
LAUDO ARBITRAL

CASO ARBITRAL N° 25-2019-CA/CCPL

CONSORCIO SERGEJOF y SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD

ÁRBITRA ÚNICA

Victoria Raquel Pérez Aguilár

TIPO DE ARBITRAJE

Nacional | Derecho | Institucional

SEDE ARBITRAL

Calle Manuel María Ízaga N° 035, Chiclayo, Chiclayo

RESOLUCIÓN N° 23

Al primer día del mes de julio del año dos mil veintidós, la Árbitra Única, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 18 de enero de 2019, el Seguro Social de Salud - ESSALUD (en adelante **LA ENTIDAD**) y el Consorcio SERGEJOF (en adelante **EL CONTRATISTA**) suscribieron el Contrato N° 08-GRALA-“JAV”-ESSALUD-2019 para la “Contratación de servicio de mantenimiento de infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque” (en adelante **EL CONTRATO**).
2. En la cláusula décimo sétima del **CONTRATO** las partes pactaron un Convenio Arbitral para la solución de sus controversias con el siguiente tenor:

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

*El arbitraje será institucional y resuelto por Árbitro Único, **LA ENTIDAD** propone a El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque y el Centro de Conciliación y Arbitraje del OSCE.*

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatoria para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

II. INSTALACIÓN DE LA ÁRBITRA ÚNICA

3. Con fecha 28 de febrero de 2020, se realizó la Audiencia de Instalación de la Árbitra Única con presencia de ambas partes.
4. En dicha diligencia se establecieron las reglas procedimentales del presente arbitraje, y ambas partes declararon su conformidad con la designación de la Árbitra, manifestando que al momento de la realización de la presente audiencia no tienen conocimiento de alguna causal que pudiera motivar una recusación.
5. En consecuencia, se declara formalmente instalado el Árbitro Único.

III. LUGAR DEL ARBITRAJE

6. Se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Chiclayo y, como sede institucional del arbitraje, las oficinas ubicadas en la calle Manuel María Ízaga N° 35, provincia y distrito de Chiclayo.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

7. Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2021, **EL CONTRATISTA** presentó su demanda arbitral contra **LA ENTIDAD**, la cual fue subsanada mediante escrito presentad el 20 de enero de 2022. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 13 de fecha 25 de enero de 2022.

a. Pretensiones

8. **EL CONTRATISTA** planteó en su demanda arbitral las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la Arbitra Única declare la validez y eficacia de la resolución parcial del Contrato N° 8-GRALA.”JAV”-ESSALUD-2019, para la “*Contratación del servicio de mantenimiento de infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque*”, realizada por el Consorcio SERGEJOF y comunicada a ESSALUD mediante Carta Notarial N° 841-2019, con fecha 9 de setiembre de 2019; y en consecuencia, declare inválida o ineficaz la resolución de contrato efectuada por la Entidad, mediante la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, de fecha 13 de setiembre de 2019.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la Árbitra Única ordene a la Entidad que efectúe a favor del Consorcio la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución del “*Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque*”, derivado del Concurso Público N° 1810P00041; correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2019, y la devolución de la retención de la garantía de fiel cumplimiento; todo lo cual, asciende a **S/ 448 527.32 (Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Mil Quinientos Veintisiete con 32/100 Soles)**; así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la Árbitra Única ordene a la Entidad que efectúe a favor del Consorcio la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución de prestaciones adicionales en el Hospital Naylamp, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto del año 2019; lo cual, asciende al monto de **S/ 305 702.01 (Trescientos Cinco Mil Setecientos Dos con 01/100 Soles)**; así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la Árbitra Única ordene a la Entidad resarcir vía indemnización al Consorcio por el daño emergente, lucro cesante y el daño moral ocasionados por el accionar injustificado de la Entidad; ascendentes a la suma total de **S/ 820 000.00 (Ochocientos Veinte Mil con 00/100 Soles)**.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que la Árbitra Única condene a la Entidad al pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, incluyendo los honorarios profesionales en que el Consorcio haya incurrido por la contratación de la defensa técnica y legal para el presente proceso.

b. Fundamentos de hecho de la demanda

9. A continuación, transcribimos los fundamentos de **EL CONTRATISTA** contenidos en su demanda:

“FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

1. *Desde el inicio de la prestación del servicio, la Entidad, a través de algunos de los supervisores encargados, realizaba observaciones infundadas a los informes mensuales entregados por el Consorcio a efectos de que ESSALUD otorgue la conformidad del servicio y proceda con el*

pago respectivo de acuerdo con lo pactado y el procedimiento correspondiente detallado en las Bases Integradas.

2. *Como muestra de ello, para el mes de febrero de 2019, luego de entregado el Informe Mensual correspondiente por parte de mi representada (a través de la Carta N° 053-SERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019), con Carta N° 535-OIHSOADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019, el área de supervisión comunica a la Entidad supuestos incumplimientos de parte del Consorcio a los TDR para su consecuente aplicación de penalidades.*
3. *No obstante, tal como se explica en el **Recurso de Reconsideración** presentado por el Consorcio, con fecha 22 de marzo de 2019, ante la Secretaría Técnica y el Órgano de Control Institucional de la Entidad, todas y cada una de las supuestas infracciones se encontraban justificadas o no eran imputables a mi representada; tan es así, que finalmente, la Entidad tuvo que otorgar la conformidad, según consta en la Carta N° 678-OIHSOADM-RAL-ESSALUD-2019 (de fecha 15 de abril de 2019) y proceder con el pago respectivo.*
4. *En efecto, **sobre el supuesto incumplimiento en la presentación del programa de mantenimiento anual y mensual** (del mes de febrero), si el Consorcio no cumplió en el plazo previsto con ello fue debido a que la empresa anterior, encargada del mantenimiento de infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque no cumplió con entregar el Software Pcoman necesario para conocer el estado actual de la información en el sistema respecto de las necesidades de los Centros Asistenciales en cobertura.*
5. *Es decir, la Entidad no se encargó de solicitar a la empresa anterior toda la información necesaria sobre el servicio efectuado; con lo cual, el Consorcio no tenía conocimiento de los servicios realizados y los servicios pendientes de realizar, entre otra información necesaria para la presentación del programa de mantenimiento anual y mensual y su posterior ejecución.*
6. *Ello obedecía a lo descrito en el punto 4 del numeral 3.1 del Capítulo III (“Términos de Referencia”) de la Sección Específica de las Bases Integradas:*
 - 4.2. [...] *El programa de Mantenimiento será elaborado acorde a los formatos internos de la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura, para tal fin el Contratista deberá tener actualizada la información de las necesidades de los Centros Asistenciales en cobertura.*
7. *En tal sentido, al inicio de la ejecución del servicio, el 31 de enero de 2019, mediante Carta N° 003-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, el Consorcio solicitó la entrega del Software Pcoman para el servicio de infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque. Ante*

la falta de respuesta, el día 4 de febrero de 2019, el Consorcio solicitó la autorización para el ingreso del correlativo del Pcoman; sin embargo, jamás nos entregaron la información solicitada.

8. *Adicionalmente a ello, como puede observarse de lo descrito, a la fecha del Contrato no se contaba con el permiso necesario para el ingreso a los Talleres de Mantenimiento y mucho menos a la documentación e información concerniente al servicio a brindar; lo cual consta en la Carta N° 159-OIHS-OADM-RAL-JAVESSALUD-2019, a través de la cual se nos indica que no se cuenta con una comunicación oficial sobre el inicio de actividades por parte de nuestro Consorcio.*
9. *Por tales motivos, el Consorcio no pudo presentar los programas anual y mensual en su oportunidad, pero lo hizo el 4 de febrero de 2019, a través de la Carta N° 0019-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, pese a no contar con la información actualizada del servicio de mantenimiento de infraestructura; con lo cual, posteriormente a ello, mi representada solicitó la información pertinente a la Entidad para completar lo que se tenía de manera autónoma, intentando dar solución al problema ante la falta de colaboración de ESSALUD con respecto al contratista anterior, tal como consta de la Carta N° 0752019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, de fecha 4 de abril de 2019.*
10. *No obstante, luego de la presentación del Programa, transcurrido el plazo señalado en el punto 4 del numeral 3.1 del Capítulo III (“Términos de Referencia”) de las Bases Integradas sin que el Jefe de Mantenimiento comunicara observación alguna, el Consorcio dio por aceptado el mismo.*
11. *En adición a ello, de acuerdo con el punto 12.3 del numeral 3.1, Capítulo III (“Términos de Referencia”) de las Bases Integradas, ESSALUD debe notificar al contratista antes de la aplicación de penalidades comunicándole sobre la supuesta falta cometida para su absolución o subsanación; lo cual, jamás realizó la Entidad, a través de su Oficina de Supervisión, que por cierto fue la encargada de elaborar los TDRs.*
12. **Sobre el Programa Mensual de Febrero**, *la razón del retraso en su entrega es la misma, lo cual está respaldado además en la Carta N° 024-2019CSERGEJOF-INFRA-RAL; a través de la cual, el Consorcio solicitó a la Entidad autorización para el ingreso del correlativo del Pcoman en el servicio de mantenimiento de infraestructura.*

13. **Con respecto a la presentación del informe técnico mensual**, fácilmente puede advertirse la malicia de la observación, debido a que, tal como se explica en el recurso de reconsideración comentado.
14. Esta observación se basa en el supuesto retraso del Consorcio en presentar el Informe Técnico Mensual correspondiente al mes de febrero; según la Oficina de Supervisión, este debió presentarse como máximo el 10 de marzo de 2019; sin embargo, fue presentado el 11 de marzo de 2019, constituyendo ello una falta “grave”.
15. Sobre esto, como puede apreciarse de la revisión del calendario, los días 9 y 10 de marzo corresponden a un día sábado y un día domingo, respectivamente. Ahora bien, el personal que labora en la Oficina de Mantenimiento lo hace en el horario de lunes a viernes; por lo cual, el plazo real que la Oficina de Supervisión habría brindado es de ocho (8) días y no diez (10) estipulados en las Bases Integradas (ítem 6.1 de los TDR); es por tal motivo que la entrega se realizó al primer día hábil siguiente, esto es el lunes 11 de marzo de 2019; sin ningún perjuicio para la Entidad cabe aclarar. Cabe precisar que, la observación la ha realizado la Oficina de Supervisión mucho tiempo después, siendo que al momento de recepcionar (sic) el informe no se realizó ninguna observación.
16. Cabe precisar que, la Entidad no cumplió con comunicar dichas observaciones al Consorcio a efectos de que procediera a subsanarlas, de conformidad con lo previsto en el punto 12.4 del numeral 3.1., Capítulo III, de las Bases Integradas, lo cual, es un requisito para la aplicación de penalidades o multas; por ese motivo, mediante Cartas Notariales N° 001-2019-SERGEJOF-GG, N° 002-2019SERGEJOF-GG y N° 003-2019-SERGEJOF-GG, se solicitó a ESSALUD (específicamente a los supervisores de mantenimiento de infraestructura allí indicados) se informe al respecto, no pudiendo acreditar la Entidad que haya cumplido con la comunicación previa respectiva.
17. Consecuentemente, luego de distintos requerimientos, se presentó la Carta Notarial N° 004-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 8 de abril de 2019, por medio de la cual, se solicitó una vez más a la Entidad el otorgamiento de la respectiva conformidad, dado que a la fecha no había cumplido con hacerlo, pese al levantamiento de observaciones realizadas aun de manera irregular y sin sustento.
18. Con ello se advierte que, lejos de brindar facilidades a mí representada, los supervisores restringían y limitaban la correcta ejecución del Contrato, sin permitir al Consorcio trabajar dentro de un ambiente armonioso y regido por la buena fe, pareciendo más bien que tenían un

afán deliberado de perjudicar al Consorcio y la ejecución del servicio, no sabemos en razón de qué intereses externos; lo cual, se hizo de conocimiento de la Entidad (Secretaría Técnica) y su Órgano de Control Interno, mediante Recurso de Reconsideración presentado contra la Carta N° 535-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019. Cabe precisar aquí que, posteriormente a ello, mediante Carta s/n de fecha 20 de mayo de 2019 se interpuso Apelación al entenderse como denegatoria ficta la falta de pronunciamiento por parte de la Entidad.

19. *Como ha podido corroborar la Árbitra Única, desde el inicio de la ejecución del Contrato, el Consorcio fue víctima de una hostilización por parte de ciertos supervisores, como consta además -entre otros- en el Informe de fecha 28 de marzo de 2019, realizado por el ingeniero Residente a solicitud del Consorcio; la Carta Notarial N° 005-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 20 de abril de 2019; la Carta N° 088-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, de fecha 18 de mayo de 2019; la Carta N° 120-2019-CSERGEJOF-GG, de fecha 12 de julio de 2019; lo cual, finalmente ha sido una de las causales de resolución del Contrato.*
20. *Asimismo, se advierte el retraso de la Entidad en el cumplimiento de sus obligaciones: otorgar conformidad y realizar el pago correlativo; lo cual se repitió en cada mes y pese a los reiterados requerimientos realizados por el Consorcio y que constan -entre otras- en las Cartas N° 055-2019-SERGEJOF-GG, del 28 de octubre de 2019; N° 060-2019-SERGEJOF-GG, del 5 de diciembre de 2019; N° 068-2019-SERGEJOF-GG, del 26 de diciembre de 2019; etc., todas las cuales, se adjuntan a la presente.*
21. *Cabe precisar que las órdenes de compra y las órdenes de mantenimiento de trabajo constituyen un gran número por mes, por lo cual, no se especifica cada una de ellas pero con los informes mensuales se acredita el cumplimiento de las mismas.*
22. *Respecto al actuar de la Entidad, tal como lo señala REVOLLO PUIG, no parece inoportuno ni excesivo afirmar que la equidad y la justicia material tienen en el Derecho Administrativo un papel más destacado que en el Derecho Civil; lo que, dicho autor sustenta en la sentencia del Tribunal Supremo español que establece que, “si en el Derecho privado se valoró más a la seguridad jurídica, **en el Derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia porque no en vano las relaciones administrativas están influenciadas por la equidad y la buena fe**”.*

23. Con respecto a la *Ética en la Administración Pública*, SEIJO SUÁREZ menciona que supone la enseñanza de un conjunto de conocimientos que deben convertirse en un hábito para el funcionario:
- “No se trata de transmitir ideas tan interesantes como la lealtad institucional, el principio de igualdad, la transparencia, el uso racional de los recursos, la promoción de los derechos, sino que es imprescindible que la actividad del funcionario esté presidida por un conjunto de valores humanos que están inseparablemente unidos a la idea del servicio y que, facilitan la idea de sensibilidad ante lo público”.
24. En este caso, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad tienen origen en un acto administrativo unilateral de la Administración Pública (el no reconocimiento de los trabajos y su falta de pago); ante lo cual, debe hacerse la precisión de que, frente a la situación de igualdad de la que parte el Derecho Civil, en el Derecho administrativo se parte de relaciones entre personas de desigual poder y situación jurídica, por lo que, “sólo acentuando las ideas de justicia se puede garantizar el orden público”
25. De modo que, ESSALUD debió reconocer los trabajos realizados por el Consorcio, otorgar la conformidad y realizar el pago correspondiente a ello, sin embargo, entre tanto el actuar adecuado que debió seguir la Entidad no se ha concretado por su propia voluntad, se solicita a la Árbitra Única que le ordene a hacerlo.
26. Resulta importante resaltar en este punto que, en cualquier caso, se habría configurado la **teoría de los actos propios**, según la cual, una parte no puede pretender algo que resulta en plena contradicción con sus propios actos. En este caso, la Entidad ha actuado durante el inicio de la ejecución contractual en contra de sus actos propios, observando cuestiones que ya se habían dado por levantadas y desconociendo con posterioridad situaciones que ya conocía con anterioridad, tal como la designación del Residente del Consorcio que ya conocía desde el inicio de la ejecución del Contrato, sin embargo, la objeta meses después, luego de que transcurrieran varios meses ejecutando el Contrato con dicho Residente.
27. Es en virtud de todo lo anterior, y ante la falta de pago por los servicios efectivamente prestados, pese a los reiterados requerimientos, que con fecha 28 de agosto de 2019, mi representada notifica a ESSALUD la Carta Notarial N° 760-2019, la cual contiene el Pre Aviso de Resolución del Contrato por incumplimientos contractuales a su cargo, otorgándole a dicha parte un plazo razonable para el cumplimiento de sus obligaciones

esenciales, conforme con el procedimiento previsto en el artículo 136° del RLCE, a saber:

(...)

28. Ante la persistencia en el incumplimiento por parte de ESSALUD, y habiendo transcurrido en demasía el plazo otorgado sin que ésta cumpliera con el pago respectivo, con fecha 9 de setiembre de 2019, el Consorcio comunica a la Entidad, a través de la Carta Notarial N° 841-2019, la resolución parcial del Contrato, de conformidad con la cláusula décima tercera del Contrato y de acuerdo con lo regulado en el inciso d), numeral 32.3 del artículo 32° y el artículo 36° de la LCE, y el artículo 135° del RCLCE, los cuales se transcriben a continuación: (...)

29. Cabe precisar que la Resolución parcial del Contrato se dio en base a las siguientes causales, las cuales se explican en la Carta Notarial de Pre Aviso de Resolución del Contrato:

- 1) **Incumplimiento a la Cláusula Segunda: Objeto del Contrato;** al haber desnaturalizado la razón de ser del servicio; tal como consta en la Carta N° 012-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 26 de abril de 2019.
- 2) **Incumplimiento a la Cláusula Cuarta: Del Pago;** al no haber cumplido con el respectivo pago al Consorcio, pese a los reiterados requerimientos, luego de haber cumplido con la prestación del servicio e, incluso, luego de haber subsanado todas las observaciones, aun cuando éstas eran repetitivas e infundadas. Lo cual se desarrolla con más detenimiento a lo largo de la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de la segunda pretensión principal.
- 3) **Incumplimiento a la Cláusula Novena: Conformidad de la Prestación del Servicio;** al no haber otorgado oportunamente la conformidad del servicio, pese a que el Consorcio cumplió con el mismo de conformidad con lo pactado y las reglas aplicables, y pese al levantamiento de observaciones continuo y al requerimiento efectuado reiteradamente. Lo cual se desarrolla con más detenimiento a lo largo de la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de la segunda pretensión principal.
- 4) **Incumplimiento a la Cláusula Décimo Quinta: Anticorrupción;** al no haber tomado las medidas respectivas respecto de los hechos irregulares comunicados por el Consorcio en cuanto al actuar de la Supervisión de la ejecución del servicio y otros; como ya se explicó a partir del numeral 18 del desarrollo de la presente pretensión principal.

- 5) **Incumplimiento de diversas obligaciones con relación a las prestaciones adicionales en el Hospital Naylamp**; al no haber otorgado oportunamente la conformidad del servicio, pese a que el Consorcio cumplió con el mismo de conformidad con lo pactado y las reglas aplicables, y pese al levantamiento de observaciones continuo y al requerimiento efectuado reiteradamente. Lo cual se desarrolla con más detenimiento a lo largo de la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de la tercera pretensión principal.
30. En virtud de lo relatado hasta el momento, se puede verificar que el Consorcio ha cumplido con sus obligaciones, tal como se demuestra con los **informes mensuales** adjuntos a la presente y que obran en el poder de ESSALUD, levantando todas y cada una de las observaciones infundadas efectuadas por la Entidad (aun cuando se encontraban fuera del plazo previsto), y ante el incumplimiento por parte de la Entidad de otorgar la conformidad y efectuar el pago, el Consorcio ha seguido estrictamente el procedimiento previsto en el artículo 136° del RLCE para resolver el Contrato.
31. **En consecuencia, de acuerdo con lo regulado en la normativa citada (más precisamente en el artículo 136° del RLCE), una vez comunicada la resolución del Contrato, éste queda resuelto de pleno derecho. Motivo por el cual, la resolución efectuada por el Consorcio es válida y eficaz, mientras que, la resolución efectuada por la Entidad, al ser posterior a la del Consorcio, es inválida e ineficaz, al haberse realizado sobre un contrato ya resuelto previamente.**

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Con respecto al mes de julio de 2019:

1. Con Carta N° 141-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019, de fecha 8 de agosto de 2019, se hace entrega del Resumen de Ejecución, correspondiente al periodo del 01 al 31 de julio de 2019 del servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque.
2. En esa misma fecha, con Carta N° 141-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA2019, el Consorcio hace entrega de las estadísticas

correspondiente al periodo del 01 al 31 de julio de 2019 del servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque.

3. *Con fecha 9 de agosto de 2019, con Carta N° 143-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019, el Consorcio cumple con entregar el Informe Mensual de Mantenimiento de Infraestructura correspondiente al periodo del 01 al 31 de julio de 2019, acreditando con ello la prestación realizada.*
4. *Mediante Cartas N° 111 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019 y N° 120 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019, de fechas 15 y 20 de agosto de 2019, respectivamente, la Entidad otorga la conformidad del servicio prestado por el Consorcio en el periodo de julio 2019.*
5. *No obstante, a raíz del informe remitido por la supervisora Goyzueta, con Carta N° 1564-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019, recibido con fecha 28 de agosto de 2019, la Entidad comunica a mi representada observaciones respecto del informe mensual del periodo de julio 2019, correspondiente a los servicios de carpintería y albañilería.*
6. *Sin perjuicio de lo infundadas de las observaciones, como era de costumbre, por medio de la Carta N° 159-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, de fecha 2 de setiembre de 2019, el Consorcio cumplió con levantarlas, tal como detalladamente allí se explica.*
7. *Sin embargo, pese a contar con la conformidad de parte del servicio y de haber levantado las observaciones infundadas realizadas por una de las supervisoras, hasta la fecha, ESSALUD no ha cumplido con el pago correspondiente.*

Con respecto al mes de agosto de 2019:

8. *Con fecha 11 de setiembre de 2019, mediante Carta N° 169-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019, el Consorcio hace entrega del reporte de los gastos de mantenimiento y del resumen de ejecución, correspondientes al periodo del 01 al 31 de agosto de 2019 del servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque.*
9. *En esa misma fecha, con Carta N° 170-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019, el Consorcio cumple con entregar el Informe Mensual de Mantenimiento de Infraestructura correspondiente al periodo del 01 al 31 de agosto de 2019, acreditando con ello la prestación realizada.*
10. *Con Carta N 1713-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019, de fecha 23 de setiembre de 2019, ESSALUD informa que se estará procediendo a realizar la validación de todas*

las OTMs realizadas por el Consorcio, por lo que, posteriormente a ello se procederá con brindar la conformidad del caso.

11. Sin embargo, hasta la fecha, habiendo transcurrido más de dos (2) años y cuatro (4) meses desde la prestación del servicio, la Entidad no ha cumplido con pronunciarse acerca de la conformidad del mismo; vulnerando así la cláusula cuarta del Contrato y el numeral 3.9 del Capítulo III de la Sección General de las Bases Integradas, a saber:

CONTRATO:

“CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA** en SOLES, en pagos periódicos mensuales, por igual monto y por espacio de un año, tal y como lo establecen las bases del procedimiento de selección, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad del servicio, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de **LA ENTIDAD**, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, **EL CONTRATISTA** tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149 del Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”

BASES INTEGRADAS:

“3.9. PAGOS

El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta, según la forma establecida en la sección específica de las bases o el contrato.

La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción. (...)

En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales correspondientes conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley y en el artículo 149 del Reglamento.”

Con respecto al mes de setiembre de 2019:

12. *Con fecha 19 de setiembre de 2019, mediante Carta N° 173-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019, el Consorcio hace entrega del reporte de los gastos de mantenimiento y del resumen de ejecución, correspondientes al periodo del 01 al 08 de setiembre de 2019 del servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque.*
13. *En esa misma fecha, con Carta N° 174-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA2019, el Consorcio cumple con entregar el Informe Mensual de Mantenimiento de Infraestructura correspondiente al periodo del 01 al 08 de setiembre de 2019, acreditando con ello la prestación realizada.*
14. *Sin embargo, hasta la fecha, habiendo transcurrido más de dos (2) años y tres (3) meses desde la prestación del servicio, la Entidad no ha cumplido con pronunciarse acerca de la conformidad del mismo; vulnerando así la cláusula cuarta del Contrato y el numeral 3.9 del Capítulo III de la Sección General de las Bases Integradas.*

Con respecto a la garantía de fiel cumplimiento:

15. *La garantía de fiel cumplimiento fue descontada desde los primeros meses de ejecución del servicio, de acuerdo con lo pactado; lo cual se prueba con los estados de cuenta de los meses respectivos, en donde puede observarse que la Entidad realiza los pagos aplicando el descuento indicado; siendo que, en el último pago realizado por la Entidad en el mes de diciembre se completó el descuento del total de la garantía de fiel cumplimiento.*
16. *Al respecto, el artículo 126° del RLCE aplicable a este caso señala lo siguiente: (...)*
17. *Estando a ello, y habiendo culminado satisfactoriamente la prestación del servicio contratado tal como se ha demostrado con el desarrollo de las pretensiones planteadas por mi representada, corresponde que la Entidad cumpla con devolver el íntegro del monto de la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el Contratista, ascendente a S/ 155 518.05 (Ciento Cincuenta y Cinco Mil Quinientos Dieciocho con 05/100 Soles).*
18. ***Así las cosas, solicitamos a la Árbitra Única que, en virtud de los hechos y los argumentos esgrimidos, ordene a la Entidad cumplir con el pago***

correspondiente por los trabajos realizados, más los intereses legales respectivos por el retraso en el cumplimiento, así como con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

1. Con fecha 26 de junio de 2019, el Consorcio y la Entidad suscriben el **Contrato de Prestaciones Adicionales al 25% al Contrato N° 8-GRALA."JAV"ESSALUD-2019** para la "Contratación de Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque" (en adelante, "Contrato Adicional").
2. No obstante, ESSALUD no ha cumplido con pagar la contraprestación respectiva por los servicios ejecutados, pese a lo siguiente:
3. Con Cartas N° 133-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL y N° 040-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 2 de agosto de 2019, el Consorcio realiza los descargos y el levantamiento de las poco serias observaciones realizadas a ciertas prestaciones realizadas en el periodo de julio 2019, tal como allí se indica.
4. Con fecha 2 de octubre de 2019, mediante Carta N° 173-2019-CSERGEJOF-INFRA-AL, el Consorcio cumple con entregar el Informe de Mantenimiento de Infraestructura del Hospital I Naylamp, correspondiente al periodo 01 al 30 de junio de 2019. Al respecto, mediante Carta N° 056-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 7 de noviembre de 2019, el Consorcio levanta las observaciones realizadas por la Entidad al informe correspondiente al mes de junio, por medio de la Carta N° 1880-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019.
5. Asimismo, con Carta N° 058-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 11 de noviembre de 2019, el Consorcio levanta las observaciones realizadas por la Entidad al informe correspondiente al mes de julio, por medio de la Carta N° 1932-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019.
6. Con fecha 17 de octubre de 2019, mediante Carta N° 175-2019-CSERGEJOF-INFRA-AL, el Consorcio cumple con entregar el Informe de Mantenimiento de Infraestructura del Hospital I Naylamp, correspondiente al periodo 01 al 31 de agosto de 2019; y con Carta N° 059-2019-SERGEJOF-GG, de fecha 11 de noviembre de 2019,

el Consorcio levanta las observaciones realizadas por la Entidad al informe correspondiente al mes de agosto, por medio de la Carta N° 1933-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019.

7. *Mediante Carta N° 172-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, notificada con fecha 19 de setiembre de 2019, el Consorcio cumple con presentar ante ESSALUD el **Informe Final de Actividades de Mantenimiento ejecutadas en el Hospital I Naylamp, correspondientes al periodo del 01 de junio al 31 de agosto de 2019.***
8. *Transcurrido más de un (1) mes, con fecha 5 de diciembre de 2019, la Entidad realiza observaciones a los trabajos relativos al mes de junio de 2019, mediante Carta N° 2062-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019; lo cual es absuelto por el Consorcio con fecha 9 de diciembre de 2019, mediante la Carta N° 061-2019SERGEJOF-GG.*
9. *Así también, mediante Carta N° 062-2019-SERGEJOF-GG, mi representada cumple con levantar las observaciones realizadas por la Entidad mediante Carta N° 2065-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019, de fecha 5 de diciembre de 2019, a los trabajos relativos al mes de julio de 2019.*
10. *Del mismo modo, el 9 de diciembre de 2019, mediante la Carta N° 063-2019SERGEJOF-GG, mi representada cumple con levantar las observaciones realizadas por la Entidad mediante Carta N° 2064-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD2019, de fecha 5 de diciembre de 2019, a los trabajos relativos al mes de agosto de 2019.*
11. *Con fecha 9 de diciembre de 2019, ante la falta de pronunciamiento de la Entidad, por medio de la Carta N° 064-2019-SERGEJOF-GG, el Consorcio solicita información sobre el personal a cargo de la supervisión de los informes entregados para el trámite de la conformidad.*
12. *Asimismo, y ante la excesiva demora de la Entidad, a través de la Carta N° 066-2019-SERGEJOF-GG, notificada con fecha 16 de diciembre de 2019, mi representada solicita a ESSALUD el control de los plazos según los documentos normativos de la relación contractual, así como la emisión de la respectiva conformidad por los servicios brindados.*
13. *En esa misma fecha, mediante Carta N° 65-2019-SERGEJOF-GG, el Consorcio volvió a entregar los planos de arquitectura y el diagrama de actividades ejecutadas, a solicitud de la entidad, pese a ya haberlos entregado tal como allí se indica, a efectos de que no se generaran más demoras con relación al trámite para el otorgamiento de la conformidad correspondiente.*

14. Sin embargo, pese a la entrega de los respectivos informes que acreditan la prestación del servicio, y aun con el levantamiento de las infundadas observaciones realizadas por la Entidad, ésta no ha cumplido con otorgarnos la conformidad de los mismos aun habiéndose vencido en exceso el plazo establecido en los documentos normativos que rigen la contratación.
15. Cabe señalar que, adicionalmente, la Entidad incumplió con su obligación de brindar información al Consorcio sobre los materiales de almacén, no cumplió con firmar las facturas de caja chica, hizo entrega extemporánea de los materiales para ejecutar las labores de mi representada, materiales que además no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas; todo lo cual, era necesario para la entrega del informe mensual de actividades; lo que hizo que, ante la omisión deliberada de los servidores y funcionarios de ESSALUD mi representada brinde el servicio hasta el 31 de agosto de 2019, según orden de compra, presentando un informe final conjunto.
16. **En consecuencia, nuevamente, la Entidad ha incumplido con los plazos establecidos en el Contrato y en las Bases Integradas (vulnerando la cláusula cuarta del Contrato y el numeral 3.9 del Capítulo III de la Sección General de las Bases Integradas específicamente) al no pronunciarse oportunamente sobre la conformidad del servicio realmente ejecutado por el Consorcio. Por tanto, corresponde a la Árbitra Única ordenar a ESSALUD el pago respectivo.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO COMUNES A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES SEGUNDA Y TERCERA:

1. Cabe precisar que, aun cuando las observaciones persistieran, de acuerdo con lo pactado en la cláusula duodécima del Contrato, las infracciones se catalogan en graves o muy graves, siendo que, en caso de alguna observación, si el Consorcio no la subsanada, se debía aplicar la penalidad respectiva dependiente de la gravedad de la falta, y la consecuencia, era precisamente deducir dicha penalidad del pago que se le realizara al Consorcio, **en ningún caso la consecuencia es incumplir con la totalidad del pago, como ha ocurrido en este caso.**
2. Es decir, en el supuesto negado en que se hubiera incurrido en infracciones y que ante su observación estas no se hubieran subsanado, lo máximo que pudo haber ocurrido era la

aplicación de la respectiva penalidad, pero no dejar de cumplir con el pago al Consorcio por las prestaciones realizadas.

3. *En todo caso, en el supuesto negado en que la Árbitra Única considere que no corresponde el pago en base a la normativa en contrataciones del Estado, éste correspondería por enriquecimiento sin causa. Cabe resaltar que el enriquecimiento sin causa es una figura residual debido a que su aplicación solo es posible frente a un imprevisto legislativo, es decir, cuando no existe dentro la normativa vigente un remedio aplicable, y sirve para corregir el detrimento injustificado de un patrimonio en favor de otro”.*
4. *Ahora, los requisitos para que se configure el enriquecimiento sin causa bajo la normativa peruana y de acuerdo con lo desarrollado por la doctrina autorizada al respecto son los siguientes: 1) que exista un enriquecimiento del patrimonio de una de las partes; 2) que exista un daño para la otra parte, consistente en el empobrecimiento de su patrimonio; 3) que haya una correlación entre dicho enriquecimiento y dicho empobrecimiento; 4) que exista ausencia de justa causa (del enriquecimiento) y 5) que exista subsidiaridad.*
5. *Asimismo, la propia Corte Suprema ha precisado, a través de la Sentencia CAS. N° 1995-2009, del 17 de diciembre de 2019, que **el enriquecimiento sin causa “quiebra el equilibrio entre dos patrimonios de una manera injusta, y cuando tal situación se produce la ley otorga un crédito al empobrecido contra el enriquecido, otorgándole una acción in reverso, derivada de un principio de equidad”.** [Énfasis añadido].*
6. *Además, en esa misma sentencia la Corte Suprema ha confirmado los requisitos necesarios para que opere el enriquecimiento sin causa (siendo estos, los ya mencionados):*

“Las condiciones para la interposición de esta acción son: a) que el demandado debe haberse enriquecido por la percepción de un beneficio, material, intelectual y aun moral; b) este beneficio debe haberse obtenido a expensas del demandante, quien se ha empobrecido; c) que tal enriquecimiento sea injusto; y, d) que el demandante no tenga otro remedio para obtener satisfacción, por lo que tal acción tiene carácter residual o subsidiaria.” [Subrayado agregado].
7. *Adicionalmente, parte de la doctrina ha reconocido como otro requisito del enriquecimiento sin causa: 6) que este exista al momento de la demanda, es decir, que este no debe ser futuro y no debe haber desaparecido antes; pues, no procede la acción si el enriquecimiento aún no se ha producido.*

8. *Así, lo que se pretende la figura referida es amparar todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; al respecto, la doctora REVOREDO señala que:*

“[L]os principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado”
9. *Además, cabe indicar que, según CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA:*

“No es necesario que el hecho por el cual una persona se enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado, mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos”. [Énfasis agregado].
10. *Realizadas las precisiones anteriores, debemos señalar que el enriquecimiento sin causa en el ámbito de las contrataciones (sic) del estatal parte de que **si una Entidad obtuvo una prestación por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el pago respectivo, consistente precisamente en la contraprestación pactada**, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que “aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.*
11. *Ello, porque partimos del escenario que, cuando un proveedor decide contratar con el Estado, busca la satisfacción de sus necesidades, entre ellas, el cumplimiento de sus metas, su desarrollo y la generación de riqueza (objetivos completamente válidos dentro de un país con una economía social de mercado como es el Perú) y, por su parte, el Estado busca satisfacer las necesidades de la población, que también están plasmadas en sus propias metas y objetivos y para ello cuenta con un presupuesto.*
12. *En este punto, no podemos dejar de señalar que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado es que estos involucran **prestaciones recíprocas**. Así, si bien es obligación del proveedor (Consortio) ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, **es también obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre estas, el pago de la respectiva contraprestación al contratista**.*
13. *En ese escenario y teniendo en cuenta ambos intereses, es imperativo afirmar que tanto la Entidad como el Consortio, están obligados a actuar con **buena fe**.*

14. En ese orden de ideas, REVOLLO PUIG ha señalado que la equivalencia de las prestaciones y el precio justo son palabras comunes en el derecho administrativo y que la teoría del equilibrio económico financiero en el contrato administrativo es una pieza central de toda su regulación.
15. Por lo que, es inaceptable que se dé un caso como el presente, en el cual, el proveedor (Consortio) que contrata con el Estado (ESSALUD) ejecuta el servicio correctamente, de acuerdo con los términos de referencia y demás instrumentos normativos pertinentes, pero, por meras cuestiones formales u observaciones ya resueltas, que parecen rebuscadas con un irregular interés por parte de los supervisores, la Entidad no cumple con realizar el pago correspondiente, como contraprestación, y más bien presenta observación tras observación incluso sobre una subsanación de observaciones.
16. De otro lado, los principios que enuncia la LCE sirven también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de dicha norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones; es decir, que los principios sirven, en primer lugar, como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran establecidas en la LCE, en el RLCE y en otras normas administrativas vinculadas.
17. En dicho marco expositivo, es preciso señalar que el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, estableció lo siguiente:
- “(…) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –**aún sin contrato válido– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas y utilizadas por la otra**, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa”.*
18. Bajo esa misma lógica, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del OSCE N° 64-2002-GTN, se señala lo siguiente:
- “En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, **lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado***

efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista.

El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios”.

19. *Así, tanto el Tribunal de Contrataciones del Estado con la Gerencia Técnica Normativa del OSCE, han dejado en claro que, incluso en los casos en que no exista contrato válido o no se hayan aprobado las prestaciones adicionales, toda prestación realizada por una de las partes en favor de la otra, debe ser retribuida por ésta última; pues, de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa, no amparado por el derecho peruano.*
20. *En el presente caso, ni siquiera nos encontramos en estos supuestos extremos, puesto que sí existe contrato válido y sí se aprobó debidamente el adicional, motivos por los que justamente mi representada ejecutó la totalidad de las prestaciones conforme lo solicitó ESSALUD, lo cual ha sido aceptado (tanto tácita como expresamente) por la Entidad y utilizado por ella en beneficio de la ciudadanía, cumpliendo así con sus metas y objetivos.*
21. *Con más razón entonces corresponde el pago de la contraprestación debida en el presente caso en favor del Consorcio, pues, no se puede negar que este ha ejecutado las prestaciones correspondientes, más allá de cualquier observación que la Entidad pudiera haber efectuado (siendo además, que todas las observaciones fueron absueltas y subsanadas).*

Del cumplimiento de los requisitos del enriquecimiento sin causa:

22. ***En relación al primer requisito:*** *el enriquecimiento en el patrimonio de una de las partes, VON TUHR señala que tal enriquecimiento “consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio de dicha parte y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores”.*
23. *Así, en este caso, **ESSALUD ha visto enriquecido su patrimonio con la ejecución de los servicios realizados por el Consorcio.** La más clara prueba de ello es el aborro que ha mantenido la Entidad al no realizarnos el pago por tales trabajos, ascendente a S/ 892 467.46 (Ochocientos Noventa y Dos Mil Cuatrocientos Sesenta y Siete con 46/100 Soles), pese a haber gozado del servicio.*
24. *En efecto, de acuerdo con CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA, el enriquecimiento puede darse por una mejora en el patrimonio, así como por haber evitado “una alteración negativa a través de una disminución en el patrimonio del sujeto enriquecido”.*

25. *A mayor abundamiento, ENNECCERUS señala que entre los modos de adquirir ventajas que, en consecuencia, llevan al enriquecimiento, se tienen los siguientes: 1) la adquisición de un derecho, 2) la obtención de la posesión, 3) **la obtención de la posibilidad de disponer sobre un objeto** y, finalmente, reconoce que hay enriquecimiento 4) **cuando se ahorran gastos y disminuciones del patrimonio.***
26. *En relación con el segundo requisito, LLAMBÍAS afirma que el empobrecimiento (de la otra parte) “consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante”. Asimismo, la imposición de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en favor de otros, sin causa alguna que justifique la misma, también produce un empobrecimiento*
27. *En el presente caso, el Consorcio es quien se ha visto empobrecido, dado que ha ejecutado el Contrato durante los meses de febrero a agosto de 2019; lo cual, genera un **daño emergente**, pues el Consorcio ha incurrido en gastos en material, personal y demás para ello; y todo esto sin haberse visto retribuido conforme a lo pactado respecto de la mayoría de ese tiempo, constituyéndose esto en **lucro cesante.***
28. *Con ello se cumple con el tercer requisito, pues, en cualquier caso, ESSALUD se ha encontrado en el supuesto de enriquecimiento y el Consorcio en el de empobrecimiento, estando **estas dos posiciones vinculadas por un nexo causal**, de acuerdo con lo manifestado, pues el enriquecimiento de la Entidad se corresponde con el empobrecimiento del Consorcio; es decir, el primero es efecto del segundo, y este, causa del primero.*
29. *Respecto al cuarto requisito: en esa misma línea, **no existe una causa que justifique** que el Consorcio ejecute pretensiones a favor de la Entidad, sin que esta, al menos, cumpla con el pago correspondiente como contraprestación de ello.*
30. *En cuanto al quinto requisito, la única vía distinta a la del enriquecimiento sin causa por la que el Consorcio podría obtener la reparación del perjuicio en cuestión, sería la que se ha planteado en primer lugar dentro de la primera y la segunda pretensión principal de la presente demanda; por tal motivo, la presente puede entenderse como una pretensión subordinada a ellas.*
31. *Finalmente, en cuanto al sexto requisito mencionado, resulta evidente que el enriquecimiento de la Entidad a costa del empobrecimiento del Consorcio se ha mantenido hasta el momento de presentación de esta demanda, no siendo futuro y no habiendo desaparecido, toda vez, que,*

hasta la fecha, la Entidad no ha cumplido con pagar al Consorcio los pagos pendientes por la prestación en los meses indicados.

- 32. Así, se corrobora la configuración del enriquecimiento sin causa de parte de la Entidad en detrimento del Consorcio; es por ello que solicitamos a la Árbitra Única que, aplicando el derecho y administrando justicia, ordene a ESSALUD que cumpla con cancelar al Consorcio los pagos pendientes por la ejecución del “Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque”, derivado del Concurso Público N° 1810P00041; correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2019, más la garantía de fiel cumplimiento, así como lo correspondiente a las prestaciones adicionales en el Hospital I Naylamp, más los respectivos intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.**

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 1. En este punto, se necesita echar mano de la norma civil sobre indemnización por antonomasia, toda vez que la normativa en contrataciones del Estado no se avoca directamente a regular un supuesto como el que es objeto de análisis, sino que, dicha normativa únicamente precisa en qué casos procedería o no una indemnización por daños y perjuicios.*
- 2. Al respecto, de acuerdo con lo regulado en el numeral 36.2 del artículo 36° de la LCE: (...)*
- 3. Teniendo ello en cuenta, en aplicación del artículo 1321 del Código Civil, la Entidad deberá pagar una indemnización por culpa inexcusable por concepto de daños y perjuicios por daño emergente al Consorcio debido a la iliquidez ocasionada al no efectuar los pagos correspondientes por la ejecución del contrato en cuanto a los meses señalados; así como por lucro cesante, al no haber recibido las ganancias esperadas conforme a una expectativa legítima derivada de la firma del Contrato; y finalmente, por el daño moral ocasionado al Consorcio a raíz del perjuicio a la imagen y honra de mi representada.*
- 4. En tal sentido, estando a que el pedido de indemnización se solicita a propósito de una relación contractual, corresponde efectivamente atender a lo señalado en el artículo 1321° del Código Civil peruano, que a la letra señala lo siguiente: (...)*

5. *De acuerdo con la doctrina autorizada, la indemnización “debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario no se resarciría íntegramente el daño.”*
6. *Así, atendiendo a dicha doctrina, para que proceda una indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de los siguientes tres (3) elementos:*
 - a) *La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;*
 - b) *El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor; y*
 - c) *La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo.*
7. *Con respecto a la inejecución de obligaciones, como ya ha quedado demostrado en la presente demanda, la Entidad incumplió con varias de sus obligaciones, principalmente a efectos de la indemnización, las contempladas en las cláusulas cuarta (del pago), novena (otorgamiento de la conformidad) y décima quinta (anticorrupción), toda vez que no cumplió con el pago de la contraprestación respectiva por las prestaciones ejecutadas por el Consorcio, evitando otorgar la conformidad del servicio y omitiendo tomar acciones contra los funcionarios de ESSALUD ante las inconductas comunicadas por mi representada.*
8. *Con lo anterior, se tiene por cumplido el primero de los elementos a los que se hizo referencia en el numeral 5 precedente, es decir, la inejecución de una obligación (en este caso, incluso de varias).*
9. *Respecto del daño, de acuerdo con el profesor Osterling, anteriormente citado, “el daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación”.*
10. *Asimismo, en atención a lo regulado en los artículos 1317°, 1321° y 1331° del Código Civil, se deduce que el daño viene a ser lo mismo que perjuicio.*
11. *Así, en primer lugar, sobre el daño emergente, éste, como resulta evidente, se constituye en el costo en que ha incurrido el Consorcio para ejecutar la prestación objeto del Contrato; lo cual es acreditado con los informes adjuntos a la presente demanda y sus demás anexos.*
12. *Respecto del lucro cesante, debido a que el Consorcio dejó de percibir las ganancias esperadas con la ejecución integral del Contrato, el cual se había suscrito por el plazo de doce (12) meses, dejando de percibir las ganancias desde el 9 de setiembre de 2019 hasta el 30 de enero de 2020 injustificadamente por culpa de ESSALUD.*

13. Cabe precisar que, mediante Contrato de Consorcio de fecha 2 de enero de 2019, las empresas consorciadas designan como **operador tributario y encargado de facturación a la empresa de Servicios Generales JOF S.C.R.L** con ruc 20600819365, por ende, que ante el retraso injustificado de pago por parte de la Entidad fue la empresa que sufrió el daño económico.
14. Lo que han conllevado señora árbitra, **multiplicidad de cobranzas coactivas y embargos** por parte de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (en adelante, “SUNAT”) a la empresa afectada tal como lo demuestro en la Orden de pago del 25.11.2019 donde se visualiza el tributo dejado de cancelar, asimismo está la Resolución Coactiva de fecha 09.10.2020 donde se concluye los embargos considerándose a la empresa **Servicios Generales JOF S.C.RL como deudor tributario**.
15. La referida deduda tributaria continúa a la fecha causando a la empresa y Consorcio un daño irreparable, pues he tenido que optar por diversos fraccionamiento de pago para poder cumplir con la responsabilidad tributaria, por ello, mediante Resolución de Intendencia fecha 25.11.2021 SUNAT ha aprobado la última solicitud presentada otorgándome 6 meses para cancelar todo lo adeudado. Como prueba de ello, adjunto una captura de pantalla de la deuda registrada por SUNAT a la fecha 15.12.2021.
16. Otro perjuicio irreparable ocasionado por la falta diligencia en el pago de la Entidad, es que no he podido cumplir con la responsabilidad de cancelar el fondo de pensiones de mis trabajadores, por ello, la empresa **Servicios Generales JOF S.C.R.L** se encuentra actualmente en **muchos procesos judiciales** por parte de las aseguradoras AFP PRIMA y PROFUTURO conforme se puede notar de los correos electrónicos adjuntos donde por falta de pago ni siquiera hemos podido cumplir con provisionar seguridad económica a los pensionarios que dependen de la empresa encargada de tributar, debido al desbalance financiero ocasionado por ESSALUD.
17. Inclusive señora Árbitro, el perjuicio económico (sic) que nos ha causado ESSALUD ha generado que por omitir pagar seguro médico en SANITAS PERU, **se nos haya perjudicado en el récord financiero de empresas lo que nos desaprueba de manera tajante** para acceder a algún crédito o solicitar una carta fianza que nos avale en caso de presentarnos a algún (sic) convocatoria de proveedores del Estado.

18. *Además, basta ver las convocatorias del SEACE para advertir que, en el lapso que ha durado esta controversia, desde el incumplimiento de la Entidad hasta las resultas de este proceso, fácilmente el Consorcio pudo haber ganado la buena pro de muchas convocatorias, como la que dio origen a este Contrato.*
19. *En cuanto al daño moral, este se acredita -entre otros- con la participación del Órgano de Control Institucional, el cual dispone una auditoría al cumplimiento del Contrato mediante Carta N° 434-OCI/GCDIII-ESSALUD-2019, y mediante Carta N° 52-AC-BBSS-RAL-GCIII-OCI-ESSALUD-2019, con la que se pondría en duda algunos de los trabajos realizados por mi representada, así como con todas las cartas de la supervisión del servicio por medio de las cuales se observa infundadamente el trabajo realizado por el Consorcio (tal como se advierte del levantamiento de las mismas), a raíz de lo cual, se pretendió señalar que el Consorcio pretendía cobrar por trabajos no ejecutados realmente; lo cual, queda descartado con la Carta N° 093-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL, de fecha 22 de mayo de 2019.*
20. *De otro lado, el incumplimiento de obligaciones de la Entidad ocasionó consecuentemente el incumplimiento del Consorcio respecto de sus obligaciones internas con su personal, por ejemplo, pues, mi representada sufrió de liquidez como ya se ha mencionado precedentemente, lo que generó en nuestros trabajadores una percepción de la empresa negativa (como incumplida o “mala pagadora”). Esto de por sí ya genera un perjuicio a la imagen y reputación de la empresa, pero además también restringe las posibilidades del Consorcio de encontrar personal para futuros trabajos.*
21. *Evidentemente, este daño moral se ha reflejado en un daño extra-patrimonial, es decir, que no encuentra valoración objetiva dentro de un ámbito económico o de intercambio comercial; pero solicitamos a la Árbitra Única que tome en cuenta las máximas de la experiencia y la sana crítica para poder decidir acerca de este daño ocasionado a la empresa, teniendo en cuenta los trabajadores que forman parte de ella y que también se han visto perjudicados en su honra y reputación a causa de las deficiencias de la Entidad.*
22. *Por último, en cuanto al nexo de causalidad, no existe otro más que el nexo entre el incumplimiento de la Entidad (a través de su actuar durante toda la ejecución contractual) y el perjuicio que ello ocasionó al Consorcio. La Entidad no podrá señalar algún otro nexo causal que explique el daño sufrido por mí representada, más que el evidente: su incumplimiento en la relación contractual.*

23. *En tal sentido, habiendo probado el daño sufrido por el actuar ilegal y arbitrario de ESSALUD, corresponde que esta indemnice los daños ocasionados, lo cuales se constituyen en daño emergente por la falta de pago de la contraprestación pactada en el Contrato, y en lucro cesante, por la interrupción del plazo contractual que evitó que el Consorcio obtuviera las ganancias esperadas con la suscripción del Contrato y por la pérdida de oportunidades originada como consecuencia de la no disposición de ese monto de dinero, sin lo cual, se redujo nuestras posibilidades de continuar del modo previsto y esperado con las actividades empresariales, económicas y contractuales del Consorcio; así como el daño moral al perjudicar la imagen del Consorcio por las observaciones infundadas y la imputación al Consorcio de pretender cobrar por actividades no realizadas, cuando se ha probado indudablemente que mi representada ha ejecutado el servicio correctamente y únicamente está solicitando el pago de la contraprestación pactada.*
24. *En consecuencia, solicito se ordene a la Entidad resarcir los daños ocasionados de acuerdo con el siguiente detalle:*
- *S/ 637,590.79 (Seiscientos Treinta y Siete Mil Quinientos Noventa con 79/100 Soles) correspondientes a la pérdida de liquidez generada por la falta de pago oportuna por la ejecución de los Contratos que hubiera sido lo que ESSALUD debió cumplir con pagar al Consorcio como contraprestación por el servicio brindado de acuerdo a los Contratos; lo que generó problemas al Consorcio relacionados principalmente a la imposibilidad de cumplir con el pago de sus (sic) personal, como con otros gastos necesarios para la ejecución del servicio.*

 - *S/ 777 590.26 (Setecientos Setenta y Siete Mil Quinientos Noventa con 26/100 Soles) correspondientes a las ganancias dejadas de percibir y que se esperaban de manera legítima a causa de los Contratos firmados con la Entidad; siendo que aproximadamente por cada mes se hubiera obtenido un monto de S/ 129 598.38 (Ciento Veintinueve Mil Quinientos Noventa y Ocho con 38/100 Soles) y teniendo en cuenta que*

la Entidad no cumplió con el pago de tres (3) meses del Contrato originario y tres (3) meses del Contrato adicional.

- S/ 330 000.00 (Trescientos Treinta Mil con 00/100 Soles), correspondientes al daño moral ocasionado tanto al Consorcio como sus trabajadores a causa del hostigamiento perpetrado por los funcionarios de la Entidad, y el daño a la reputación tanto del personal como de la empresa misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

- 1. Que la Árbitra Única condene a la Entidad al pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, incluyendo los costos de la defensa técnica y legal del Consorcio, dado que mi representada ha tenido que acudir al arbitraje debido al incumplimiento contractual de ESSALUD.*
- 2. Estando a lo relatado a lo largo de la presente demanda, y evidenciando que la Entidad pudo haber evitado llegar hasta esta instancia si hubiera actuado conforme a derecho y bajo los principios que rigen las contrataciones del Estado, corresponderá a ésta hacerse cargo de los gastos arbitrales incurridos.*
- 3. En efecto, el actuar negligente, irresponsable y de mala fe de los funcionarios de ESSALUD, al simplemente no querer reconocer trabajos realmente ejecutados por el Consorcio y observarlos por cualquier motivo, sin fundamento o por cuestiones ya subsanadas previamente, ha hecho que mi representada se vea obligada a acudir al arbitraje; por tanto, corresponderá que usted, señora Árbitra Única, condene a la Entidad a asumir los costos y costas que irroge el presente arbitraje, de conformidad con lo regulado en el artículo 73° del Decreto Legislativo 1071 – Ley General de Arbitraje.*
- 4. En esa misma línea, corresponde a la Entidad asumir el costo en que el Consorcio ha tenido que incurrir a efectos de contratar una defensa técnica y legal para poder sustentar su caso en el proceso arbitral; costo que asciende al monto de S/ 20 000.00, según consta en los Recibos por Honorarios que se presentará en su oportunidad, al final del presente arbitraje.*
- 5. Se debe resaltar a la Árbitra Única, que el perjuicio causado por la Entidad alcanza los gastos arbitrales que ha tenido que asumir el*

Consortio a causa del actuar negligente, ilegal, arbitrario e irrazonable de la Entidad, por lo que, lamentablemente para la sociedad, pero en aras de hacer justicia, con la respectiva responsabilidad que deben asumir los funcionarios que estuvieron a cargo, es el Estado el que debe hacerse cargo del arbitraje que se dirigió en su contra, pues, no ha sido voluntad del Consortio llegar a estas instancias, por lo que, no corresponde que asumamos mayores costos (perjuicios) también por ello.

6. *Finalmente, se debe tener en cuenta que no existen razones para condenar al Consortio a pagar honorarios arbitrales que derivan de un proceso arbitral iniciado por causa del actuar de la Entidad, siendo sobre todo, este actuar a todas luces ilegal y arbitrario.”*

c. Medios Probatorios

10. **EL CONTRATISTA** presentó los siguientes medios probatorios:

- Copia del Contrato N° 8-GRALA.”JAV”-ESSALUD-2019
- Copia del Contrato de Prestaciones Adicionales al 25% al Contrato
- Copia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 1810P00041
- Copia de la Carta N° 001-2018-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta Notarial N° 760-2019
- Copia de la Carta Notarial N° 841-2019
- Copia de la Carta N° 053-SERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 535-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019
- Copia del recurso de reconsideración de fecha 22 de marzo de 2019
- Copia de la Carta N° 678-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 003-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 159-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 0019-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 0752019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 024-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL

- Copia de la Carta Notarial N° 001-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta Notarial N° 002-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta Notarial N° 003-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta Notarial N° 004-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Recurso de Apelación, de fecha 20 de mayo de 2019
- Copia de la Informe de fecha 28 de marzo de 2019
- Copia de la Carta Notarial N° 005-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 088-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 120-2019-CSERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 055-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 060-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 068-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 012-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 141-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 143-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 111 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 120 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 1564-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 159-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 169-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 170-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 173-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 174-CSERGEJOF-INFRAESTRUCTURA-2019
- Copia de la Carta N° 133-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 040-2019-SERGEJOF-
- Copia de la Carta N° 173-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 056-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 1880-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 058-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 1932-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019

- Copia de la Carta N° 175-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 059-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 1933-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 172-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia de la Carta N° 2062-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 061-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 062-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 2065-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 063-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 2064-OIHS-OADM-RAL-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 064-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 066-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Carta N° 65-2019-SERGEJOF-GG
- Copia de la Orden de pago del 25.11.2019 SUNAT
- Copia de la Resolución Coactiva de fecha 09.10.2020
- Copia de la Resolución de Intendencia SUNAT
- Copia de la Captura de pantalla de la deuda registrada por SUNAT a la fecha 15.12.2021
- Copia de los correos electrónicos de requerimiento de pago de AFP PRIMA Y PROFUTURO
- Copia del correo de requerimiento de pago de SANITAS PERÚ
- Copia de la Carta N° 52-AC-BBSS-RAL-GCIII-OCI-ESSALUD-2019
- Copia de la Carta N° 093-2019-CSERGEJOF-INFRA-RAL
- Copia del estado de cuenta de la empresa Servicios Generales JOF

V. CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL PLANTEADA POR LA ENTIDAD

11. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2022, **LA ENTIDAD** presentó su contestación a la demanda arbitral, la cual fue subsanada mediante escrito presentado el 22 de febrero de 2022. La contestación de demanda fue admitida mediante Resolución N° 15, de fecha 11 de marzo de 2022.

a. Fundamentos de hecho de la contestación de demanda

12. A continuación, transcribimos los fundamentos de **LA ENTIDAD** contenidos en su contestación de demanda:

“3. RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

3.1. En cuanto a la Primera Pretensión Principal:

3.1.1. Mediante su Primera Pretensión Principal, SERGEJOF solicita que se declare la validez de la resolución parcial del Contrato efectuada por dicha parte, mediante Carta N° 841-2019 y se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato, efectuada por ESSALUD mediante Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019.

RESPECTO A LA RESOLUCION EFECTUADA POR SERGEJOF:

3.1.2. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

3.1.3. Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

3.1.4. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

3.1.5. A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma

*de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en **salvaguardar su interés contractual** como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (énfasis nuestro). En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.*

3.1.6. *Al respecto, como una de las causales para resolver el contrato, regulados por la normativa de contrataciones del Estado; el artículo 135 del Reglamento, establece que (...)*

3.1.7. *En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (**sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad**), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. **Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.***

3.1.8. *De esta manera, a través de la distinción descrita, **la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.***

3.1.9. *De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que **una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.***

3.1.10. *Siendo ello así, quedará acreditado que la Entidad no ha incumplido con alguna obligación esencial a su cargo.*

3.1.11. De esta manera, su despacho no debería declarar la validez de la Carta N° 841-2019.

RESPECTO A LA RESOLUCION EFECTUADA POR ESSALUD:

3.1.12. Al respecto, se analizará tanto el procedimiento como el sustento técnico de la resolución de contrato antes mencionada, a efectos que su despacho advierta el accionar de ESSALUD acorde a la normativa de contrataciones con el Estado.

En relación al procedimiento de la Resolución efectuada por ESSALUD:

3.1.13. La resolución efectuada por ESSALUD tiene sustento legal en el artículo 135 del Reglamento, por el cual se establecen las causales de resolución, conforme a lo siguiente: (...)

3.1.14. Además, el artículo 136° del cuerpo normativo antes referido, establece el procedimiento que debe seguirse a efectos que la Entidad resuelva el Contrato, conforme a lo siguiente: (...)

3.1.15. Conforme se advierte, el procedimiento de resolución de contrato, establecido en la normativa de contrataciones es de carácter taxativo, y establece que la comunicación de resolución contractual debe ser efectuada vía conducto notarial y sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, en el caso de acumulación del monto máximo de penalidad por mora, como lo es la presente controversia.

3.1.16. Siendo ello así, ***EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO SE REALIZÓ DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 136 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.***

En relación al sustento técnico de la Resolución efectuada por ESSALUD:

3.1.17. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

3.1.18. Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir sus obligaciones, total o parcialmente.

3.1.19. A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en **salvaguardar su interés contractual** como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (énfasis nuestro). En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

3.1.20. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando el contratista Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales.

3.1.21. Al respecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, una de las causales para resolver el contrato por parte de la Entidad está referida a que el Contratista incumpla sus obligaciones contractuales.

3.1.22. Siendo ello así, mediante la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, ESSALUD resolvió parcialmente el Contrato, por incumplimiento de obligaciones.

3.1.23. De esta manera, **se solicita se declare INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda.**

3.2. En cuanto a la Segunda y Tercera Pretensión Principal:

3.2.1. Mediante su Segunda Pretensión Principal, SERGEJOF solicita que se ordene a la Entidad el pago de las sumas ascendentes a S/ 448,527.32 soles y S/ 305,702.01, más intereses legales.

3.2.2. Sobre el particular, debemos manifestar que la normativa de contrataciones del Estado,

aplicable a la presente controversia, así como el Contrato suscrito por las partes, establecen que, a efectos de procederse al pago de una prestación (en este caso de servicio), debe emitirse la Conformidad del servicio.

3.2.3. Sobre el particular, las Cláusula Cuarta del Contrato, dispone lo siguiente:

“(…)

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO
LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en SOLES, en pagos periódicos mensuales, por igual monto y por espacio de un año, tal y como lo establecen las bases del procedimiento de selección, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
De conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato de Consorcio, las empresas que conforman el consorcio acuerdan que el operador tributario será la Empresa SERVICIOS GENERALES JOF S.C.R.L., quien deberá emitir la factura correspondiente.
Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.
LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad del servicio, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.
En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149 de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

(…)”

*3.2.4. Aunado a ello, el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, **el Reglamento**), establece lo siguiente: (...)*

3.2.5. Siendo ello así, su despacho deberá analizar cada uno de los medios probatorios que se adjuntan a la Demanda, a efectos de evidenciarse algún documento por el cual la Entidad otorga la Conformidad a los servicios prestados.

3.2.6. Ahora bien, el artículo 143 del Reglamento establece lo siguiente: (...)

3.2.7. Sobre lo antes mencionado, el documento de conformidad debería contener características mínimas señaladas en el Contrato y/o en las Bases.

3.2.8. Máxime, si se tiene en consideración que la prueba es “(...) normalmente, comprobación demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio (...)”¹ y que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión; por lo cual, CTP5 deberá acreditar, mediante medios probatorios fehacientes, los dichos contenidos en la pretensión bajo comentario.

¹ Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. De Palma Ediciones. Pág. 15-216 (1985).

3.2.9. De esta manera, **se solicita se declaren INFUNDADAS la Segunda y Tercera Pretensión Principal.**

3.3. En cuanto a la Cuarta:

3.3.1. Mediante su Tercera Pretensión Principal, el Demandante pretende que su despacho ordene a EsSalud pagar la suma de S/ 820,000.00 Soles, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

3.3.2. Al respecto, **ESSALUD** rechaza totalmente estar en la obligación de pagar una indemnización por el concepto antes mencionado.

3.3.3. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el presente escrito, no se habrían acreditado el actuar contrario a las normas, por parte de ESSALUD.

3.3.4. Ahora bien, SERGEJOF tampoco cumple con acreditar los elementos de la responsabilidad civil que sustentan una pretensión por indemnización de daños, tal y como demostramos a continuación:

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL			
ANTI JURIDICIDAD	RELACIÓN DE CAUSALIDAD o NEXO CAUSAL	DAÑO CAUSADO	FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE
Como fue sustentado, el actuar de ESSALUD no habría generado alguna acción que atente contra el derecho del Demandante, pues a efectos de proceder a pago, no existe a la fecha el documento de conformidad de la prestación, por lo que no existe conducta antijurídica.	Si bien es cierto existe un Contrato suscrito entre las partes, no se muestra ninguna relación de causalidad entre la conducta de ESSALUD y el retraso en el pago señalado por el Demandante.	Como fue demostrado, no se habría acreditado que existe la conformidad de la prestación a efectos de proceder al pago, por lo que no existe daño alguno.	Tampoco existe una forma de atribuir la responsabilidad por la obligación de J&R PHARMA a ESSALUD , ya que el actuar de las partes ha devenido de lo establecido en la propia normativa de contratación aplicable.

3.3.5. Como vemos, el demandante no cumple con acreditar los requisitos copulativos de la responsabilidad civil a efectos de evaluar una indemnización, razón por la cual debe desestimarse totalmente su pretensión.

3.3.6. Por dichas consideraciones, solicitamos al Árbitro Único declare **Infundada la Cuarta Pretensión Principal.**

3.4. En cuanto a la Quinta Pretensión Principal:

3.4.1. Mediante su Quinta Pretensión Principal, SERGEJOF solicita que ESSALUD asuma los costos y costas del presente arbitraje, sin embargo, ello debe ser desestimado, toda vez que ninguna de las pretensiones formuladas en el presente arbitraje tienen asidera fáctico ni legal, habiéndose forzado a la Entidad a recurrir a un arbitraje sin sustento alguno.

3.4.2. Por el contrario, el Contratista **debe ser quien asuma los gastos procesales, por interponer una demanda pretendiendo sacar ventajas que no le corresponde**, toda vez que, como hemos advertido, las acciones realizadas por la Entidad, se han sujetado a la normativa de contrataciones con el Estado.”

b. Medios Probatorios

13. **LA ENTIDAD** no presentó medios probatorios junto con su contestación de demanda, y dejó a salvo su derecho de ofrecerlos.

VI. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

14. Mediante Resolución N° 16, de fecha 23 de marzo de 2022, se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

Materia Controvertida derivada de la primera pretensión principal de la demanda

1. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare la validez y eficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 8 – GRALA.”JAV”- ESSALUD-2019, para la “Contratación del servicio de mantenimiento de infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque”, realizada por el Consorcio SERGEJOF y comunicada a ESSALUD mediante Carta Notarial N° 841-2019, con fecha 9 de setiembre de 2019; y en consecuencia, declare inválida o ineficaz

la resolución de contrato efectuada por la Entidad, mediante la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, de fecha 13 de setiembre de 2019.

Materia Controvertida derivada de la segunda pretensión principal de la demanda

2. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución del “Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque”, derivado del Concurso Público N° 1810P00041; correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2019, y la devolución de la retención de la garantía de fiel cumplimiento; todo lo cual, asciende a S/ 448,527.32 (cuatrocientos cuarenta y ocho mil quinientos veintisiete con 32/100 soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

Materia Controvertida derivada de la tercera pretensión principal de la demanda

3. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución de prestaciones adicionales en el Hospital Naylamp, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto del año 2019; lo cual, asciende al monto de S/ 305,702.01 (trescientos cinco mil setecientos dos con 01/100 soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

Materia Controvertida derivada de la cuarta pretensión principal de la demanda

4. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque resarcir vía indemnización al Consorcio SERGEJOF por el daño emergente, lucro cesante y el daño moral ocasionados por el accionar injustificado de la Entidad; ascendente a la suma total de S/ 820,000.00 (ochocientos veinte mil con 00/100 soles).

Materia Controvertida derivada de la quinta pretensión principal de la demanda

5. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal condene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque al pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, incluyendo los honorarios profesionales en que el Consorcio SERGEJOF haya incurrido por la contratación de la defensa técnica y legal para el presente proceso.

15. Asimismo, se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por **EL CONTRATISTA y LA ENTIDAD**.

VII. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE POSICIONES

16. Mediante Resolución N° 17, de fecha 05 de abril de 2022, se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, la cual se realizó en la fecha indicada con asistencia de ambas partes.

VIII. ALEGATOS ESCRITOS

17. Mediante Resolución N° 19, de fecha 28 de abril de 2022, se otorgó a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.
18. **LA ENTIDAD** presentó su escrito de alegatos escritos el 22 de abril de 2022 y, **EL CONTRATISTA**, los presentó el 05 de mayo de 2022.
19. Con fecha 19 de mayo de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Informes Orales con participación de ambas partes, conforme a lo señalado en la Resolución N° 20, de fecha 09 de mayo de 2022.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

20. Mediante Resolución N° 22, de fecha 01 de junio de 2022, la Árbitra Única fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

X. CUESTIONES PRELIMINARES

21. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral antes transcrito.
22. En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas.
23. La demanda y contestación, fueron presentadas dentro del plazo correspondiente y de acuerdo a las reglas complementarias
24. La Árbitra Única ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
25. Se deja sentado que, la norma aplicable para el caso es la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante **LA LEY**), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante **EL REGLAMENTO**).
26. En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, la Árbitra Única queda facultada en todo momento para establecer las reglas procesales que sean necesarias, respetando el Principio de Legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los Principios de Celeridad, Equidad, Inmediación, Privacidad, Concentración, Economía Procesal y Buena Fe.

27. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que los jueces – léase árbitros – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare la validez y eficacia de la resolución parcial del Contrato N° 8-GRALA. “JAV”-ESSALUD-2019, para la “Contratación del servicio de mantenimiento de infraestructura de la Red asistencial Lambayeque”, realizada por el Consorcio SERGEJOF y comunicada a ESSALUD mediante Carta Notarial N° 841-2019, con fecha 9 de setiembre de 2019; y en consecuencia, declare inválida o ineficaz la resolución de contrato efectuada por la Entidad, mediante la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, de fecha 13 de setiembre de 2019.*

28. La presente pretensión comprende de dos análisis a realizarse por separado: (i) la resolución parcial del **CONTRATO** realizada por **EL CONTRATISTA** y, en caso corresponda, (ii) la resolución realizada por **LA ENTIDAD**.

(i) Resolución parcial de **CONTRATO realizada por **EL CONTRATISTA****

29. Es importante precisar que, la razón por la cual se analizará primero la resolución parcial realizada por **EL CONTRATISTA**, es debido a que fue tal parte quien activó primero en el tiempo este mecanismo de conclusión del **CONTRATO**; por lo que, de ser válida la misma, la resolución realizada por **LA ENTIDAD**, no lo sería.

30. Respecto a la resolución de contrato, el artículo 135° del **REGLAMENTO** indica las causales por las cuales las partes pueden proceder con ello:

“Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

31. Por su parte, el artículo 136° del mismo cuerpo legal, prescribe el procedimiento a seguir:

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. (...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (...)”

32. En ese sentido, primero se analizará si **EL CONTRATISTA** cumplió con el procedimiento de resolución antes citado, y, de ser así, se procederá a analizar si **LA ENTIDAD** efectivamente había incurrido en la causal de incumplimiento de una obligación esencial.

a. Respecto al procedimiento de resolución de contrato

33. Conforme al artículo 136° antes citado, **EL CONTRATISTA** tuvo que: (i) requerir mediante carta notarial a **LA ENTIDAD** el cumplimiento de sus obligaciones esencial en un plazo no mayor a cinco (05) días sus obligaciones esenciales, bajo apercibimiento de resolver **EL CONTRATO** y, (ii) si el incumplimiento continuara resolver **EL CONTRATO** mediante carta notarial.
34. De los medios probatorios presentados por **EL CONTRATISTA** se advierte que, mediante Carta S/N² (Carta Notarial N° 760-2019), diligenciada notarialmente el 28 de agosto de 2019, se realizó el apercibimiento a **LA ENTIDAD**; mientras que, con Carta S/N³ (Carta Notarial N° 841-2019), notificada notarialmente el 09 de setiembre de 2019, **EL CONTRATISTA** resuelve **EL CONTRATO**.
35. Por lo tanto, **EL CONTRATISTA** sí cumplió con la forma prescrita en el artículo 136° del **REGLAMENTO**.

² Anexo 8 del escrito de demanda arbitral

³ Anexo 9 del escrito de demanda arbitral

b. Respecto a la configuración de la causal para resolver EL CONTRATO

36. Tal como se advierte del artículo 135° del **REGLAMENTO**, citado en párrafos anteriores, la normativa restringe al **CONTRATISTA** la acción de resolución de contrato, permitiéndole ello solo en caso **LA ENTIDAD** incumpla con sus obligaciones esenciales, pero ¿qué son estas?
37. Pues bien, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, para mayor abundamiento, resulta pertinente citar el concepto dado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la Opinión N° 27-2014/DTN:

“2.1.2 En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

*Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato⁴ o a las prestaciones involucradas.
(...)*

2.3 *No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.*

Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.”

38. Teniendo claro ello, revisemos si las obligaciones que **EL CONTRATISTA** demanda cumplir a **LA ENTIDAD** en su apercibimiento se tratan o no de esenciales, así, en la Carta S/N (Carta Notarial N° 760-2019) indica:

“Es que, cursamos la presente carta notaria, ya que a pesar de haber comunicado oportunamente irregularidades en el Servicio de Mantenimiento de Infraestructura, La Entidad no tomo (sic) las medidas preventivas y correctivas del caso, con lo cual pudo haber evitado cualquier tipo de anomalía; razón por la cual, brindamos un plazo máximo de cinco (5) días para que La Entidad cumpla con emitir las conformidades pendientes y regularizar los pagos, y tome la (sic) medidas correctivas del caso, bajo apercibimiento de resolver el contrato parcialmente (...)”

39. **EL CONTRATISTA** entonces, apercibe a **LA ENTIDAD** para que cumpla con dos acciones: emitir las conformidades pendientes y regularizar los pagos.

⁴ En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

40. Posteriormente, **EL CONTRATISTA** resuelve **EL CONTRATO** indicando:

“1. (...) Mediante Carta Notarial (...), se notificó el incumplimiento de contrato (...) otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles (...) para que cumpla con subsanar estas deficiencias (...). Siendo estos incumplimientos los siguientes:

- **CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO.** Al haberse desnaturalizado la razón de ser del servicio.
- **CLAUSULA CUARTA: DEL PAGO.** Pese a las notificaciones emitidas solicitando el cumplimiento del pago, incumplimiento a las (sic) OBLIGACIONES ESENCIALES DEL CONTRATO, como lo es, el pago, y de esta manera generarnos un severo y grave perjuicio a nuestros intereses.
- **CLAUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACION DEL SERVICIO.** A pesar de haberlo comunicado y solicitado en reiteradas ocasiones, La Entidad no tomo (sic) las medidas correctivas y preventivas del caso.
- **CLAUSULA DÉCIMO QUINTA. ANTICORRUPCIÓN.** Se cumplió con comunicar a La Entidad hechos irregulares dentro de la supervisión de la Ejecución del Servicio de Mantenimiento de Infraestructura y otros; sin embargo, las autoridades hicieron caso omiso a las comunicaciones emitidas.”

41. Respecto al incumplimiento de la cláusula segunda del **CONTRATO** referida al objeto, resulta claro que ello no configura una obligación esencial de **LA ENTIDAD**, siendo meramente un resumen del servicio contratado y a ejecutar.

42. Sobre la emisión de conformidades, esta acción no resulta ser una obligación esencial ya que, la ejecución de una prestación por parte de un contratista no implica que la Entidad tenga la obligación de recibir y emitir una conformidad de la misma, pues primero, se debe verificar si tal prestación cumple con las condiciones contractuales. Sobre esto, la Opinión N° 202-2018/DTN indica:

“2.3 Por otro lado, en atención a la consulta planteada, debe indicarse que, conforme a lo indicado en la Opinión N° 027-2014/DTN, “Una obligación esencial es aquella cuyo

cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte (...)”.

Ahora bien, la ejecución de la prestación por parte del contratista no implica necesariamente que la Entidad tenga la obligación de realizar la recepción y conformidad de la misma, ya que tal como se indicó en el numeral anterior, para efectuar la recepción y conformidad de dicha prestación el área usuaria debe verificar –considerando la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias para ello y posteriormente plasmar, en un informe sustentado, su conformidad.”

43. Por lo tanto, la no emisión de conformidad por parte de **LA ENTIDAD** respecto al mes de julio, no es causal válida para resolver **EL CONTRATO**, al no ser una obligación esencial.
44. En cuanto a la regularización de los pagos, del texto de la carta de apercibimiento, tenemos que para aquella fecha, se encontraban pendientes de pago los meses de abril, junio y julio; asimismo, del texto de la Carta N° 60-2019-SERGEJOF-GG⁵, de fecha 05 de diciembre de 2019, se infiere que, a tal momento, se seguían encontrando pendientes de pago tales meses; por lo que, tales indicios nos permiten concluir que al 09 de setiembre de 2019 (fecha de resolución de contrato) los meses de abril, junio y julio seguían impagos.
45. Respecto a los meses de abril y junio, **EL CONTRATISTA** indica en su carta de apercibimiento que existían conformidades emitidas, hecho que no ha sido negado por **LA ENTIDAD**; por lo tanto, corresponde remitirnos a artículo 149° del **REGLAMENTO**:

⁵ Anexo 29 del escrito de demanda arbitral

“Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. (...)”

46. En ese sentido, al no haber realizado **LA ENTIDAD** el pago de los meses a abril y junio a los quince (15) días calendario siguientes de emitida la conformidad, ésta se encontraba en un escenario de incumplimiento de una obligación esencial al 09 de setiembre de 2019; por ende, sí correspondía la resolución del **CONTRATO** respecto a este extremo.
47. Se precisa que, el cumplimiento de la condición para el pago a la que hace referencia el artículo 149° antes citado “*siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello*”, no ha sido materia controvertida en este arbitraje, ya que **LA ENTIDAD** no ha alegado a lo largo del proceso que la falta de pago de los meses de abril y junio se haya debido a que, pese a haberse emitido la conformidad, **EL CONTRATISTA** no presentó cierta información o documentación necesaria para tal fin.
48. En cuanto al mes de julio, al no existir conformidad a la fecha de resolución de **CONTRATO**, la obligación de pago de **LA ENTIDAD** aún no existía, conforme al artículo 149° del **REGLAMENTO** antes citado.
49. Respecto a la cláusula anticorrupción, el numeral 116.4 del artículo 116 ° del **REGLAMENTO** prescribe:

“Artículo 116.- Contenido del Contrato

(...)

116.4. Cláusulas Anticorrupción

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos deben incorporar cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas deben tener el siguiente contenido mínimo:

(...)

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.”

50. Para una mejor comprensión de este artículo, la Opinión 180-2019-DTN señala:

*“Asimismo, el último párrafo de dicho artículo indica que, durante la ejecución contractual, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas –dentro de ellas la cláusula anticorrupción-, **faculta a la Entidad a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato.***

En ese sentido, cuando el contratista se vea inmerso en un hecho de corrupción e incumpla la mencionada cláusula, la Entidad se encuentra facultada a resolver el contrato de pleno derecho (...)”

51. Como vemos, la normativa de contrataciones otorga a la Entidad la facultad de resolver automáticamente y de pleno derecho un contrato cuando se incumplan las obligaciones establecidas en las cláusulas anticorrupción, pero, tal facultad se restringe a ser utilizada por la Entidad más no por el contratista.

52. En ese sentido, esta causal no puede ser utilizada por **EL CONTRATISTA** para resolver **EL CONTRATO**.

53. En consecuencia, la resolución parcial de **CONTRATO** realizada por **EL CONTRATISTA** solo resulta válida y eficaz respecto al incumplimiento de la obligación esencial de pago de **LA ENTIDAD** de los meses de abril y junio.

(ii) Resolución de CONTRATO realizada por LA ENTIDAD

54. Pese a haber sido requeridas para ello, ninguna de las partes, en especial **LA ENTIDAD**, han cumplido con presentar la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, mediante la cual **LA ENTIDAD** resolvió **EL CONTRATO**.
55. Asimismo, **LA ENTIDAD** no ha presentado documento alguno que permita a esta Árbitra conocer los incumplimientos del **CONTRATISTA** que generaron que tome la decisión de resolver **EL CONTRATO**.
56. En ese sentido, al no existir en el expediente ningún documento que permita el análisis respectivo, no es posible que la Árbitra emita pronunciamiento al respecto.
57. Por lo expuesto, se declara **FUNDADO EN PARTE** el extremo del primer punto controvertido relativo a la validez y eficacia de la resolución parcial de **CONTRATO** realizada por **EL CONTRATISTA**; en consecuencia, válida y eficaz la resolución parcial del contrato solo respecto al incumplimiento de la obligación de pago de los meses de abril y junio e; **IMPROCEDENTE** el extremo del primer punto controvertido relativo a validez y eficacia de la resolución de **CONTRATO** realizada por **LA ENTIDAD** al carecer de los medios probatorios que permitan el análisis respectivo.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución del “Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque”, derivado del Concurso Público N° 1810P00041; correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2019, y la devolución de la retención de la garantía de fiel cumplimiento; todo lo cual, asciende a S/ 448 527.32 (cuatrocientos cuarenta y ocho mil quinientos veintisiete con 32/100 soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.*

58. Este punto controvertido, consta de dos extremos: (i) pago de los meses de julio, agosto y setiembre y, (ii) devolución de retención de la garantía de fiel cumplimiento; por lo que, se realizará el análisis de cada extremo individualmente.

(i) Pago de los meses de julio, agosto y setiembre

59. Dado que **EL CONTRATISTA** pretende el pago de los meses de julio, agosto y setiembre, se analizará cada uno por separado.

a. Mes de julio

60. Respecto al mes de julio, **EL CONTRATISTA** indica en su demanda que mediante Cartas N° 111 SUP- INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019⁶ y N° 120 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019⁷, **LA ENTIDAD** habría otorgado conformidad a las prestaciones ejecutadas en este mes.

⁶ Anexo 34 del escrito de demanda arbitral

⁷ Anexo 35 del escrito de demanda arbitral

61. Sobre la conformidad, la cláusula novena del **CONTRATO** indica:

“CLÁUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por el Jefe de la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial Lambayeque, de conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia contenidos en las bases administrativas integradas que forman parte del presente documento. (...)”

62. Al revisar la Carta N° 111 SUP- INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019 se observa lo siguiente:

- La firma el señor Roberto Rodriguez Delgado, Supervisor de la Unidad de Mantenimiento Infraestructural.
- Tal funcionario indica que, de acuerdo a las funciones encomendadas de supervisar los trabajos de gasfitería, remite la conformidad sobre tales trabajos.
- El documento está dirigido al Jefe la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura Equipos y SSGG

63. Por su parte, de la Carta N° 120 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019 se advierte que:

- La firma un funcionario el cual indica que, de acuerdo a las funciones encomendadas de supervisar los trabajos de mecánica y pintura, remite la conformidad sobre tales trabajos.
- El documento está dirigido al Jefe la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura Equipos y SSGG

64. Por otro lado, obra en el expediente como medio probatorio la Carta N° 123 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019⁸, en la cual nos percatamos que:
- La firma la señora Supervisora de la Unidad de Mantenimiento Infraestructural.
 - Tal funcionaria indica que, de acuerdo a las funciones encomendadas por la Jefatura de la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura Equipos y SSGG, de supervisar el mantenimiento de los talleres de carpintería y albañilería, remite observaciones a las prestaciones ejecutadas respecto a tales trabajos en el periodo del 01 al 30 de julio de 2019.
 - El documento está dirigido al Jefe la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura Equipos y SSGG.
65. Lo expuesto en estas cartas genera certeza en la Árbitra respecto a que las Cartas N° 111 SUP- INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019 y N° 120 SUP-INFRA-UM-OIHS-OADM-GRALA-JAV-ESSALUD-2019 no se tratan de la conformidad a la que hace referencia la cláusula novena del **CONTRATO**, sino que, son documentos mediante los cuales, los supervisores delegados por el Jefe la Unidad de Mantenimiento de Infraestructura Equipos y SSGG remiten sus reportes respecto al cumplimiento de los mantenimientos realizadas en diversas áreas (gasfitería, mecánica y pintura); y, es en el marco de tales funciones que, la encargada de supervisar el mantenimiento de los talleres de carpintería y albañilería, observa las prestaciones ejecutadas.
66. Esto último, da lugar a las observaciones comunicadas al **CONTRATISTA** mediante Carta N° 1564-OIHS-OADM-RAL-JAV-ESSALUD-2019⁹.

⁸ Anexo 36 del escrito de demanda arbitral

⁹ Anexo 36 del escrito de demanda arbitral

67. Por lo que, al no existir conformidad, no se genera el derecho de pago al **CONTRATISTA**, conforme lo señala la Opinión N° 090-2014/DTN:

“De la disposición citada, se desprende que el pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al contratista; es decir, el pago está sujeto a que la Entidad otorgue la referida conformidad.”

b. Mes de agosto

68. **EL CONTRATISTA** alega que, pese, a su decir, haber cumplido con las prestaciones a su cargo respecto a este periodo, a la fecha **LA ENTIDAD** no ha cumplido con pronunciarse sobre la conformidad, vulnerando la cláusula cuarta del **CONTRATO** relativa al pago.
69. Tal como se ha indicado a lo largo del análisis desarrollado en este laudo, y de conformidad con el artículo 149° del **REGLAMENTO** antes citado, la obligación de pago de **LA ENTIDAD** se genera luego de emitirse la conformidad, lo cual no ha ocurrido en este caso.
70. Tampoco se podría alegar que, debido al tiempo transcurrido **LA ENTIDAD** ha otorgado por aprobación automática la conformidad, pues la Opinión N° 090-2014/DTN señala:

“De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad (...)

c. Mes de setiembre

71. Tal como en el mes de agosto, en el mes de setiembre tampoco existe una conformidad emitida por **LA ENTIDAD**; por lo que, aún no se genera el derecho de pago del **CONTRATISTA**.

(ii) Devolución de retención de garantía de fiel cumplimiento

72. Sobre la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 126° del **REGLAMENTO** indica:

“Artículo 126.- Garantía de fiel cumplimiento

Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general (...)”

73. En ese sentido, al haberse declarado válida y eficaz la resolución parcial de **CONTRATO** realizada por **EL CONTRATISTA** solo respecto al incumplimiento de pago de los meses de abril y junio, y dado que las conformidades de los meses de julio, agosto y setiembre aún no han sido emitidas, no corresponde aún que la garantía de fiel cumplimiento sea devuelta.

74. Por lo expuesto, se declara **INFUNDADO** el segundo punto controvertido.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución de prestaciones adicionales en el Hospital Naylamp, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto del año 2019; lo cual, asciende al monto de S/ 305 702.01 (trescientos cinco mil setecientos dos con 01/100 soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.*

75. Respecto a las prestaciones adicionales ejecutadas en los meses junio, julio y agosto, **EL CONTRATISTA** no ha alegado ni ha presentado medio probatorio alguno que

acredite que **LA ENTIDAD** emitió conformidad sobre las mismas; por ende, no existe aún obligación de pago.

76. En ese sentido, se declara **INFUNDADO** el tercer punto controvertido.
77. **EL CONTRATISTA** en su demanda, ha señalado que en caso la Árbitra determine que no corresponde el pago de las prestaciones adicionales, éstas deben ser pagadas como enriquecimiento sin causa, al respecto, la Opinión N° 199-2018-DTN señala:

*“Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: “(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –**aún sin contrato válido**– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.” (El resaltado es agregado).*

*Bajo esta consideración, corresponde añadir que esta Dirección Técnico Especializada mediante diversas opiniones¹⁰ ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la **ausencia de contrato**); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.*

*Así, de acuerdo a lo establecido artículo 1954 del Código Civil, la Entidad– en una decisión de su exclusiva responsabilidad– podría reconocerle al proveedor una suma determinada **a modo***

¹⁰ Opiniones N°37-2017/DTN, 100-2017/DTN y 112-2018/DTN, entre otras.

*de indemnización por haberse beneficiado de las prestaciones ejecutadas por este, en ausencia de un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado; siempre– claro está– que hayan concurrido los elementos necesarios para la configuración del **enriquecimiento sin causa.**”*

78. Como vemos, para que la figura de enriquecimiento sin causa se configure es necesario que no exista un contrato válido entre las partes, lo cual no ocurre en el presente caso pues existe un Contrato de Prestaciones Adicionales debidamente suscrito por las partes y el cual surtió efectos jurídicos, así ninguna de las partes ha sustentado o acreditado que éste haya sido declarado nulo.
79. Por otro lado, incluso si se constituyera la figura de enriquecimiento sin causa, la Árbitra no tendría competencia para resolver al respecto pues, el numeral 45.1 del artículo 45° de **LA LEY** indica claramente que las pretensiones sobre tal materia no pueden ser sometidas a arbitraje, lo cual ha sido también señalado en la Opinión N° 164-2018/DTN:

“2.1.3 De otra parte, se debe anotar que la Ley de contrataciones del Estado establece qué materias son controvertibles durante la ejecución contractual y cuáles son los medios idóneos para resolverlas¹¹.

Así, el tercer párrafo del numeral 45.1¹² del artículo 45 de la Ley, indica que las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley o el Reglamento; correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.

En virtud de ello, ni un acta de conciliación y tampoco un laudo arbitral podrían contener acuerdos o decisiones referidas al reconocimiento de una suma determinada en concepto de

¹¹ Según el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado los medios de solución de controversia durante la ejecución contractual son la conciliación, el arbitraje y la junta de resolución de disputas.

¹² Artículo 45, numeral 45.1, tercer párrafo “(...) **Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa** o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, **no pueden ser sometidas a conciliación arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo**” (el subrayado es agregado).

indemnización por haberse configurado un enriquecimiento sin causa, pues dicha materia, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, solo puede ser conocida por el Poder Judicial.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque resarcir vía indemnización al Consorcio SERGEJOF por el daño emergente, lucro cesante y el daño moral ocasionados por el accionar injustificado de la Entidad; ascendentes a la suma total de S/ 820,00.00 (ochocientos veinte mil con 00/100 soles)*

80. De acuerdo a **EL REGLAMENTO**, la resolución de un contrato tiene los siguientes efectos:

“Artículo 137.- Efectos de la resolución

(...)

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. (...)”

81. En el presente caso, **EL CONTRATISTA** es la parte perjudicada con la resolución parcial del **CONTRATO** respecto a las prestaciones ejecutadas en abril y junio; por ende, le correspondería el pago de una indemnización por aquellos daños y perjuicios irrogados. Sin embargo, cualquier pretensión de indemnización por daños y perjuicios debe ser debidamente probada y cuantificada; es decir, la parte que solicita una indemnización debe probar cada uno de los daños sufridos, además de probar su cuantía. En este caso, corresponde a **EL CONTRATISTA** la carga de la prueba.
82. Los elementos esenciales para determinar la responsabilidad ante un daño son: conducta antijurídica, daño indemnizable, relación de causalidad y factor atribución. A continuación, se analizará el cumplimiento de cada uno.

(i) Conducta Antijurídica

83. Respecto a la conducta antijurídica, se entiende por antijuridicidad a toda conducta o hecho contrarios al Derecho. Sin embargo, no todo hecho antijurídico acarrea la obligación de resarcir los daños causados, ya que existen diversos hechos que tienen distinto tipo de sanción, o en su defecto no lo tienen; así encontramos las causas de justificación que no son otra cosa que determinadas circunstancias que tienen la virtualidad de borrar la antijuridicidad de un acto dañoso y; por ende, eximen de responsabilidad.
84. En el presente caso, la Árbitra ha determinado que la resolución parcial del **CONTRATO** realizada por **EL CONTRATISTA** es válida y eficaz respecto a los meses de abril y junio, pues **LA ENTIDAD** incumplió injustificadamente con la obligación esencial a su cargo de pago; por lo tanto, sí se cumple este requisito.

(ii) Daño indemnizable

85. En cuanto al daño indemnizable, se sabe que el daño es por excelencia el elemento fundamental que configura la responsabilidad civil, ya que es imprescindible la existencia de un daño para tal determinación. El daño puede ser de dos categorías: daño patrimonial y daño extrapatrimonial; el primero, constituido por el daño emergente y el lucro cesante; el segundo, por el daño moral o daño a la persona.
86. En el caso de autos, **EL CONTRATISTA** pretende se le reconozca una indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

a. Daño emergente

87. El daño emergente a decir de Edgardo LÓPEZ HERRERA, “*es aquel que produce una pérdida en los bienes ya existentes, o “perjuicio económicamente sufrido” como si se destruye la casa o el auto*

*que el sujeto ya posee, o los gastos que debe realizar para curarse o enterrar al pariente fallecido (...) en el daño emergente hay un empobrecimiento*¹³.

88. **EL CONTRATISTA** alega que el daño emergente se constituiría por el costo en que incurrió para ejecutar la prestación objeto del **CONTRATO**; sin embargo, ello no se condice con el concepto antes señalado, ya que el costo alegado es propio de la ejecución de las prestaciones a su cargo y fueron tomados en cuenta para presentar su oferta económica, más no se generaron como consecuencia de la resolución parcial del **CONTRATO** respecto a las prestaciones ejecutadas en los meses de abril y junio.
89. Asimismo, señala que se constituye daño emergente “*por la falta de pago de la contraprestación pacta en el Contrato*”; sin embargo, esto tampoco calza dentro del concepto de este daño.

b. Lucro cesante

90. Edgardo LÓPEZ HERRERA señala que “*el lucro cesante es la ganancia cierta que el damnificado iba a obtener y que ya no podrá hacerlo por la ocurrencia del daño (...) en el lucro cesante existe la frustración de un enriquecimiento legítimo*”¹⁴.
91. En su demanda, **EL CONTRATISTA** señala que el lucro cesante se refleja en las ganancias dejadas de percibir y “*en la interrupción del plazo contractual que evitó que el Consorcio obtuviera las ganancias esperadas con la suscripción del Contrato y la pérdida de oportunidades originada como consecuencia de la no disposición de ese monto de dinero*”.
92. Sobre las ganancias esperadas, a la fecha las prestaciones ejecutadas en los meses de abril y junio ya fueron pagadas, y en caso de haber existido retraso en el cumplimiento de tal obligación, otorga al **CONTRATISTA** la posibilidad de solicitar el cobro de intereses legales al respecto, ya que estos se presentan con los intereses moratorios los

¹³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Argentina: LexisNexis Argentina. 2006. pp. 128.

¹⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Argentina: LexisNexis Argentina. 2006. pp. 128.

cuales, de acuerdo al artículo 1242° del Código Civil, norma supletoriamente aplicable, tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

93. Para un mejor entendimiento, resulta pertinente citar a Felipe Osterling Parodi, quien indica que el interés moratorio *“es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Su función es indemnizar la mora en el pago”*¹⁵.
94. En cuanto a la pérdida de oportunidades como consecuencia de la no disposición del monto en dinero, **EL CONTRATISTA** no ha detallado cuáles serían las oportunidades perdidas ni ha presentado medio probatorio alguno que acredite que haya perdido un negocio o contratación en la cual haya existido absoluta certeza sobre su realización.

c. Daño moral

95. El daño moral reconoce el derecho al honor o buena fama, pudiendo las personas morales ser víctimas de calumnias e injurias.
96. En este extremo **EL CONTRATISTA** alega que el daño moral ocasionado se debe a la auditoría realizada por el OCI a la ejecución del **CONTRATO** y a la percepción negativa de su empresa debido a la falta de pago de los trabajadores por la falta de liquidez que generó el incumplimiento de obligaciones de **LA ENTIDAD**.
97. Sobre la auditoría realizada por el OCI, se observa de la Carta N° 434-OCI/GCDIII-EESALUD-2019¹⁶, que se trata de una auditoría de cumplimiento; así, de acuerdo a la Directiva N° 007-2014-CG/GCSII, vigente al momento de la ejecución del **CONTRATO**, una auditoría de cumplimiento comprende *“la revisión y evaluación de una muestra de las operaciones, procesos o actividades de una entidad, así como de los actos y resultados de la gestión pública, respecto a la captación, uso y destino de los recursos y bienes públicos, por un periodo determinado”* y tiene objetivo determinar la conformidad en la aplicación de la normativa,

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. *Ob. Cit.*; p. 140.

¹⁶ Anexo presentado por la Entidad con escrito del 11 de marzo de 2022

disposiciones internas y estipulaciones contractuales establecidas en la materia a examinar de la entidad sujeta a control y, determinar el nivel de confianza de los controles internos implementados por la entidad.

98. En ese sentido, el hecho que se haya realizado o se esté realizando una auditoría de cumplimiento, no implica un menoscabo en el honor del **CONTRATISTA**, al ser una acción común de los OCI, la cual inicia como parte de una rutina de control y toma contratos muestra.
99. En cuanto a la falta de pago de los trabajadores, **EL CONTRATISTA** no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que los trabajadores a los cuales no se les realizó el pago o se le abonó tardíamente, fueron contratados para ejecutar las prestaciones del **CONTRATO**, ni tampoco ha demostrado la falta de liquidez alegada ni como ella se vincula con el pago tardío de los meses de abril y junio.
100. Por otro lado, **EL CONTRATISTA** ha enumerado una serie de perjuicios que supuestamente estarían vinculados al retraso en el pago de **LA ENTIDAD**, pero no precisa el tipo de daño en los que tales hechos se enmarcarían; por lo tanto, no es posible realizar un análisis al respecto, ya que tanto el daño emergente, lucro cesante y daño moral, se tratan de distintas figuras que implican análisis distintos.
101. Asimismo, **EL CONTRATISTA** ha desagregado el monto pretendido por indemnización en tres sumas, pero se advierte lo siguiente:
- Respecto a la suma de S/ 637,590.79, señala que la misma corresponde la pérdida de liquidez generada por falta de pago oportuna, lo que generó problemas en cumplir con el pago del personal, así como con otros gastos necesarios para la ejecución del servicio. Sin embargo, estas alegaciones no permiten que la Árbitra pueda determinar si este monto pertenece al daño emergente, lucro cesante o daño moral, pues la pérdida de liquidez no ha sido alegada en ninguno de ellos y la falta de pago de personal ha sido utilizado como sustento del daño moral.

- Respecto a la suma de S/ 777,590.26, señala que corresponde a las ganancias dejadas de percibir por la falta de pago de los tres meses del contrato principal y tres meses de la adenda por prestaciones adicionales; sin embargo, tal como indicó al inicio del análisis de este punto controvertido, la indemnización que pueda pretender **EL CONTRATISTA** solo es aquella que surja por la resolución parcial del **CONTRATO** por la falta de pago de los meses de abril y junio; por ende, este monto no tiene relación con el lucro cesante ya analizado.
- Respecto al monto de S/ 330,000.00, sí se ha señalado que corresponde al daño moral, pero, no se han presentado medios probatorios que acrediten la forma de cálculo.

102. Por todo lo expuesto, se concluye que no existe un daño determinado, acreditado ni debidamente cuantificado.

(iii) Nexo Causal

103. La relación de causalidad es la relación entre el hecho antijurídico y el daño causado. Es decir, un nexo entre la conducta ilícita y el daño.

104. En el presente caso, si bien existe conducta antijurídica no existe un daño determinado que pueda ser probado; por lo que, tampoco existe una relación de causalidad.

(iii) Factor Atribución

105. Este último punto determina la correcta aplicación de cómo imputar la responsabilidad al causante del daño, pero como ya se desarrolló en los puntos anteriores, si bien existe una conducta antijurídica no se ha determinado el daño reparable, lo que conlleva a la inexistencia de una relación de causalidad y, al no concurrir los tres elementos anteriores, tampoco es posible aplicar un factor de atribución.

106. En consecuencia, la Árbitra declara **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral Unipersonal condene al Seguro Social de Salud – Red Asistencial Lambayeque al pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, incluyendo los honorarios profesionales en que el Consorcio SERGEJOF haya incurrido por la contratación de la defensa técnica y legal para el presente caso.*

107. En este punto, la Árbitra deberá pronunciarse sobre la forma de asunción de las costas y costos arbitrales, esto es, qué gastos debe asumir cada parte.
108. Teniendo en cuenta que, en el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso de las partes sobre la forma de imputar los costos y costas del arbitraje, la Árbitra considera que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en **LA LEY DE ARBITRAJE**.
109. Al respecto, el artículo 70° de **LA LEY DE ARBITRAJE** establece lo siguiente:

“Artículo 70°.- Costos.

***El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje.** Los costos del arbitraje comprenden:*

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.* (El énfasis es nuestro).

110. Carolina DE TRAZEGNIES THORNE, comentando el artículo 70° de **LA LEY DE ARBITRAJE**, señala:

“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’, mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)”¹⁷.

111. Asimismo, es conveniente tener en cuenta lo previsto sobre los costos del arbitraje en el artículo 73° de **LA LEY DE ARBITRAJE** que establece lo siguiente:

*“Artículo 73°.- **Asunción o distribución de costos.***

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...).”

112. Teniendo en cuenta ello y ante la inexistencia de pacto entre las partes sobre la asunción de los costos de arbitraje, en aplicación del artículo 70° y del artículo 73° de la **LEY DE ARBITRAJE**, la Árbitra considera apropiado no solo tomar en cuenta el resultado del proceso arbitral, sino también la conducta de las partes durante el desarrollo del mismo, su aporte de hechos y pruebas y su disposición de coadyuvar a la Árbitra a tener certeza sobre lo ocurrido y así resolver con la mayor cantidad de medios

¹⁷ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. *Ob. Cit.*; p. 788.

probatorios posibles; en ese sentido, se concluye que **EL CONTRATISTA** deberá asumir el 40% de la totalidad de los costos de los honorarios arbitrales de la Árbra y de la Secretaría Arbitral, y **LA ENTIDAD** deberá asumir el 60% restante.

113. Por lo que, teniendo en cuenta que **EL CONTRATISTA** ha asumido la totalidad de los gastos arbitrales, **LA ENTIDAD** deberá devolver el monto bruto ascendente a S/ 17,241.048.
114. Respecto de los gastos de abogados, la Árbra considera que cada una de las partes debe asumir los gastos de su defensa legal, así como los gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.
115. Por lo tanto, se **ORDENA** que **EL CONTRATISTA** asuma el 40% la totalidad de los honorarios de la Árbra y los honorarios de la Secretaría Arbitral y **LA ENTIDAD** el 60% restante, debiendo **LA ENTIDAD** devolver al **CONTRATISTA** la suma bruta ascendente a S/ 17,241.048; y, que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

XII. CUESTIONES FINALES

Que finalmente, la Árbra Única deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación.

XIII. DE LA DECISIÓN

Que, en atención a ello y siendo que la Árbitra Única no representa los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación del Árbitro Único y de conformidad con las normas aplicables, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el extremo del primer punto controvertido relativo a la validez y eficacia de la resolución parcial del contrato realizada por el Consorcio SERGEJOF; en consecuencia, válida y eficaz la resolución parcial del Contrato N° 8-GRALA. “JAV”-ESSALUD-2019, para la “Contratación del servicio de mantenimiento de infraestructura de la Red asistencial Lambayeque”, realizada por el Consorcio SERGEJOF y comunicada a ESSALUD mediante Carta Notarial N° 841-2019, con fecha 9 de setiembre de 2019, solo respecto al incumplimiento de la obligación de pago de los meses de abril y junio e; **IMPROCEDENTE** el extremo del primer punto controvertido relativo a validez y eficacia de la resolución de contrato efectuada por ESSALUD mediante la Carta Notarial N° 2006-GRAL-JAV-ESSALUD-2019, de fecha 13 de setiembre de 2019, al carecer de los medios probatorios que permitan el análisis respectivo.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el segundo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar a ESSALUD que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución del “Servicio de Mantenimiento de Infraestructura de la Red Asistencial de Lambayeque”, derivado del Concurso Público N° 1810P00041; correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2019, y la devolución de la retención de la garantía de fiel cumplimiento; todo lo cual, asciende a S/ 448 527.32 (Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Mil Quinientos Veintisiete con 32/100 Soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar a ESSALUD que efectúe a favor del Consorcio SERGEJOF la cancelación de los pagos pendientes por la ejecución de prestaciones adicionales en el Hospital Naylamp, correspondientes a los meses de junio, julio y agosto del año 2019; lo cual, asciende al monto de S/ 305 702.01 (Trescientos Cinco Mil Setecientos Dos con 01/100 Soles); así como los intereses legales devengados a la fecha efectiva de pago.

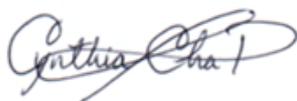
CUARTO: DECLARAR INFUNDADO el cuarto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar a la ESSALUD resarcir vía indemnización al Consorcio SERGEJOF por el daño emergente, lucro cesante y el daño moral ascendentes a la suma total de S/ 820,00.00 (Ochocientos Veinte Mil con 00/100 Soles).

CUARTO: ORDENAR al Consorcio SERGEJOF asumir el 40% la totalidad de los honorarios de la Árbitra Única y los honorarios de la Secretaría Arbitral y a ESSALUD asumir el 60% restante, debiendo ESSALUD devolver al Consorcio SERGEJOF la suma bruta ascendente a S/ 17,241.048; y, que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, notificándose a las partes que se han sometido al arbitraje con arreglo a ley.



VICTORIA RAQUEL PÉREZ AGUILAR
ÁRBITRA ÚNICA



CYNTHIA CHAVESTA RODRIGUEZ
SECRETARIA ARBITRAL