rodrigo Silva**", "**Asesorías Actuariales**", el "**Contratista**" o el "**Demandante**"), anteriormente denominada Asesorías Actuariales Ltda., sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia y representada por el doctor Octavio Eduardo Martín Vincés Zagarra.
2. La parte demandada es el Ministerio de Defensa (en adelante, el "**Ministerio**", el "**MINDEF**" o el "**Demandado**"), representado por el Dr. Francisco Sergio Coria de la Cruz.
3. Rodrigo Silva y el **MINDEF** son las partes del presente proceso arbitral (en adelante, las "**Partes**").

II. CONVENIO ARBITRAL

4. El Convenio Arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 009-2011-MINDEF/VRD/DGGAD/DL celebrado entre las Partes el 10 de marzo de 2011 (en adelante, el "**Contrato**"), que dispone:

"CLAUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

III. TIPO DE ARBITRAJE

5. En virtud del Convenio Arbitral y en aplicación del artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el "Reglamento de la LCE"), el presente arbitraje es **AD HOC, NACIONAL** y de **DERECHO**.

IV. SEDE DEL ARBITRAJE

6. De conformidad con el Acta de Instalación, la sede del arbitraje es en la ciudad de Lima, Perú.

V. REGLAS PROCESALES APLICABLES

7. Las reglas procesales aplicables son aquellas pactadas por las Partes contenidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 23 de mayo de 2012 y, en su defecto, las normas aplicables al arbitraje de acuerdo a lo establecido por el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L. N° 1017 (en adelante, la "LCE"), las cuales deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho adjetivo: la LCE, el Reglamento de la LCE y el D. L. N° 1071 que norma el Arbitraje.

VI. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

8. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. De conformidad con lo establecido en el artículo 52°, inciso 3, de la LCE, las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia son la Constitución Política del Perú, la LCE y el Reglamento de la LCE, así como las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

VII. TRIBUNAL ARBITRAL

7.1 Constitución del Tribunal Arbitral

9. Habiéndose suscitado una controversia entre las Partes respecto al Contrato, Rodrigo Silva procedió a solicitar el inicio del proceso arbitral, designando como árbitro al doctor José Antonio Del Solar Botto Lercari.
10. El Ministerio contestó la solicitud de arbitraje, designando como árbitro al doctor Vicente Tincopa Torres.
11. Los árbitros designados nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Manuel Diego Aramburú Yzaga.

7.2 Reconstitución del Tribunal Arbitral

12. Con fecha 27 de febrero de 2014, Rodrigo Silva comunicó al Tribunal Arbitral que había procedido a recusar a los doctores Manuel Diego Aramburú Yzaga y Vicente Tincopa Torres ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado por dudas respecto a su imparcialidad e independencia y supuesto incumplimiento al deber de declaración.
13. Ante la recusación planteada, los doctores Manuel Diego Aramburú Yzaga y Vicente Tincopa Torres renunciaron a sus cargos de árbitro.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

14. Con fecha 08 de agosto de 2014, el Ministerio designó como árbitro sustituto al doctor Martín Gómez Aguilar.
15. Los doctores José Antonio Del Solar Botto Lercari y Martín Gómez Aguilar designaron conjuntamente como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Enrique Ferrando Gamarra.
16. Con fecha 20 de marzo de 2015, se realizó la Audiencia de Incorporación de Árbitros Sustitutos, teniendo por incorporados al presente proceso arbitral a los doctores Enrique Ferrando Gamarra como Presidente del Tribunal Arbitral y Martín Gómez Aguilar como árbitro designado por el Ministerio.

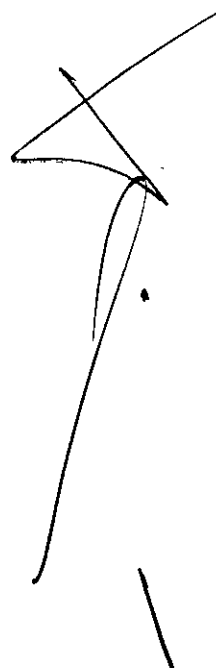
VIII. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

8.1 Presentación de las posiciones de las Partes

17. Con fecha 23 de mayo de 2012, se procedió con la instalación del Tribunal Arbitral, otorgándosele a Rodrigo Silva un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presente su escrito de demanda.
18. Con fecha 6 de junio de 2012, el Demandante presentó la demanda arbitral, mediante la cual formuló las siguientes pretensiones:

"a) Que, el Ministerio de Defensa cumpla con abonar su obligación de pago ascendente a US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), la misma que constituye la contraprestación pactada de conformidad con las cláusulas Tercera y Cuarta del Contrato.

b) Que, el Ministerio de Defensa cumpla con resarcirnos los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato de Consultoría, los que se estiman en la suma de US\$ 17,266.00 (Diecisiete Mil Doscientos



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Veintiséis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), que este incumplimiento nos ha originado, y que corresponden a los montos que dejamos de percibir de acuerdo con el detalle que anexamos.

a) Además solicitamos se ordene al Ministerio de Defensa que haga el pago total de los gastos arbitrales, costas y costos del proceso."

19. Mediante Resolución N° 02 de fecha 03 de julio de 2012, se procedió a correr traslado de la demanda al Ministerio, otorgándole un plazo de diez (10) días a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

20. Con fecha 23 de julio de 2012, el Ministerio procedió a contestar la demanda y formuló la siguiente reconvención:

"a) Un monto determinado por una indemnización por daños y perjuicios irrogados al Ministerio de Defensa por la suma de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

b) Pago de los costos y costas del procedimiento arbitral, que se determinará por el Tribunal Arbitral al emitirse el laudo Arbitral."

21. Mediante Resolución N° 03 de fecha 14 de agosto de 2012, se corrió traslado de la misma a Rodrigo Silva a fin de que, en un plazo de diez (10) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.

22. Con fecha 31 de agosto de 2012, Rodrigo Silva procedió a contestar la reconvención.

8.2 Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

23. Con fecha 18 de marzo de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, procediéndose a fijar los siguientes puntos controvertidos:

"De la Demanda y Contestación

a) Determinar si procede ordenar al Ministerio de Defensa que cumpla con pagar a la orden de la empresa Asesorías Actuariales Ltda. la suma de US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares Americanos) que corresponde a la contraprestación pactada conforme las cláusulas tercera y cuarta del contrato objeto de controversia.

b) Determinar si procede ordenar al Ministerio de Defensa que cumpla con pagar a la orden de la empresa Asesorías Actuariales Ltda., la suma de US\$ 17,266.00 (Diecisiete Mil Doscientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares Americanos) por concepto de resarcimiento por los daños y perjuicios.

De la Reconvención y su Contestación

c) Determinar si procede ordenar a la empresa Asesorías Actuariales Ltda., que cumpla con pagar a la orden del Ministerio de Defensa la suma de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Punto Controvertido en común

d) Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente proceso arbitral."

8.3 Modificación de las pretensiones de la demanda

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

24. Con fecha 13 de noviembre de 2015, Rodrigo Silva presenta un escrito mediante el cual modifica las pretensiones de la demanda, reformulándolas de la siguiente manera:

"a) Al haber nuestra representada resuelto el Contrato, corresponde que se le indemnice, con una suma equivalente a US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), a título de lucro cesante, en razón de la pérdida originada por el incumplimiento de la demandada y de que nuestra representada tenía derecho a percibir dicha cantidad al haber cumplido con hacer entrega a la Entidad de los entregables, que era precisamente la contraprestación pactada de conformidad con las cláusulas Tercera y Cuarta del Contrato.

b) Que el Ministerio de Defensa pague a nuestra representada, a título de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato de Consultoría, la suma de US\$ 17,266.00 (Diecisiete Mil Doscientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), según se expuso en la demanda, actualizada al valor presente.

c) Además solicitamos se ordene al Ministerio de Defensa que haga el pago total de gastos arbitrales, costas y costos del proceso."

25. Mediante Resolución N° 43 de fecha 5 de enero de 2016, se corrió traslado de la modificación a la demanda presentada por Rodrigo Silva al Ministerio, otorgándole un plazo de diez (10) días a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

26. Mediante escrito presentado con fecha 21 de enero de 2016, el Ministerio cumplió con absolver la modificación a la demanda.

8.4 Nueva audiencia de determinación de puntos controvertidos

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

27. Con fecha 09 de junio de 2016, se llevó a cabo una nueva Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, fijándose los siguientes puntos controvertidos:

"De la Demanda

- a) *Determinar si procede ordenar al Ministerio de Defensa que cumpla con indemnizar a la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.) con la suma de US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares Americanos), a título de lucro cesante, en atención a la pérdida originada por el supuesto incumplimiento de la citada Entidad.*
- b) *Determinar si procede ordenar al Ministerio de Defensa que cumpla con indemnizar a la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.) con la suma de US\$ 17,266.00 (Diecisiete Mil Doscientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares Americanos), por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato de Consultoría, de acuerdo a lo expuesto en la demanda, actualizada a valor presente.*

De la Reconvención y su Contestación

- c) *Determinar si procede ordenar a la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.), que cumpla con pagar a la orden del Ministerio de Defensa la suma de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.*

Punto Controvertido en común

- d) *Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente proceso arbitral."*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

28. En relación a los medios probatorios, se estableció lo siguiente:

"Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la demandante:

Se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.), en su escrito de modificación de pretensiones de fecha 11 de diciembre de 2015 y signados con los numerales del 1 al 12 inclusive.

En relación a los medios de prueba N° 13 y N° 14 ofrecidos por la demandante en su escrito de fecha 11 de diciembre de 2015:

La empresa Rodrigo Silva S.A.S. ha ofrecido como medio probatorio N° 13, el informe del señor Rodrigo Silva y/o el señor Gustavo Salazar, en su condición de personas encargadas de la ejecución del contrato.

*Al respecto, el Tribunal Arbitral declara **IMPROCEDENTE** el presente medio probatorio, toda vez que un informe emitido por los propios funcionarios o representantes de la demandante no constituye una prueba propiamente dicha, sino un alegato de parte que puede ser presentado por la parte interesada en cualquier momento, en la forma de un escrito, sin que para ello requiera un permiso especial.*

De otro lado, se admite el medio probatorio N° 14 consiste en la información periodística publicada en el diario El Comercio, toda vez que su pertinencia será evaluada por el Tribunal Arbitral al momento de laudar.

Del mismo modo, se admite el medio probatorio N° 1 relacionado con la segunda pretensión formulada por la demandante.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Respecto de los ofrecidos por la demandada:

Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio de Defensa en su escrito de contestación a la demanda de fecha 23 de julio de 2012 signados con los numerales del 1 al 7 inclusive, del ítem sétimo.

Igualmente, se admiten los medios probatorios de la reconvención, que son los mismos del párrafo precedente.

Medios Probatorios de Oficio:

Se admiten los medios probatorios consistentes en las Bases completas del proceso de selección que motivaron la suscripción del contrato objeto de controversia y los entregables completos que fueran ingresados al Ministerio de Defensa, que fueran ordenados en la Resolución N° 30 de fecha 23 de marzo de 2015."

8.5 Alegatos y Audiencia de Informes Orales

29. Con fecha 08 de marzo de 2017, Rodrigo Silva y el Ministerio cumplieron con presentar sus alegatos escritos.
30. Con fecha 04 de mayo 2017, se realizó la Audiencia de Informes Orales. En dicha audiencia se concedió el uso de la palabra al representante de Rodrigo Silva, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del Ministerio, a pesar de encontrarse debidamente notificados. Seguidamente, los miembros del Tribunal Arbitral procedieron a formular las preguntas que estimaron pertinentes.

8.6 Fijación del Plazo para laudar

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

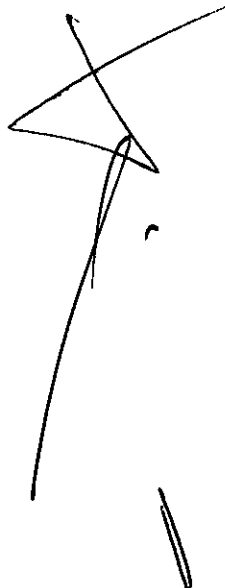
31. Mediante Resolución N° 60 de fecha 4 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada dicha Resolución.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

: MINDEF

9.1 PRETENSIONES DE LA DEMANDA

9.1.1 Posición de Rodrigo Silva

32. Rodrigo Silva sostiene que, con fecha 28 de febrero de 2011, la Dirección de Logística del Ministerio le adjudicó la Buena Pro de la Exoneración N° 0001/2011/VRD/DGGAD/DL para la "Consultoría para el Estudio de Cálculo Actuarial para la Determinación de las Reservas Previsionales y los Parámetros de Equilibrio aplicables al Régimen Previsional del Personal Militar y Policial" y que, en virtud de la misma, el 10 de marzo de 2011 celebró el Contrato con el Ministerio.
33. Agrega que, en virtud del Contrato, las Partes asumieron obligaciones recíprocas. Por un lado, Rodrigo Silva se comprometió a prestar al Ministerio un servicio de consultoría que se materializaría en un estudio de cálculo actuarial para la determinación de las reservas previsionales y los parámetros de equilibrio aplicables al régimen previsional del personal militar y policial. Dicho estudio sería entregado al Ministerio de manera progresiva, mediante la entrega de los avances del mismo (denominados "entregables") en una serie de plazos establecidos dentro del periodo del 15 de marzo de 2011 al 7 de agosto de 2011. Por su parte, el Ministerio se obligó a pagar a Rodrigo Silva el monto contractual, ascendente a US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) incluidos impuestos, conforme al siguiente cronograma de pago:
- 

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

- Treinta por ciento (30%) del monto contratado a la presentación del Entregable N° 1, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.
- Cuarenta por ciento (40%) del monto contratado a la presentación del Entregable N° 4, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.
- Treinta por ciento (30%) del monto contratado a la presentación del Entregable N° 6, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.

34. Asimismo, señala que la cláusula cuarta del Contrato establecía que el Ministerio debía pagar la contraprestación en Dólares americanos en el plazo de diez (10) días calendarios luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En virtud del Contrato, una Comisión Evaluadora - regulada de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 del Reglamento - sería responsable de dar la conformidad de la prestación en un plazo que no debía exceder los diez (10) días desde la recepción de la documentación. En caso de retraso en el pago, Rodrigo Silva tendría derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

35. El Demandante añade que, con fecha 17 de marzo de 2011, las Partes suscribieron una Adenda al Contrato, que modificó únicamente el cronograma de entrega de los entregables en el sentido de reducir los plazos.

36. Según el Demandante, él ~~mismo~~ cumplió regularmente sus obligaciones contractuales al haber entregado los "entregables" de conformidad con lo establecido en el Contrato y en los plazos descritos en el siguiente recuadro:

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Descripción del entregable	Fecha de entrega (según Adenda 1)	Fecha de entrega efectiva por Asesorías Actuariales Ltda.
Presentación del plan de trabajo	15 marzo 2011	Por email el 14 de marzo de 2011, en original el 22 de marzo de 2011.
Entrega 1 (Informe y exposición sobre la calidad)	14 abril 2011	Por email el 4 de abril de 2011 a la Dra. Graciela Ortiz, el original firmado por DHL el 15 de abril de 2011 a la Ing. Siboney Muñoz.
Entrega 2 (Informe preliminar de las alternativas 1,2 y 3)	10 mayo 2011	Entrega personal el 9 de mayo de 2011.
Entrega 3 (Borrador de Informe Final)	31 mayo 2011	Por email el 31 de mayo de 2011 y el original al 1 de junio de 2011 a la Dra. Graciela Ortiz.
Entrega 4 (Informe Final)	30 junio 2011	Por email el 29 de junio de 2011, en original el 30 de junio de 2011 a la Ing. Siboney Muñoz y a la Dra. Graciela Ortiz.
	1 julio 2011	Por email a la Dra. Graciela Ortiz se remitieron las instrucciones para ingresar al sitio de Internet para descargar las herramientas de software.
Entrega 5 (Exposición de la metodología y de los resultados del estudio actuarial)	10 julio 2011	Entrega personal durante los días 13, 14 y 15 de junio de 2011.
Entrega 6 (Capacitación del uso del programa informático)	15 julio 2011	Entrega personal durante los días 13, 14 y 15 de junio de 2011.

37. Rodrigo Silva alega que el Ministerio ha incumplido el Contrato al no haber constituido la Comisión Evaluadora durante la vigencia del mismo y al no haber procedido al pago del monto contractual.

38. Al respecto, el Demandante solicitó al Ministerio el cumplimiento de sus obligaciones contractuales mediante las comunicaciones de fechas 6 y 19 de diciembre de 2011, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

39. Ante la ausencia de respuesta por parte del Ministerio, Rodrigo Silva le envió la comunicación de fecha 3 de febrero de 2012, recibida el 16 de febrero de 2012, mediante la cual declaró resuelto el Contrato.

40. En virtud de lo expuesto, el Demandante solicita que el Tribunal Arbitral ordene al Ministerio pagar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, cuantificándolas en US\$ 245,429.00 (Doscientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Veintinueve y 00/100 Dólares Americanos) a título de lucro cesante y US\$ 17,266.00 (Diecisiete Mil Doscientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares Americanos) a título de intereses, actualizados al valor presente.

9.1.2 Posición del Ministerio

41. El Ministerio conviene con cuanto ha manifestado Rodrigo Silva respecto de las circunstancias de celebración del Contrato, del monto contractual, así como de los plazos pactados para la realización de los pagos.

42. Sin embargo, sostiene que, según lo pactado en las cláusulas cuarta y novena del Contrato, la conformación de la Comisión Evaluadora era un requisito imprescindible para proceder a la recepción de los entregables y dar la conformidad del servicio.

43. El Ministerio reconoce expresamente que la Comisión Evaluadora no fue conformada durante el plazo de vigencia del Contrato y alega que dicha circunstancia constituye un "hecho sobreviniente" a la celebración del mismo; por lo que el Contrato se volvió inejecutable ya que la constitución de la Comisión Evaluadora era un requisito imprescindible para dar la conformidad del servicio y poder, posteriormente, proceder al pago. Señala que por tal razón Rodrigo Silva debió resolver el Contrato de conformidad con lo establecido en los artículos 167, 168, 169 y demás pertinentes del Reglamento de la LCE, sin ejecutarlo.

44. Sin embargo, Rodrigo Silva, pese a tener conocimiento del "hecho sobreviniente", procedió a entregar el "entregable N° 1" a funcionarias del Ministerio que, al no

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

encontrarse conformada la Comisión Evaluadora, no podían integrarla ni observar las formalidades contractualmente establecidas para dar la conformidad al servicio.

45. Asimismo, el Ministerio alega que Rodrigo Silva ha elaborado el “entregable N° 1” sin respetar, por ejemplo, los requisitos y parámetros establecidos en los puntos III y V de las Bases Administrativas o sin recolectar – posteriormente a la celebración del Contrato - la información necesaria para realizar el estudio de parte de las áreas usuarias o áreas técnicas (Ejército del Perú, Marina de Guerra del Perú, Fuerza Aérea del Perú, Policía Nacional y Caja de Pensiones Militar Policial - CPMP).
46. Según el Demandado, puesto que las presentaciones de los “entregables” se encontraban concatenadas (siendo requisito previo de la segunda la aprobación de la primera y así sucesivamente hasta la última), la falta de recepción y aprobación del “entregable N° 1” conlleva la nulidad de cualquier acto posterior.
47. El Ministerio agrega que, posteriormente, con una nueva gestión del Ministerio, se designó al Director General de Administración del Ministerio de Defensa, al Director de Logística del Ministerio de Defensa y al Director General Previsional de las Fuerzas Armadas a efectos de verificar y otorgar la conformidad de la prestación del servicio realizado por la Demandante; la Comisión conformada para dicho último propósito emitió el informe N° 001-2012-MINDEF/SG/CE de fecha 6 de febrero de 2012, en el que se concluye que los “entregables” presentados por Rodrigo Silva no cumplen con determinadas características.
48. En consideración de cuanto está expuesto, el Ministerio sostiene que Rodrigo Silva ha incumplido el Contrato y actuado de mala fe, al empezar un trabajo sin la información necesaria, ejecutarlo y terminarlo sin que se cumplan los requisitos contractualmente establecidos y pretender cobrar la indemnización por daños y perjuicios.

9.1.3 Posición del Tribunal Arbitral

49. Preliminarmente, el Tribunal Arbitral estima oportuno señalar que las dos pretensiones del Demandante mediante las cuales solicita la indemnización por daños

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

y perjuicios derivados por la resolución del Contrato por incumplimiento del Ministerio serán analizadas de manera conjunta por cuanto se originan en los mismos hechos.

50. Según exponen las Partes y está probado en autos, el 10 de marzo de 2011 las Partes celebraron el Contrato N° 009-2011-MINDEF/VRD/DGGAD/DL denominado "Consultoría para el Estudio de Cálculo Actuarial para la Determinación de las Reservas Previsionales y los Parámetros de Equilibrio Aplicables al Régimen Previsional del Personal Militar y Policial". En la cláusula segunda del citado Contrato, se reitera que el objeto del mismo es el Estudio de Cálculo Actuarial para la Determinación de las Reservas Previsionales y los Parámetros de Equilibrio Aplicables al Régimen Previsional del Personal Militar y Policial. Entre las estipulaciones más relevantes para el caso, destacan las siguientes:

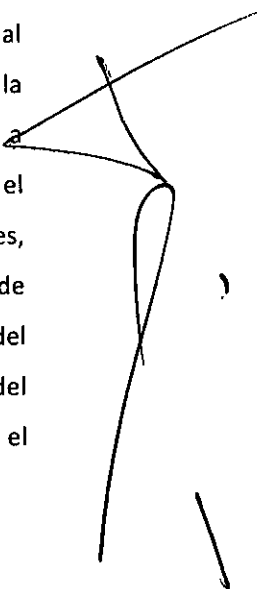
- a. La contraprestación que pagaría **MINDEF** a Asesorías Actuariales por el trabajo contratado, asciende a US\$ 245,429.00, monto que incluye el costo del servicio, seguro e impuestos (Cláusula Tercera).
- b. La Entidad se obligó a pagar a la consultora el importe acordado, en las oportunidades siguientes:
 - 30% del monto contratado a la presentación del Entregable N° 1, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.
 - 40% del monto contratado a la presentación del Entregable N° 4, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.
 - 30% del monto contratado a la presentación del Entregable N° 6, previa conformidad de la Comisión Evaluadora.
- c. En la misma cláusula tercera, las Partes acordaron que la Entidad pagaría la contraprestación al Contratista en Dólares Americanos en el plazo de diez (10)

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

días calendario luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente.

- d. El plazo de ejecución del servicio sería de cinco (5) meses (Cláusula Quinta).
- e. La recepción y conformidad del servicio sería responsabilidad de la Comisión Evaluadora. De existir observaciones, éstas serían consignadas en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al Contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podría ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario (Cláusula Novena).
- f. Cualquiera de las partes podría resolver el Contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c) y 44 de la Ley, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento. De darse el caso, la Entidad procedería de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- g. Finalmente, acordaron que el servicio sería cumplido a través de entregas parciales de documentos, debiéndose producirse la primera entrega a más tardar el 15 de marzo de 2011, y la última entrega a más tardar el 7 de agosto del mismo año.

51. Posteriormente, el 17 de marzo de 2011, las Partes suscribieron una Addenda al mencionado Contrato, modificando el cronograma de "entregables". Según la modificación, los plazos aplicables a la entrega de documentos fueron reducidos a partir de la presentación del Entregable N° 2, siendo el último nuevo plazo máximo el 15 de julio de 2011. Según explicó Rodrigo Silva en la Audiencia de Informes Orales, versión que no fue contradicha por el MINDEF, la modificación del cronograma de "entregables" se debió al pedido del MINDEF de terminar con la ejecución del Contrato antes del cambio de mando, que se produciría formalmente el 28 de julio del 2011, circunstancia que complicaría la culminación del Contrato. Debido a ello, el



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

nuevo cronograma estableció como última fecha de entrega el 15 de julio de 2011, dejándose sin efecto la fecha original, fijada para el 7 de agosto del mismo año.

52. La **Demandante** sostiene que cumplió íntegramente con sus obligaciones contractuales, pero a pesar de ello, se vio obligada a resolver el Contrato toda vez que el Ministerio no cumplió con pagarle la contraprestación acordada en el Contrato. En efecto, la **Demandante** señala que realizó las siguientes entregas al **MINDEF** dentro de los plazos estipulados:

Descripción del entregable	Fecha de entrega (según Adenda 1)	Fecha de entrega efectiva por Asesorías Actuariales Ltda.
Presentación del plan de trabajo	15 marzo 2011	Por email el 14 de marzo de 2011, en original el 22 de marzo de 2011.
Entrega 1 (Informe y exposición sobre la calidad)	14 abril 2011	Por email el 4 de abril de 2011 a la Dra. Graciela Ortiz, el original firmado por DHL el 15 de abril de 2011 a la Ing. Siboney Muñoz.
Entrega 2 (Informe preliminar de las alternativas 1,2 y 3)	10 mayo 2011	Entrega personal el 9 de mayo de 2011.
Entrega 3 (Borrador de Informe Final)	31 mayo 2011	Por email el 31 de mayo de 2011 y el original al 1 de junio de 2011 a la Dra. Graciela Ortiz.
Entrega 4 (Informe Final)	30 junio 2011 1 julio 2011	Por email el 29 de junio de 2011, en original el 30 de junio de 2011 a la Ing. Siboney Muñoz y a la Dra. Graciela Ortiz. Por email a la Dra. Graciela Ortiz se remitieron las instrucciones para ingresar al sitio de Internet para descargar las herramientas de software.
Entrega 5 (Exposición de la metodología y de los resultados del estudio actuarial)	10 julio 2011	Entrega personal durante los días 13, 14 y 15 de junio de 2011.
Entrega 6 (Capacitación del uso del programa informático)	15 julio 2011	Entrega personal durante los días 13, 14 y 15 de junio de 2011.

53. Agrega igualmente la **Demandante** que a pesar de haber cumplido con presentar al **MINDEF** los "entregables" dentro de los plazos estipulados, el **MINDEF** no realizó pago alguno a su favor, circunstancia que la obligó a cursar varios requerimientos de pago, como es el caso de sus cartas de fechas 14 de setiembre de 2011 y 19 de octubre de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

2011. Finalmente, al no recibir respuesta del **MINDEF**, mediante carta notarial de fecha 6 de diciembre de 2011, entregada el 12 del mismo mes, requirió formalmente al **MINDEF** el cumplimiento de su obligación de pago dentro de los cinco (5) siguientes días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Asimismo, mediante carta notarial de fecha 19 de diciembre de 2011, entregada el 21 del mismo mes, señaló al **MINDEF** que su incumplimiento se mantenía, razón por la cual lo requirió nuevamente para que en un plazo de quince (15) días cumpla con su obligación de pago ascendente a US\$ 245,429.00, bajo apercibimiento de resolver el Contrato en caso de incumplimiento e iniciar el arbitraje conforme a ley. Finalmente, mediante carta notarial fechada 3 de febrero de 2012, entregada el 16 del mismo mes y año, la **Demandante** comunicó al **MINDEF** su decisión de resolver el Contrato, toda vez que hasta esa fecha el **MINDEF** no había cumplido con realizar el pago pendiente.

54. El **MINDEF** no controvierte el hecho de que la **Demandante** haya presentado al Ministerio los “entregables” en la forma y las oportunidades en las que la **Demandante** afirma haber ocurrido. Si bien la **Demandante** ha aportado pruebas de que tales entregas se produjeron, ese no es un hecho controvertido. Tampoco es un hecho controvertido que el Ministerio no pagó a Asesorías Actuariales por los servicios prestados. Finalmente, es un hecho aceptado por el Ministerio que la Comisión Evaluadora, que era el órgano designado por el Contrato para recibir los “entregables” y dar conformidad al servicio, no se constituyó durante el plazo de ejecución del Contrato, ni en los meses posteriores del 2011, constituyéndose recién el 03 de enero de 2012.

55. Lo que cuestiona el Ministerio, es que:

- a. Asesorías Actuariales haya ejecutado el Contrato a pesar de que el Ministerio no conformó la Comisión Evaluadora y, consiguientemente, no había a quién presentar los “entregables” acordados en el Contrato, ni había quién diera la conformidad a dichos “entregables”, tal como se estipulaba en el propio Contrato.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

- b. Ningún pago podía realizarse si la Comisión Evaluadora no daba la conformidad a los respectivos "entregables". Por lo tanto, no habiéndose conformado la citada Comisión, nunca se dio conformidad alguna a los documentos presentados por Asesorías Actuariales, de lo cual se sigue que el pago de la contraprestación no resultaba exigible.
- c. La falta de conformación de la Comisión Evaluadora por parte del Ministerio constituye un hecho sobreviniente que determinaba que fuera materialmente imposible que Asesorías Actuariales ejecutara el Contrato.
- d. Mediando un hecho sobreviniente que generaba imposibilidad de cumplimiento, Asesorías Actuariales debió resolver el Contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lugar de tratar de ejecutarlo. Si hubiera actuado de ese modo, el Contrato habría terminado sin daño para ambas partes. En lugar de eso, ejecutó el Contrato de mala fe.
- e. En cualquier caso, las tareas que Asesorías Actuariales debía cumplir como parte de la prestación del servicio contratado, que se especificaban en las Bases Administrativas del Concurso, no fueron cumplidas por dicha empresa, razón por la cual no puede considerarse que Asesorías Actuariales cumplió con la prestación del servicio contratado.

56. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral debe determinar lo siguiente:

- i. Si la falta de conformación de la Comisión Evaluadora, y consecuente falta de pago a Asesorías Actuariales constituye un incumplimiento contractual del **MINDEF** que justificaba la resolución del Contrato, como afirma Asesorías Actuariales, o constituye una causal sobreviniente que generó la imposibilidad de que la prestación de cargo de Asesorías Actuariales sea ejecutada, ante lo cual Asesorías Actuariales debió resolver el Contrato sin ejecutarlo, tal como sostiene el Ministerio.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

- ii. Si Asesorías Actuariales cumplió íntegramente con las prestaciones a su cargo, o dejó de realizar ciertas tareas exigidas por las Bases Administrativas, como alega **MINDEF**, o si tales tareas no se realizaron porque no se encontraban exigidas por el Contrato, como alega el **Demandante**.
- iii. En caso corresponda ordenar a **MINDEF** pagar una indemnización a Asesorías Actuariales, determinar el monto de la misma.

57. Lo primero que cabe preguntarse es si, ante el hecho de que el Ministerio no había conformado la Comisión Evaluadora, Asesorías Actuariales se encontraba obligada a suspender la ejecución del Contrato o podía continuar con la prestación de los servicios contratados.
58. Es un principio de aplicación universal que los contratos son obligatorios entre las partes. Ese principio se recoge expresamente en el artículo 1361° del Código Civil, que establece que *"los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"*. La legislación sobre contratación pública no es ajena a este principio. El artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que *"los contratos regulados por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, entre otros, cláusulas relativas a la resolución del Contrato por incumplimiento"*, dejando así claramente establecido, *contrario sensu*, que los contratos son obligatorios entre las partes y consecuentemente, deben ser cumplidos. Así mismo, el artículo 44° de la misma ley, relativa a la resolución de los contratos, establece que *"cualquiera de las partes podrá resolver el Contrato sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del Contrato"*. Agrega sin embargo, que *"cuando se resuelve el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados"*.
59. Por consiguiente, el cumplimiento del contrato no solamente es una obligación de las partes contratantes, sino un derecho. Tanto así que el deudor puede constituir en mora al acreedor, si este último se niega a recibir la prestación de su deudor, lo cual confirma que el deudor de una obligación contractual no puede ser obligado por el

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

acreedor de la misma a incumplirla, máxime si dicho incumplimiento puede generar perjuicios al deudor, como la obligación de indemnizar, afectar a su reputación, entre otros daños.

60. En consideración a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la conducta asumida por Asesorías Actuariales consistente en ejecutar el Contrato a pesar de no haber sido conformada la Comisión Evaluadora por el **MINDEF** no es reprochable. Por el contrario, Asesorías Actuariales tenía la obligación y el derecho de prestar el servicio contratado, y presentar al Ministerio los "entregables" a los cuales se obligó, en las oportunidades pactadas.

La razón alegada por el Ministerio, según la cual el **Demandante** no debió ejecutar el Contrato toda vez que el Ministerio no había conformado la Comisión Evaluadora, que según el Contrato era la llamada a recibir los "entregables" y dar la conformidad del servicio, no es amparable, toda vez que el Ministerio basa este argumento en su propio incumplimiento, es decir, en la no conformación de la Comisión Evaluadora, incumplimiento que resulta imputable de manera exclusiva al Ministerio, con lo cual, el argumento de la demandada atenta contra el principio general del derecho que sanciona: *"El acto propio, sólo puede hacer daño a sí mismo y no a su adversario"* o *"A cada quien debe perjudicar su propio hecho, no a su adversario"*¹.

Dicho en otras palabras, no resulta amparable el argumento del demandado citado en el párrafo precedente, en la medida que el Ministerio manifestó, "que la falta de conformación de la Comisión Evaluadora, constituye una causal sobreviniente que generó la imposibilidad de que la prestación a cargo de Asesorías Actuariales sea ejecutada, ante lo cual Asesorías Actuariales debió resolver el Contrato sin ejecutarlo", con lo cual el Ministerio estaría pretendiendo o buscando beneficiarse de su propio incumplimiento. No sólo ello, sino que además el Ministerio no cumplió con el pago de la contraprestación pactada, lo cual denota que detrás de la omisión culposa, el no

¹ El Principio General del Derecho y la doctrina de los actos propios que en latín es conocido bajo el aforismo latino del "factum cuique suum, non adversario nocere debet".

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

constituir la Comisión Evaluadora, existió una intencionalidad de parte del Ministerio, la misma que atenta contra el principio de la buena fe contractual y de lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil, el que establece que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

Por el contrario, el Tribunal Arbitral considera que el **Demandante** actuó con una diligencia extraordinaria, al no suspender la ejecución de los servicios contratados por causa del incumplimiento del **MINDEF**, y por el contrario, presentar los "entregables" a la Entidad, aun cuando no estuviere conformada la Comisión Evaluadora que según el Contrato, tendría la representación del Ministerio para recibir los "entregables" y dar la conformidad respectiva.

61. No obstante lo indicado, el **MINDEF** alega que el hecho de no haber conformado la Comisión Evaluadora constituye un hecho sobreviniente que generaba la imposibilidad de ejecutar el Contrato. Sin embargo, aun cuando es claro que la falta de conformación de la Comisión Evaluadora constituye un hecho sobreviniente a la celebración del Contrato, enteramente atribuible al **MINDEF**, de ese hecho no se sigue que las prestaciones de las Partes hayan devenido en imposibles. En efecto, las prestaciones de cargo de Asesorías Actuariales podían cumplirse aun cuando la Comisión Evaluadora no hubiera sido constituida y, de hecho, se ejecutaron, como está probado con la presentación de los "entregables" pactados. Por lo tanto, las prestaciones de cargo del Contratista no devinieron imposibles. De otro lado, las prestaciones de cargo del **MINDEF** tampoco devinieron imposibles. El **MINDEF** podía haber conformado la Comisión Evaluadora en cualquier momento, y también pudo realizar el pago de la contraprestación acordada en la oportunidad en que debió hacerlo. Ninguna de estas obligaciones era de imposible cumplimiento. Por lo tanto, el argumento del **MINDEF** de que la ejecución del Contrato devino en imposible debido a la falta de conformación de la Comisión Evaluadora no es atendible.

62. La siguiente cuestión a determinar es si a pesar de no haberse conformado la Comisión Evaluadora, el Ministerio se encontraba obligado a pagar a Asesorías Actuariales la

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

contraprestación estipulada, habida cuenta que dicha empresa había presentado al Ministerio los "entregables" pactados dentro de los plazos acordados.

63. El Ministerio alega que era condición para el pago que la Comisión Evaluadora diera su previa conformidad a cada "Entregable". Alega igualmente que la Comisión Evaluadora debía recibir y dar su conformidad al servicio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 176° del Reglamento, para que el pago procediera. Por lo tanto, al no haber Comisión Evaluadora, no se cumplieron las condiciones establecidas en la ley y en el Contrato para el pago.

64. Al respecto, el artículo 76° del Reglamento establece que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración, o en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad. A su turno, el artículo 177° del mismo Reglamento establece que luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. En el mismo sentido, el Contrato estipuló, en su Cláusula Cuarta, que la obligación de realizar los pagos parciales acordados se devengaría previa conformidad de la Comisión Evaluadora. En el mismo sentido se encuentra la regla contemplada en la Cláusula Novena del Contrato, que establece que la recepción y conformidad del servicio es responsabilidad de la Comisión Evaluadora, y se regula por lo dispuesto en el artículo 176. De acuerdo a las normas y estipulaciones citadas, la obligación de pago de la Entidad nacería una vez que el órgano de administración o en su caso, el órgano establecido en las bases, recibiera y diera conformidad al servicio. Tal como precisa el artículo 177 del Reglamento, luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del Contratista.

65. De otro lado, tal como precisa el artículo 176° del Reglamento y reproduce la Cláusula Novena del Contrato, *"de existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menos de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese el plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan. Esta última parte es concordante con lo previsto en el artículo 168° del mismo Reglamento, que autoriza a la Entidad a resolver el contrato cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales”.

66. En el presente caso, sin embargo, la falta de conformidad a los servicios prestados no ocurrió debido a que Asesorías Actuariales hubiera inejecutado sus obligaciones, o las hubiera cumplido en forma parcial, tardía o defectuosa. La Entidad en ningún momento formuló observaciones a los informes entregados por Asesorías Actuariales ni asumió que tales servicios fueran manifiestamente contrarios a las características y condiciones ofrecidas. Por el contrario, la conformidad no fue dada porque el órgano establecido en el Contrato para dar esa conformidad, no se constituyó, por causas imputables de manera exclusiva al Ministerio. En efecto, el Ministerio, no conformó la Comisión Evaluadora y, consiguientemente, por causas atribuibles de manera exclusiva al Ministerio, no hubo un órgano con atribuciones para recibir los informes elaborados por Asesorías Actuariales, y de ser el caso, dar su conformidad, hecho el cual no puede beneficiar al Ministerio.

67. Por consiguiente, si bien es cierto que la conformidad del servicio prestado es la que genera el derecho al pago del contratista, ello no justifica que la entidad no realizara todos los actos necesarios para que el órgano que debía recibir los servicios acordados y dar su conformidad, exista y se encuentre en funciones desde el inicio de la vigencia del Contrato.

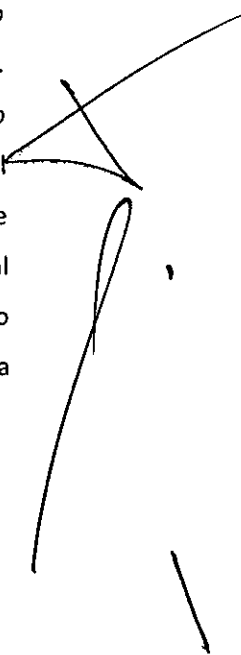
68. En el presente caso la falta de conformidad no fue consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Asesorías Actuariales, sino consecuencia de una obligación previa que el Ministerio debía cumplir para que los mecanismos y procedimientos de recepción y conformidad acordados en el Contrato y establecidos

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

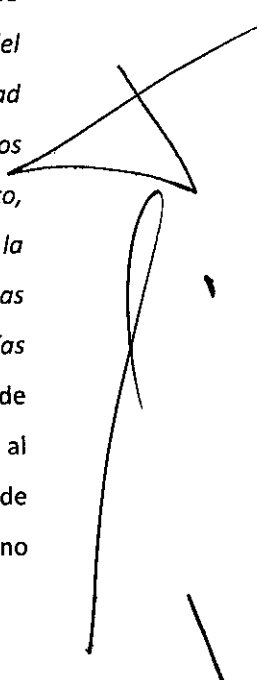
en la ley pudieran aplicarse, que no es otra que la conformación de la Comisión Evaluadora.

69. Si se aceptara la tesis de que el Ministerio podía válidamente eludir su obligación de pronunciarse sobre los servicios prestados por el Contratista simplemente omitiendo conformar la Comisión Evaluadora, en la práctica se estaría asimilando la obligación del Ministerio de crear la Comisión Evaluadora a una condición potestativa, la misma que según el artículo 172° del Código Civil afecta al Contrato de nulidad. En efecto, dicho precepto señala que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición potestativa exclusiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Ese sería el caso si se aceptara que el Ministerio tenía la potestad de conformar o no la Comisión Evaluadora, a sabiendas que el pago de los servicios dependía de que dicha Comisión fuere conformada y estuviere en funciones.

70. De otro lado, debe también tenerse en consideración que el **MINDEF** tenía un plazo dentro del cual debía pronunciarse sobre los informes que fuere entregando el Contratista. Al respecto, el artículo 181° del Reglamento establece que *"el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos"*. En el mismo sentido, la Cláusula Cuarta del Contrato establece que *la Entidad pagará la contraprestación al Contratista "en el plazo de diez (10) días calendario, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éstos recibidos"*. Por lo tanto, el **MINDEF** incumplió su obligación de pronunciarse sobre cada "Entregable" al cumplirse los diez (10) días de la fecha en que cada "Entregable" fue presentado. Tal incumplimiento se produjo por causa imputable al propio Ministerio, toda vez que no conformó la Comisión Evaluadora, que era el órgano responsable de dar la conformidad a la recepción de los servicios en el plazo de diez (10) días establecido.



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

71. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que el Ministerio incumplió su obligación de dar la conformidad de recepción a los servicios prestados por Asesorías Actuariales y, consecuentemente, no puede basar la falta de pago en su propio incumplimiento.
72. Corresponde ahora establecer si Asesorías Actuariales resolvió correctamente el Contrato por causa imputable al Ministerio.
73. El artículo 169° del Reglamento, relativo al procedimiento de resolución del contrato, establece que *"si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato"*. Si bien la norma establece que el contrato puede establecer plazos mayores, pero nunca superiores a los quince (15) días, el Contrato *sub litis* no modificó el plazo del Reglamento. Lo mantuvo en cinco (5) días. La norma agrega que *si vencido el plazo, el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolverlo"*.
74. En el presente caso, Asesorías Actuariales cursó una primera carta de fecha 6 de diciembre de 2011, entregada el 12 del mismo mes al Ministerio, en virtud de la cual señaló que *"la Entidad no ha cumplido con pagar la contraprestación a su cargo de conformidad con el cronograma de pagos establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato"*. Añadió que *"sobre la base de lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, así como en los artículos 40, literal c), de la Ley de Contrataciones del Estado, y 168° y 169° de su Reglamento, requerimos formalmente a su Entidad el cumplimiento de su obligación de pago de la contraprestación por nuestros servicios en observancia de lo estipulado en las Cláusulas Tercera y Cuarta del Contrato, dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días bajo apercibimiento de resolución"*. Posteriormente, mediante carta del 19 de diciembre de 2011, entregada el 21 del mismo mes, Asesorías Actuariales recordó al Ministerio que ya le había otorgado cinco (5) días para cumplir con su obligación de pago, bajo apercibimiento de resolución de Contrato, y a pesar de ello, la Entidad no
- 

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

había atendido su requerimiento de pago. A pesar de ello, con el objeto de evitar cualquier alegación sobre omisión de forma, o supuesta complejidad o envergadura del Contrato, requirió nuevamente al Ministerio para que en un plazo de quince (15) días cumpla con su obligación de pago, de conformidad en lo dispuesto en los artículos 169° del Reglamento y 1428° del Código Civil, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

75. Puesto que el Ministerio no respondió ni cumplió con el pago solicitado, mediante carta de fecha 03 de febrero de 2012, entregada el 16 del mismo mes, Asesorías Actuariales comunicó su decisión de resolver el Contrato. Según consta en el expediente, las tres cartas mencionadas fueron cursadas por conducto notarial.

76. Conforme está expuesto, Asesorías Actuariales cumplió con el procedimiento de resolución del Contrato previsto en el artículo 169° del Reglamento y en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, toda vez que requirió al Ministerio por conducto notarial para que cumpla las obligaciones a su cargo bajo apercibimiento de resolución de Contrato, concediéndole incluso plazos mayores que los establecidos en la ley, sin que tal cumplimiento se produjera, y ante el incumplimiento, resolvió el Contrato. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral concluye que el Contrato fue correctamente resuelto por el **Demandante**, por causal imputable al Ministerio.

77. Resta por establecer si le asiste a Asesorías Actuariales el derecho de ser indemnizada por la Entidad, y en ese caso, determinar a cuánto debe ascender la indemnización respectiva.

78. El artículo 170° del Reglamento establece que *si la parte perjudicada con el incumplimiento es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del titular de la Entidad*. El Código Civil regula el derecho indemnizatorio en igual sentido. El artículo 1321° del mismo establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, agregando que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial,

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

79. Por lo tanto, habiendo quedado resuelto el Contrato por la causal de incumplimiento del Ministerio, el Tribunal Arbitral concluye que Asesorías Actuariales tiene derecho de ser indemnizada por los daños y perjuicios irrogados.
80. El Demandante ha reclamado por concepto de daños y perjuicios el pago del monto de la contraprestación acordada en el Contrato por los servicios que le fueron contratados, más intereses. Dicha prestación, como es natural, está conformada por el costo de prestar el servicio contratado, más el margen de ganancia esperado. Por lo tanto, correspondería reconocer a Asesorías Actuariales dicho monto, a título indemnizatorio, siempre que Asesorías Actuariales hubiera cumplido a cabalidad con prestar el servicio contratado, toda vez que, en ese caso, podría aceptarse que sus daños ascienden, por lo menos, al monto de la contraprestación pactada más sus intereses.
81. A este respecto, sin embargo, el Ministerio ha alegado que Asesorías Actuariales no cumplió con ciertos requisitos y parámetros establecidos en las Bases, y específicamente, los precisados en el punto III denominado "Descripción del Servicio", donde se estableció literalmente lo siguiente:

"3.1. *Participar en las reuniones técnicas con los representantes y autoridades de las instituciones gubernamentales involucradas (tales como: Comisión Evaluadora, abogados especialistas en materia laboral y previsional), así como aquellas que para tal efecto se acuerden. Dichas reuniones se fijan en fecha establecidas de común acuerdo entre las partes...*".

"3.9. *Elaborar un informe preliminar de resultados y análisis a ser puesto en consideración de la Comisión Evaluadora, respecto de las alternativas 1, 2 y 3 señaladas en el objeto del servicio. A partir de este informe, los*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

ajustes que sean requeridos y la definición de los parámetros finales a utilizar deberán ser aprobados por la Comisión Evaluadora..."

"3.10. Elaborar un borrador de Informe Final de resultados y recomendaciones a ser puesto en consideración de la Comisión Evaluadora..."

"3.11. Realizar los ajustes necesarios y presentar un Informe Final de estudio a la Comisión Evaluadora..."

"3.12. Realizar los ajustes necesarios y presentar el Informe Final de estudio actuarial, a la Comisión Evaluadora..."


82. Al respecto, señala el Ministerio que estas tareas fueron incumplidas por el Contratista, razón por la cual no tiene derecho a exigir pago alguno. Adicionalmente señala que en el punto V de las Bases se estableció que el desarrollo del servicio contempla la interacción con la Comisión Evaluadora, razón por la cual, al no haberse conformado dicha Comisión, se genera "nulidad" (sic).

83. En relación a las tareas que según el Ministerio no fueron cumplidas por Asesorías Actuariales, el Ministerio ha presentado sendos documentos que demostrarían que ninguno de los Institutos Armados, ni la Policía Nacional del Perú y la Caja de Pensiones Militar Policial participó, por medio de sus representantes o personal especializado, en reunión alguna con Asesorías Actuariales luego de la firma del Contrato, y el Contratista tampoco les solicitó información indispensable para la realización del estudio.

84. Al respecto, Asesorías Actuariales respondió este cargo señalando que en ningún extremo del Contrato se contempla como obligación de su cargo que debía recolectar información y, por otro lado, que el Ministerio omite precisar en qué cláusula del Contrato consta el pacto según el cual el **Demandante** debía coordinar con las áreas usuarias o áreas técnicas la ejecución de los servicios. Concluye que tal coordinación

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

habría sido imposible pues el Contrato no establece ninguna obligación, carga o deber accesorio de conducta que apunte en el sentido de lo sostenido por el **MINDEF**. Por lo tanto, concluye, no es posible concluir que su representada incumplió con obligaciones que no se encontraban previstas en el Contrato respectivo.

85. Del argumento de defensa esgrimido por Asesorías Actuariales se desprende que no existe controversia entre las Partes acerca del hecho de que dicha empresa no realizó las tareas que, según el Ministerio, debía ejecutar como parte de la prestación de los servicios contratados. La controversia, más bien, gira en torno a determinar si tales tareas formaban o no parte de las obligaciones contractuales que Asesorías Actuariales debía ejecutar.
86. Las tareas que Asesorías Actuariales no realizó se encuentran contempladas en las Bases Administrativas del Concurso, no en el Contrato. Sin embargo, las Bases Administrativas forman parte del Contrato, tal como lo establece el artículo 142° del Reglamento. En efecto, dicho precepto señala que *"el Contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el Contrato"*. Por lo tanto, no es amparable el argumento según el cual las obligaciones citadas por el **MINDEF** no serían exigibles por no constar expresamente en el Contrato, cuando es suficiente que consten en las bases para que dichas obligaciones sean vinculantes.
87. Incluso la descripción del servicio que debía ser prestado por Asesorías Actuariales no se detalla en el texto del Contrato, sino en los capítulos III, IV y V de las Bases, siendo el primero de los mencionados el relativo a la descripción del servicio, el segundo relativo al perfil y el tercero referido a los productos que Asesorías Actuariales debía entregar como resultado de su trabajo. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral concluye que las tareas mencionadas por el **MINDEF** que Asesorías Actuariales no llegó a realizar, resultaban obligatorias para el Contratista, y consiguientemente, el Contratista no cumplió íntegramente con la prestación a su cargo.
- 

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

88. De otro lado, el Tribunal no puede perder de vista que la inejecución de tales tareas debía ser advertida desde la presentación del primer Entregable, tal como señala el Ministerio y, por lo tanto, si hubiera existido la Comisión Evaluadora, esta circunstancia habría sido observada, otorgándosele al Contratista la oportunidad de subsanarla. No obstante, el Ministerio no sólo no conformó la Comisión Evaluadora, sino que es recién con motivo de este arbitraje que hizo conocer al **Demandante**, a través de sus actuaciones arbitrales, el contenido de estas observaciones subsanables. Incluso, es a través de este arbitraje que Asesorías Actuariales recién tomó conocimiento del Informe N° 001-2012-CPMP-GI de fecha 24 de enero de 2012, en el que se formulan comentarios sobre el trabajo realizado por Asesorías Actuariales. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral advierte que, si bien Asesorías Actuariales no cumplió con ciertas tareas a su cargo establecidas con toda precisión en las Bases Administrativas del Concurso, por otro lado el Ministerio tampoco cumplió con su obligación de formular oportunamente las observaciones correspondientes, que hubieran dado la oportunidad al Contratista de subsanar tales omisiones. Consiguientemente, no puede considerarse que la omisión de ejecutar ciertas tareas por parte de Asesorías Actuariales constituya un incumplimiento de relevancia, considerando que habría podido ser fácilmente subsanable si el **MINDEF** hubiera cumplido con su obligación de conformar la Comisión Evaluadora y ésta hubiera cumplido la función que según el Contrato debía desempeñar.

89. Consiguientemente, el Tribunal Arbitral considera que mediando un incumplimiento parcial subsanable, que no llegó a subsanarse por causas imputables a ambas Partes, Asesorías Actuariales no tiene derecho a ser indemnizada con la totalidad de la contraprestación pactada en el Contrato, debiendo realizarse un castigo razonable, proporcional a su incumplimiento.

90. En consideración a que Asesorías Actuariales presentó todos los "entregables" que se habían acordado en el Contrato incluso en plazos menores a los estipulados, cumpliendo con culminar la ejecución del Contrato antes de la transferencia de mando, salvo por la omisión de ciertas tareas identificadas por el **MINDEF** en su escrito de defensa que no fueron oportunamente observadas por **MINDEF** cuando debió

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

hacerlo, el Tribunal Arbitral concluye que el servicio prestado por Asesorías Actuariales estuvo incompleto en un porcentaje aproximado del 15%. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral, en uso de la atribución que contempla el artículo 1332° del Código Civil, considera que el monto que correspondería a Asesorías Actuariales por concepto de indemnización, asciende a la suma de US\$ 208,614.65 (Doscientos Ocho Mil Seiscientos Catorce y 65/100 Dólares Americanos) .

91. En cuanto a los intereses, la Cláusula Cuarta del Contrato establece en su parte final que, en caso de retraso en el pago, el Contratista tendrá derecho al pago de intereses, contados desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse, de conformidad a lo establecido en el artículo 48° de la Ley. El artículo 48° de la Ley establece que: “[e]n 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”. Según el propio Contrato, el pago debía efectuarse previa conformidad de la Comisión Evaluadora, la misma que debía ser prestada en un plazo que no excederá de los diez (10) días de recibida la documentación correspondiente. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral concluye que la Entidad adeuda intereses legales al Contratista desde los diez (10) días de presentados el Entregable N° 1 (presentado el 4 de abril del 2011), el Entregable N° 4 (presentado el 29 de junio de 2011) y el Entregable N° 6 (presentado el 15 de junio de 2011), los mismos que según la Cláusula Cuarta debían generar el pago del 30%, 40% y 30% del monto contratado, respectivamente. Los intereses se devengarán hasta la fecha efectiva de pago.

9.2 PRETENSIONES DEL DEMANDADO.

92. Resta por analizar la reconvención planteada por el MINDEF, en virtud de la cual reclama una indemnización al Contratista por el monto de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos). Sostiene el Ministerio que el Contratista actuó de mala fe al ejecutar los servicios contratados a pesar de que la Comisión Evaluadora no había sido creada. Agrega que el Contratista omitió resolver el Contrato a pesar de haberse constatado la imposibilidad de su ejecución. Igualmente señala que el Contratista procedió a realizar y elaborar la entrega N° 1, a pesar de no

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

haber cumplido con su obligación de recolectar información, y tampoco participó en reunión alguna con las áreas usuarias o áreas técnicas del servicio. No obstante, **MINDEF** no aporta prueba alguna del daño que alega haber sufrido.

93. En rigor, todas las alegaciones que sustentan la reconvencción han sido analizadas en el laudo arbitral. Tal como el Tribunal Arbitral ha establecido, la conducta asumida por Asesorías Actuariales según la cual ejecutó el Contrato a pesar del incumplimiento del **MINDEF**, no es reprochable toda vez que es derecho de toda parte contratante cumplir con sus obligaciones, que es precisamente lo que ocurrió en el presente caso.
94. De otro lado, no puede atribuírsele una conducta de mala fe a quien hace lo posible por cumplir sus obligaciones dentro de los plazos estipulados. En ese sentido, Asesorías Actuariales no incurrió en incumplimiento contractual por el hecho de cumplir sus obligaciones.
95. Finalmente, el Tribunal Arbitral ha establecido que Asesorías Actuariales, a pesar de haber presentado todos los "entregables" pactados en el Contrato, no cumplió con ciertas tareas establecidas en las Bases Administrativas, razón por la cual la indemnización que se le reconoce en este laudo, se ha reducido en proporción a la parte del Contrato que no cumplió.
96. No obstante lo expuesto, esa circunstancia no genera daño al Ministerio, toda vez que hasta la fecha el Ministerio no ha cumplido con pagar monto alguno al Contratista; y por lo tanto, no se ha producido erogación económica alguna que exceda o no guarde proporción con los servicios recibidos.
97. En tal sentido, el Tribunal Arbitral concluye que el Ministerio no ha sufrido daños indemnizables, y tampoco se perjudicará con el pago de la reparación que adeuda al Contratista por la parte ejecutada de sus servicios. En tal sentido, la reconvencción es infundada.

9.3 PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

98. Las Partes han solicitado que el Tribunal Arbitral determine a quien corresponde asumir los costos y gastos del presente arbitraje.
99. El Tribunal Arbitral advierte que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral determine cuál de las Partes debe asumirlos o en qué proporción deben ser asumidos por cada una de ellas.
100. De acuerdo al análisis que antecede, el Tribunal Arbitral considera que la presente controversia ha tenido como principal motivo el hecho de que el Ministerio no haya conformado la Comisión Evaluadora en el plazo y, por consiguiente, que tampoco haya cumplido con pagar el monto contractual a Rodrigo Silva. Asimismo, la reconvencción formulada por el Ministerio resultó injustificada.
101. Sin embargo, como se ha examinado en el laudo, el Tribunal Arbitral no considera que Asesorías Actuariales haya cumplido el servicio al que estaba obligada a cabalidad, pues si bien presentó todos los "entregables" que se habían acordado en el Contrato incluso en plazos menores a los estipulados, cumpliendo con culminar la ejecución del Contrato antes de la transferencia de mando, omitió realizar ciertas tareas establecidas en el punto III de las Bases del Contrato, identificadas por el MINDEF en su escrito de defensa. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral estima que el servicio prestado por Asesorías Actuariales estuvo completo en un porcentaje aproximado al 85% e incompleto en el restante 15%.

Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal considera que el Ministerio debe asumir el 85% de los costos administrativos del arbitraje y honorarios del Tribunal Arbitral, y cada parte asumir sus respectivos costos de defensa.

X. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

102. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las Partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las Partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las consideraciones que preceden, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA en parte la primera pretensión y por tanto **ORDENAR** al Ministerio de Defensa que cumpla con indemnizar a la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.) con la suma de US\$ 208,614.65 (Doscientos Ocho y Seiscientos Catorce y 65/100 Dólares Americanos).

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión y por tanto **ORDENAR** al Ministerio de Defensa que cumpla con pagar a Asesorías Actuariales los intereses legales devengados, de acuerdo a lo indicado en el Fundamento 92 de este Laudo.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión de la reconvención.

CUARTO: Con relación a la pretensión en común, **ORDENAR** que el Ministerio de Defensa asuma el 85% de los gastos administrativos y honorarios del Tribunal Arbitral y cada parte asuma los gastos de su defensa.

Notifíquese a las Partes.-


ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
Presidente del Tribunal Arbitral


JOSÉ ANTONIO DEL SOLAR BOTTO LERCARI
Árbitro


JUAN JOSÉ PÉREZ - ROSAS PONS
Secretario Ad - Hoc

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

VOTO EN DISCORDIA DEL DR. EDGAR MARTIN GÓMEZ AGUILAR

Considerandos N° 90 y N° 91

90) Consiguientemente, éste Árbitro considera que mediando un incumplimiento parcial subsanable, que no llegó a subsanarse por causas imputables a ambas Partes, Asesorías Actuariales no tiene derecho a ser indemnizada con la totalidad de la contraprestación pactada en el Contrato, en razón a que debe considerarse de manera necesaria, en qué consiste el fenómeno de la responsabilidad civil y cuáles son los requisitos para que opere una indemnización, en ese sentido se procede a analizar a continuación.

- a) La responsabilidad civil es una técnica de tutela de derechos que tiene por finalidad *"imponer al responsable (...) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado"*². La doctrina ha sido unánime al distinguir entre la responsabilidad civil contractual³, en la que el daño ocasionado es producto del incumplimiento de una obligación (inejecución o ejecución parcial o tardía de prestaciones) y la responsabilidad civil extracontractual, también llamada "responsabilidad aquiliana", derivada de la infracción del deber general de no causar daño a nadie.
- b) Al respecto, tanto la doctrina⁴ como nuestra legislación⁵ son pacíficas en señalar que para que pueda ampararse una pretensión de indemnización por daños y perjuicios (tanto ante un escenario de responsabilidad civil contractual como extracontractual) deben concurrir de forma conjunta los siguientes presupuestos

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima; Gaceta Jurídica. Segunda Edición, 2003, p.32

³ LEÓN HILARIO, Leysser. La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas. Lima: Editora Normas Legales s.a.c., 2004, P.6

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op.

⁵ "Artículo 1985 del Código Civil,- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño Moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

de la responsabilidad civil⁶: 1) la antijuridicidad; ii) el daño causado por la conducta ilícita⁷; iii) el nexo causal o vínculo de causalidad entre el evento lesivo y el daño producido; y, iv) el factor de atribución⁸. La verificación de estos elementos debe ser plena, por lo que de no cotejarse alguno de ellos, se interrumpirá el resto del análisis, desestimando este extremo de la pretensión indemnizatoria.

- c) En materia de contrataciones públicas, doctrina reconocida señala que "(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Idem.

⁷ El **daño** es todo menoscabo patrimonial e incluso no patrimonial. De esta definición deriva la clasificación tradicional reconocida por nuestro Código Civil en materia de daños de carácter patrimonial: i) daño emergente y ii) lucro cesante.

Al respecto, existe una clara distinción entre el daño emergente y el lucro cesante, pues el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño; mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso. FRANZONI, Massimo. "Il Danno al Patrimonio". Giuffrè Editore S.p.A.. Milano. Italia. 1996. Pag. 179-181.

Ahora bien, en materia de responsabilidad civil, el daño es el presupuesto mas importante de todos, ya que si el mismo no existe -es decir, no se acredita-, entonces no hay nada que reparar. Por ello, no hay responsabilidad si no hay daño, pues sobre el daño gira todo el fenómeno resarcitorio. ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p.1.

⁸ En materia de responsabilidad contractual, el factor de atribución es siempre subjetivo, en tanto resulta de imprescindible análisis el actuar del agente: el dolo y la culpa del agente. Así, según lo preceptuado por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por "dolo" o "culpa" (sea esta, inexcusable o leve).

En cuanto al "**dolo**", según la Exposición de Motivos del Código Civil, este es entendido como "*la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. El dolo existe cuando el deudor tiene la voluntad de no cumplir su obligación, ya sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no*". En línea con lo anterior, el artículo 1318 del Código Civil se limita a señalar que "*procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta su obligación*". Exposición de Motivos del Código Civil. Compiladora: Revoredo De Debaquey, Delia. Parte III, Tomo V. pp. 445.

En este mismo sentido, Osterling señala que "*el dolo existe cuando el deudor tiene conciencia de no cumplir su obligación, sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa. En la culpa no hay intención de no cumplir, el deudor no ejecuta su obligación por descuido o negligencia. En el dolo hay mala fe, en la culpa no*". OSTERLING PARODI, Felipe. *Inejecución de Obligaciones: Dolo o Culpa*. En Libro Homenaje a Lanatta Gullhem, Cultural Cuzco S.A., Lima.

De otro lado, en lo que respecta a la "**culpa**", es definida por la doctrina como:

La omisión de las diligencias exigibles al agente, la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. (...) Ello ocurre en virtud de un obrar caracterizado por la imprudencia, impericia o negligencia". STIGLITZ, Ruben y Gabriel STIGLITZ. *Seguro contra la Responsabilidad Civil*. Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1994. pp. 222.

Por último, Cabanellas, señala que el término "diligencia" ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989. pp. 253.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel.⁹

- d) En tal sentido habiendo expuesto de manera sucinta el marco teórico sobre la responsabilidad civil, a continuación, se analizará si en el presente caso se cumple cada uno de los presupuestos antes detallados.

(i)Respecto al Presupuesto de Antijuridicidad

El primero de los presupuestos de la responsabilidad civil (ya sea contractual como extracontractual) es la antijuridicidad, que en términos generales se encuentra referida a la necesidad de que el daño que se le imputa a quienes resulten responsables sea un daño injusto, entendido éste como un daño producido a partir de una conducta o una actuación en contravención a las normas de nuestro ordenamiento jurídico, a los principios que inspiran al orden público, a las buenas costumbres en general o alguna de las estipulaciones que regulan la relación contractual establecida entre las partes. Como se advierte, el presupuesto de antijuridicidad se podrá configurar en materia contractual, ante el incumplimiento total, tardío o defectuoso de las prestaciones establecidas en el contrato.

Respecto al incumplimiento parcial subsanable, a partir de lo expuesto y analizado en el contexto del laudo en general, puedo advertir que si se cumple con el presupuesto de antijuridicidad, toda vez que ha quedado demostrado que Ministerio de Defensa ha incumplido su obligación de pagar a Asesorías Actuariales no obstante éste último tuvo un cumplimiento parcial del mismo.

En este sentido, corresponde continuar con el análisis de los demás presupuestos de la responsabilidad civil únicamente respecto de la falta de pago de la contraprestación.

(ii)Respecto del presupuesto del daño

Este elemento es quizá el elemento más importante de la responsabilidad civil, ya que en ausencia de éste no existiría concepto que reparar: "no hay responsabilidad si no hay daño".¹⁰

⁹ ARTEAGA ZEGARRA, Mario. *El incumplimiento en materia de contratación pública*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 138, Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2005, p. 33

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Lo anterior, toda vez que sobre el daño gira todo el fenómeno resarcitorio. Incluso se ha llegado a utilizar el término de "Derecho de Daños" en vez del de "Responsabilidad Civil", apuntando preferentemente a la consideración de la víctima del daño, antes que a la del autor del mismo¹¹.

Así, se define al daño como *"la lesión a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial (espiritual) ajeno, que provoca consecuencias de carácter patrimonial o extrapatrimonial"*¹² En ese sentido, se habla de un daño evento y un daño consecuencia; así se señala:

*"(...) interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza. Es por ello que de una lesión patrimonial puede resultar consecuencias. (...) así tenemos que se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)"*¹³

Sin embargo, no todo daño es resarcible; para serlo, debe cumplir cuatro requisitos, tales como:

- a) Certeza.-** Se refiere a la verificación de un hecho o resultado. En este punto se debe determinar el quid de la certeza, lo cual configura la existencia fáctica del daño; siendo que, demostrada la certeza fáctica, la certeza lógica corresponderá constatarse al momento de que se analice la relación causal (presentándose una superposición en el método de análisis de la responsabilidad civil, partiendo de que éste es referencial).

¹⁰ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1982. pp. 1.

¹¹ ANDORNO, Luis. Daño (e Injusticia del Dana) En: De los Mozos, José Luis (Director), Instituciones de Derecho Privado - Responsabilidad Civil / Derecho de Daños. T. 4. Lima: Grijley. 2006. pp. 218.

¹² CALVO, Carlos. "Daño resarcible". Buenos Aires: Hammurabi, 2005. P. 488

¹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Loc. Cit. pp 246

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

Así, se señala que la exigencia de certeza "se refiere a su existencia, y no a su actualidad o a la determinación de su monto; el daño debe existir, es decir, ser real, efectivo, y no meramente conjetural o hipotético"¹⁴

b) Subsistencia.- Implica que el daño no debe haber sido reparado al momento de su exigencia, no pudiendo admitirse una doble reparación.

Al respecto, Calvo señala que cuando se habla de "*subsistencia del daño se hace referencia a que el mismo no debe haber sido aún resarcido, por lo cual -si bien se trata de un perjuicio pasado en los hechos- aún permanece jurídicamente en la víctima del perjuicio*"¹⁵

c) Especialidad.- que consiste en que el daño debe afectar un interés en concreto, perteneciente a persona determinada, no pudiendo generarse daños a una entidad colectiva.

Este requisito es reconocido en doctrina como personal; en ese sentido se señala que se "*exige que la lesión recaiga sobre un interés propio (ya sea patrimonial o moral); es decir, solamente podrá reclamar la reparación la persona que ha sufrido el perjuicio*"¹⁶

d) Injusto.- este es el criterio que, finalmente, determine la resarcibilidad del daño, siendo que sólo lo serán los daños injustamente sufridos.

En el presente caso, Asesorías Actuariales no ha cumplido con presentar medio probatorio que sustente la indemnización reclamada como lucro cesante, incumpliendo de esa forma con lo establecido en el artículo 1331° del Código Civil¹⁷.

En efecto, Asesorías Actuariales no ha presentado en documentación alguna, una estimación de los daños generados como consecuencia de la falta de pago al incumplimiento parcial, sin presentar medio probatorio que sustente dichos cálculos. Por lo tanto, no se ha acreditado existencia de un daño cierto.

¹⁴ CALVO, Carlos. Op. Cit. Pp, 233.

¹⁵ Idem. pp. 247.

¹⁶ Idem. pp. 237.

¹⁷ Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
José Antonio Del Solar Botto Lercari
Martín Gómez Aguilar

En ese sentido, no configurándose el requisito del daño derivado de una conducta ilícita, para determinar un supuesto de responsabilidad, carece de sentido seguir el análisis de los demás presupuestos, pues esta inconcurrencia genera la imposibilidad de concluir el supuesto de responsabilidad alegado, Así, éste Árbitro considera que debe declararse **INFUNDADA** la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante formulada por Asesorías Actuariales.

Considerandos N° 100 y N° 101

Al respecto, en el convenio arbitral contenido en el CONTRATO las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Por lo que el Árbitro a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso, que más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente Laudo Arbitral, se evidencia que efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Árbitro, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.

En consecuencia, éste Árbitro estima que ambas partes deben asumir el 50% de las costas y costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje.

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la empresa Rodrigo Silva S.A.S. (antes Asesorías Actuariales Ltda.)

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de Asesorías Actuariales.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión de la reconvencción.

CUARTO: Con relación a la pretensión en común, **ORDENAR** que cada parte debe asumir el 50% de gastos administrativos y honorarios del Tribunal Arbitral y cada parte asuma los gastos de su defensa.


MARTÍN GÓMEZ AGUILAR
Árbitro


JUAN JOSÉ PÉREZ ROSAS PONS
Secretario Ad - Hoc