

## LAUDO ARBITRAL

**DEMANDANTE:** CONSORCIO SONDA DEL PERÚ S.A. –  
SONDA DE COLOMBIA S.A. – SONDA S.A.,  
(en adelante, el CONSORCIO)

**DEMANDADO:** Seguro Social de Salud – Essalud (en adelante,  
la ENTIDAD)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Ad Hoc - de Derecho

**INSTANCIA ARBITRAL:** Dr. Julio César Guzmán Galindo  
(Árbitro Único)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Abogada Lisett Ramos Castro

**Sede arbitral:** Avda. Del Parque Sur 122, Int 203,  
San Isidro- Lima

\*\*\*\*\*

## **ORDEN PROCESAL N° 23**

En la ciudad de Lima, a los diez días del mes de enero del año dos mil veintitrés, el Arbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales conforme a la ley y las normas establecidas por las partes; después de haber escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la presente controversia.

### **I. VISTOS:**

#### **1. Existencia del convenio arbitral:**

1.1. El convenio arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, celebrado entre las partes, el 21 de setiembre de 2016.

1.2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es Ad Hoc y de Derecho, al cual se han sometido las partes.

#### **2. Designación del árbitro único:**

Surgidas las controversias entre las partes, se realizó la designación residual del árbitro único, mediante Resolución N°D000094-2021-OSCE-DAR, de fecha 23 de julio del 2021, de la Dirección de Arbitraje del OSCE. La designación fue aceptada por el árbitro único por carta del 27 de julio de 2021. En esa forma quedó constituida la instancia arbitral.

#### **3. Normatividad aplicable:**

Para el proceso arbitral, considerando el inicio del proceso de selección y la fecha del contrato del 21 de setiembre de 2016, son de aplicación las siguientes normas: El Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, (en adelante Ley de Contrataciones) y su Reglamento de la Ley –aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF- (en adelante, el Reglamento).

#### **4. Instalación de la Instancia arbitral**

La instalación se realizó el día 23 de setiembre de 2021, en forma virtual, con asistencia de las partes. En el referido acto se fijaron las reglas del proceso.

#### **5. Sede arbitral:**

Conforme a lo establecido en el numeral 5 del Acta de Instalación, el lugar del arbitraje es la ciudad de Lima, y las oficinas ubicadas en Av. Del Parque Sur 122, Dpto. 203, distrito de San Isidro.

#### **6. DE LA DEMANDA**

6.1. Mediante escrito presentado con fecha 22 de octubre de 2021, el CONSORCIO interpuso la demanda arbitral, la misma que fue subsanada por escrito del 05 de noviembre de 2021, y luego por escrito del 17 de marzo de 2022.

6.2. De acuerdo a ello, el CONSORCIO formuló en su demanda las pretensiones siguientes:

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

*Solicitamos al Árbitro Único que, ordene a la Entidad el pago de la indemnización por daños y perjuicios en favor del CONSORCIO SONDA por la suma ascendente a USD \$ 1'045,489.93 (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y nueve con 93/100 dólares americanos) que comprende: i) el daño emergente por el monto de USD \$ 749,460.91, que constituyen los costos de las licencias adquiridas para los equipos, los costos de los servidores, los costos de la fianza, los mismos que se materializarían en las prestaciones ejecutadas por el Consorcio (montos facturados y no facturados) y no pagadas por La Entidad hasta la fecha de resolución parcial del Contrato; y, ii) el lucro cesante por el monto de USD \$296,029.02, que constituyen las utilidades por cada una de las prestaciones que debieron de haber sido ejecutadas desde la resolución parcial del Contrato de Prestaciones Accesorias Adjudicación de menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivada del C.P. N° 011-2015-FONAFE por causas atribuibles a La Entidad, hasta la fecha final del mismo, incluyendo IGV.*

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

*Solicitamos al Árbitro Único que ordene a LA ENTIDAD el pago de los gastos arbitrales del presente proceso arbitral, los mismos que comprenden los honorarios del Árbitro Único, así como de la secretaria arbitral, por cuanto la presente controversia se dio por causas atribuibles al Seguro Social de Salud – Essalud.*

El CONSORCIO expuso en su demanda los argumentos siguientes:

- 6.3. Con fecha 14 de junio del 2016, el Comité Especial del FONAFE otorgó al CONSORCIO la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivado del Concurso Público N° 011-2015-FONAFE “Contratación del servicio de arrendamiento de equipos de cómputo para las empresas del Estado bajo el ámbito de FONAFE – Seguro Social de Salud”.
- 6.4. Con fecha 21 de septiembre del 2016, la ENTIDAD y el CONSORCIO suscribieron el “Contrato Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE cuyo objeto fue la contratación del servicio de arrendamiento de equipos de cómputo para el Seguro Social de Salud – ESSALUD” por un monto contractual de \$12,618,438.31 (Doce millones seiscientos dieciocho mil cuatrocientos treinta y ocho con 31/100 dólares americanos) y cuyo plazo de ejecución de prestación fue de cuarenta y ocho (48) meses calendarios, contados a partir de la activación de los equipos.
- 6.5. En la misma fecha, la ENTIDAD y EL CONSORCIO firmaron un nuevo contrato, el “Contrato de Prestaciones Accesorias de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE”, cuyo objeto era la contratación de prestaciones accesorias al servicio de arrendamiento de equipos: 1) Gestión de Dispositivos Finales, 2) Gestión de Dispositivos Finales Especializada y 3) Activación de equipos de cómputo, por un monto de \$ 1,445,876.20 (Un millón cuatrocientos cuarenta y cinco mil ochocientos setenta y seis con 20/100 dólares americanos). El referido contrato es materia del presente arbitraje.
- 6.6. Con fecha 28 de septiembre del 2016, EL CONSORCIO a través de la Carta N° 0129-2016-SD, solicitó a LA ENTIDAD el cumplimiento de los requerimientos físicos en la Sede Central referidos a otorgar 01 gabinete rack, 02 Servidores Rackeables, 01 Storage y 01 Servidor Replica “Relay”, que necesitaba para realizar la habilitación de la infraestructura tecnológica

de la Prestación Accesorias 1 – Gestión de Dispositivos Finales y Prestación Accesorias 2 – Gestión Especializada.

- 6.7. Con fecha 03 de octubre del 2016, por Carta N° 0132-2016-SD EL CONSORCIO solicitó a LA ENTIDAD el cumplimiento de los requerimientos referidos a la comunicación de datos y administración de los equipos para que EL CONSORCIO pueda realizar la habilitación de la infraestructura tecnológica de la Prestación Accesorias 1 y 2. En la referida comunicación el CONSORCIO requirió la asignación de direcciones IP en la red interna de las sedes de ESSALUD, y para el cumplimiento de la prestación accesorias 2 que, cada equipo a ser administrado se encuentre unido al dominio de la ENTIDAD.
- 6.8. Con fecha 05 de octubre del 2016, EL CONSORCIO cursó a LA ENTIDAD, la Carta N° 0135-2016-SD a través de la cual entregó el “Plan de Release y Despliegue”, documento que comprende los cronogramas, procedimientos y formatos preparados con la finalidad de garantizar una correcta transición y operación del servicio de arrendamiento de equipos de cómputo para ESSALUD, todo ello de conformidad con la sección 2.2.1. “Planificación del Servicio” del Capítulo III de los Términos de Referencia y Requerimientos de las Bases Integradas.
- 6.9. Con fecha, 12 de octubre de 2016, en vista que no hubo respuesta por parte de LA ENTIDAD, a las comunicaciones remitidas por EL CONSORCIO, mediante la Carta N° 0138-2016-SD, le requirió nuevamente cumplir con los requerimientos físicos técnicos solicitados. El CONSORCIO precisó que la demora en la atención de lo solicitado afectaría el cronograma de entrega y activación de los equipos, previsto en la Cláusula Quinta del Contrato de Contrataciones Accesorias.
- 6.10. Con fecha 03 de noviembre del 2016, a través de la Carta N° 173-2016-SD, EL CONSORCIO le reiteró a LA ENTIDAD se sirva cumplir con las obligaciones pendientes a cargo de LA ENTIDAD, que son trece actividades comprometidas dentro de la fase de planificación, las cuales, a la referida fecha, no permiten AL CONSORCIO continuar con las prestaciones a su cargo.
- 6.11. Con fecha 30 de diciembre del 2016, EL CONSORCIO a través de correo electrónico remitió a LA ENTIDAD, un estado de la instalación de los servidores señalando que en las otras sedes han sido instalados todos los servidores y están conectados a la red de LA ENTIDAD; y en cuanto a la Sede Central, se instalaron 2 servidores físicamente, pero faltó la instalación con cables no inteligentes. El CONSORCIO precisó que en la Sede Central se requirió unos cables denominados “inteligentes” que tenían una particularidad especial en el PIN de los servidores, a pesar de que ello no estaba requerido dentro del servicio contratado.
- 6.12. Con fecha 31 de enero del 2017, a través de la Carta N° 007-2017-SD, EL CONSORCIO solicitó una ampliación de plazo a LA ENTIDAD para la culminación de la etapa correspondiente al Mes 0 debido a que la información solicitada por EL CONSORCIO, recién fue entregada por LA ENTIDAD el 24 de enero del 2017, en tal sentido, la solicitud de ampliación de plazo fue por un plazo de noventa y cinco (95) días calendarios, contabilizados desde el 25 de enero del 2021 hasta el 29 de abril del 2017.
- 6.13. Con fecha 30 de enero del 2017, a través de la Carta 013-2017-SD, EL CONSORCIO envió a LA ENTIDAD, la actualización del “Plan de Release y Despliegue”.
- 6.14. Con fecha 14 de febrero del 2017, mediante correo electrónico EL CONSORCIO le remitió a LA ENTIDAD los requerimientos técnicos de red

- para el software Aranda 365, y así poder iniciar con la ejecución de las prestaciones accesorias 1 y 2.
- 6.15. Con fecha 28 de febrero del 2017, EL CONSORCIO a través de un correo electrónico informó a LA ENTIDAD el estado de los puertos para el inicio de la ejecución de las prestaciones accesorias, no obstante, se presentaron fallas en el servidor principal Aranda – Essalud y en el servidor del Hospital Almenara.
  - 6.16. Con fecha 10 de abril del 2017, mediante correo electrónico EL CONSORCIO comunicó a LA ENTIDAD que a la referida fecha se evidenciaban pruebas fallidas en los puertos de las sedes de ESSALUD.
  - 6.17. Con fecha 24 de abril del 2017, EL CONSORCIO a través de la Carta N° 044-2017-SD, comunicó a LA ENTIDAD, que existieron dificultades no atribuibles al CONSORCIO en la ejecución del cronograma de activación de los equipos comprometidos para el cumplimiento de la Fase de Transición de Entrada correspondiente al Mes 3 en las sedes del Hospital Nacional Almenara y Rebagliati.
  - 6.18. Con fecha 06 de junio del 2017, LA ENTIDAD mediante la Carta N° 259-SGA-GA-GCL-ESSALUD-2017 comunicó al CONSORCIO que, de acuerdo a lo informado por el Área Técnica en la Carta N° 665-GPROD-GTIC-ESSALUD-2017, *“no se han identificado referencias que contemplen el cambio solicitado por el proveedor”*, denegando la petición del CONSORCIO de redistribuir los equipos en el Mes 3.
  - 6.19. Con fecha 05 de julio del 2017, en vista que existía un retraso atribuible a LA ENTIDAD, por Carta N° 0085-2017-SD, EL CONSORCIO le solicitó una nueva ampliación de plazo respecto de la Fase de Transición de Entrada del Mes 3 por un plazo de cincuenta y nueve (59) días calendarios, contabilizados desde el 31 de marzo del 2017 hasta el 28 de junio del 2017.
  - 6.20. Con fecha 20 de septiembre del 2017, mediante correo electrónico EL CONSORCIO comunicó a LA ENTIDAD que, a fin de ejecutar las Prestaciones Accesorias 1 y 2, se encontraban realizando pruebas de conectividad a los servidores, por lo que requiere el apoyo de acceso a 2 equipos en la sede central, y también comunicó la fecha tentativa de pruebas en el Hospital Grau para el 22 de septiembre del 2017.
  - 6.21. Con fecha 25 de septiembre del 2017, EL CONSORCIO a través de la Carta N° 0242-2017-SD, le comunicó a LA ENTIDAD el calendario de facturación de la Fase de Operación, y señalando el plazo de cuarenta y ocho (48) meses del servicio principal (arrendamiento de los equipos).
  - 6.22. De acuerdo a lo anterior, el CONSORCIO precisó que la fase de Operación del Servicio, así como también la ejecución de las Prestaciones Accesorias 1 y 2, para el caso del Mes 1, iniciaba el 01 de marzo del 2017 y culminaba el 28 de febrero del 2021; respecto del Mes 2, la fase de Operación del Servicio iniciaba el 31 de marzo del 2017 y culminaba el 30 de marzo del 2021; y finalmente, para el caso del Mes 3, tenía su inicio el 29 de junio del 2017 y culminaba el 28 de junio del 2021. EL CONSORCIO precisó que, inició la facturación por la ejecución de las prestaciones accesorias 1 y 2 en julio del 2017, de acuerdo a las facturas que se adjuntan como medios probatorios, toda vez que la fase de Operación del Servicio del Mes 3 inicio el 29 de junio del 2017.
  - 6.23. Con fecha 29 de enero del 2018, LA ENTIDAD cursó al CONSORCIO, la Carta N° 144-GCTIC-ESSALUD-2018 en la que informó acerca de la toma de conocimiento de la facturación por concepto de la prestación accesorias 1 del Contrato de Prestaciones Accesorias AMC 003-2016-FONAFE, por lo que, solicitan AL CONSORCIO el informe de gestión correspondiente a cada periodo facturado de la prestación mencionada, que deberá contener datos

- de por lo menos el último mes de servicio, de conformidad con lo establecido en el literal j) del numeral 3 “Prestación Accesorias 1: Gestión de Dispositivos finales” de las Bases Integradas.
- 6.24. Con fecha, 30 de enero del 2018, través de la Carta 151-GCTIC-ESSALUD-2018, LA ENTIDAD informó AL CONSORCIO que resultaría necesario que se hiciera llegar el Informe de Gestión Mensual correspondiente a cada periodo facturado de la prestación accesoria 2, incluyendo los datos de por lo menos del último mes de servicio.
- 6.25. Con fecha, 20 de marzo del 2018, mediante la Carta N° 400-GCTIC-ESSALUD-2018 del LA ENTIDAD le comunicó al CONSORCIO que no era posible que el área encargada emita ninguna conformidad respecto a las Prestaciones Accesorias 1 y 2, por cuanto no se contaba con los informes y documentos estipulados en las Bases.
- 6.26. Con fecha, 25 de mayo del 2018, través de la Carta N° 807-GCTIC-ESSALUD-2018, LA ENTIDAD le hace llegar al CONSORCIO el cronograma para la atención de los requerimientos dentro del alcance de las prestaciones accesorias 1 y 2, respectivamente. Asimismo, LA ENTIDAD solicitó al CONSORCIO que se realicen las actividades de las prestaciones accesorias, de acuerdo con el cronograma indicado, debiendo remitir el Plan de Trabajo correspondiente con la debida anticipación acompañado del cronograma detallado y procedimientos asociados, y el plan debería contemplar la ejecución de pruebas y pilotos controlados en el caso de actualizaciones y aplicación de políticas, así como la elaboración de informes de ejecución y resultados.
- 6.27. Con fecha 18 de junio del 2018, la ENTIDAD dirige la Carta N° 993-GCTIC-ESSALUD-2018 al CONSORCIO, de igual forma con fecha 24 de julio de 2018, dirige la Carta N° 1259-GCTIC-ESSALUD-2018, en esas comunicaciones LA ENTIDAD le informó que no contaban con la disponibilidad de la consulta de casos a través del link del reporte de prestaciones de SONDA. LA ENTIDAD solicitó que en cumplimiento del punto 2.2.3. “Fase de operación del servicio” de las bases, el link sea activado para que puedan emitir las conformidades correspondientes a los meses de marzo y abril del 2018.
- 6.28. Con fecha 29 de agosto del 2018, EL CONSORCIO a través de la Carta N° 20180829-N° 001-2018-MDS, informó a LA ENTIDAD que respecto a las Prestaciones Accesorias 1 y 2, estas se encuentran disponibles desde la activación de los equipos comprometidos en el servicio, sin embargo, por motivos ajenos a la voluntad del CONSORCIO, se han presentado limitaciones que impiden cumplir con lo requerido por LA ENTIDAD.
- 6.29. De acuerdo ello, EL CONSORCIO señaló que, en relación con la entrega de informes mensuales de las Prestaciones Accesorias 1 y 2, desde el segundo semestre del 2017, el personal técnico del CONSORCIO realizó las coordinaciones, configuraciones y pruebas necesarias para la correcta operatividad de las referidas prestaciones, no obstante, se presentaron dificultades por causas no imputables al CONSORCIO (como por ejemplo el correo del 13 de diciembre del 2017 en el que LA ENTIDAD indica que habían problemas en la red de Essalud), de manera que LA ENTIDAD decidió de manera unilateral suspender las pruebas y ejecución de las prestaciones accesorias, restringiéndose los puertos de comunicación necesarios para la correcta funcionalidad de las prestaciones accesorias.
- 6.30. EL CONSORCIO indicó que LA ENTIDAD no brindó las facilidades técnicas para la correcta ejecución del servicio de prestaciones accesorias, siendo que, incluso, a fin de dar solución a dichos problemas, aceptó apoyar a LA ENTIDAD, sin costo alguno, en el ordenamiento de su esquema de red a

- nivel de servidores de Active Directory y la inclusión del equipamiento arrendado al nuevo dominio de LA ENTIDAD desplegado, servicio que no estaba contemplado en el alcance contractual.
- 6.31. Con fecha 06 de diciembre de 2019, EL CONSORCIO remitió una carta notarial a la ENTIDAD, por la cual la requiere el cumplimiento de ejecución de obligaciones parciales, relacionadas a dar las facilidades técnicas necesarias para la generación de reportes mensuales, ya diseñados e implementados por EL CONSORCIO, correspondiente a la Prestación Accesorio N° 1 para la Gestión de Dispositivos Finales y a la Prestación Accesorio N° 2 para la Gestión de Dispositivos Finales Especializados, otorgándole a LA ENTIDAD el plazo de tres (3) días calendarios bajo apercibimiento de proceder con la resolución contractual parcial del Contrato.
  - 6.32. Con fecha 10 de diciembre de 2019, EL CONSORCIO remitió una carta notarial a la ENTIDAD, en vista de la falta de respuesta al requerimiento anterior, y haciendo efectivo el apercibimiento, le comunicó la resolución parcial del contrato.
  - 6.33. Con fecha 02 de enero de 2020, LA ENTIDAD le remitió al CONSORCIO la Carta N° 001-SGAA-GAJ-GCAJ-ESSALUD-2019, por la cual le comunicó el inicio del proceso arbitral respecto de la resolución contractual parcial que realizó.
  - 6.34. Con fecha 16 de enero de 2020, EL CONSORCIO cumplió con remitir la contestación en respuesta a la solicitud de arbitraje formulada por LA ENTIDAD.
  - 6.35. Con fecha 15 de septiembre de 2020, a solicitud del CONSORCIO, la Subdirección de Asuntos Administrativos del OSCE señaló que, de acuerdo con los registros con los que cuenta dicho órgano, desde el 02 de enero del 2020 hasta el 14 de setiembre del referido año, *“no obran solicitudes de designación residual de árbitro único para arbitraje ad hoc requeridas por dicha entidad, relacionada a las partes y controversias referidas por vuestra representada”*.
  - 6.36. Con fecha, 26 de mayo de 2021, EL CONSORCIO remitió la Carta s/n, a través de la cual le informó a LA ENTIDAD sobre el consentimiento de la Resolución parcial del Contrato de Prestaciones Accesorias – Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, ello en virtud del artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que, una vez respondida la solicitud de arbitraje, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro. De manera que, el plazo para la solicitud de designación del referido árbitro venció el 30 de enero de 2020.
  - 6.37. Conforme a ello, EL CONSORCIO consideró que al haber transcurrido 11 meses de presentada la solicitud de arbitraje y no dar más actuaciones arbitrales, la resolución de contrato quedó consentida.
  - 6.38. En lo que se refiere a los fundamentos de derecho, EL CONSORCIO alega que conforme a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato la responsabilidad de las partes se produce cuando una de ellas no ejecute injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados a través de la indemnización correspondiente. El CONSORCIO invoca el Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el Artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLC), sobre el procedimiento de resolución de contrato.

- 6.39. EL CONSORCIO invoca el literal h) del numeral 3 del Capítulo III de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivada del Concurso Público N° 011-2015-FONAFE – PRIMERA CONVOCATORIA, respecto de las obligaciones de la Entidad y de su incumplimiento.
- 6.40. EL CONSORCIO alega que de conformidad con el Artículo 170° del RLC, los efectos de la resolución de contrato son el reconocimiento de la respectiva indemnización por daños y perjuicios.
- 6.41. EL CONSORCIO ha expuesto los elementos de la responsabilidad civil: imputabilidad; ilicitud o antijuridicidad; factor de atribución; nexo causal; y el daño. Tales elementos son expuestos en su escrito de alegatos de la forma siguiente: (i) Conducta antijurídica: la Entidad incumplió con la obligación contractual a su cargo de brindar facilidades para la ejecución de las prestaciones accesorias N° 1 y 2. (ii) Daño: el Consorcio invirtió en las licencias, servidores, y carta fianza de las prestaciones accesorias, esperando obtener una utilidad por la ejecución de las mismas. (iii) Nexo causal: la Entidad no ha justificado en ningún momento ni, mucho menos ha acreditado, que el incumplimiento fue por factores que no le resulten atribuibles. (iv) Factor de atribución: la Entidad pudo ordenar la reducción de las prestaciones accesorias, pero no lo hizo. En cuanto al daño emergente comprende el costo de las licencias, los servidores y la póliza de caución de los equipos que adquirió el Consorcio para ejecutar las prestaciones accesorias N° 1 y 2.
- 6.42. En lo que respecta al lucro cesante, EL CONSORCIO precisa que se acredita en relación a la utilidad proyectada del Consorcio como consecuencia de la ejecución de la prestación accesorias, resultando un monto total de USD \$ 296,029.02 equivalente al 23.8% del monto total facturado de las prestaciones accesorias N° 1 y 2.
- 6.43. Conforme a la demanda, su modificación y los alegatos finales, el CONSORCIO precisa que el pago de la indemnización por daños y perjuicios en favor del Consorcio es por la suma de \$1'045,489.93 (Un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y nueve con 93/100 Dólares de los Estados Unidos de América) que comprende el daño emergente por el monto de USD \$ 749,460.91 y el lucro cesante por el monto de USD \$ 296,029.02.

## **7. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

Por escrito del 13 de diciembre de 2021, la ENTIDAD absolvió el traslado de la demanda, en los términos siguientes:

- 7.1. En su contestación la ENTIDAD solicitó que la demanda sea declarada infundada.
- 7.2. En lo que respecta a la primera pretensión de la demanda, LA ENTIDAD refiere que la Entidad formuló oposición al arbitraje, dado que está pendiente de resolver la controversia referida a la resolución de contratada efectuada por el CONSORCIO.
- 7.3. La ENTIDAD alegó que mediante el presente proceso se pretende desconocer el referido arbitraje y se solicita un monto por concepto de indemnización por daños y perjuicios, sin antes haberse resuelto la controversia sobre la validez o no de la resolución de contrato.

- 7.4. La ENTIDAD refiere que la presente controversia no debió ser incoada por existir una controversia pendiente de resolver. Alega la ENTIDAD que el presente proceso estaría viciado de nulidad, invocando para ello el supuesto del Artículo 63, numeral 1, de la Ley de Arbitraje.
- 7.5. La ENTIDAD precisa que se estaría vulnerando su derecho a un debido proceso e impidiendo hacer valer sus derechos.
- 7.6. Que, la designación del árbitro único y las actuaciones arbitrales no se ajustarían a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado. En consecuencia, alega la ENTIDAD que, corresponde que la presente acción sea declarada improcedente.
- 7.7. Con relación a la pretensión principal, la ENTIDAD alega que rechaza totalmente, por el “concepto antes mencionado”.
- 7.8. La ENTIDAD, refiere que el derecho del CONSORCIO no se habría generado dado que es materia de arbitraje la resolución de contrato, de acuerdo a la carta notarial del 10 de diciembre de 2019.
- 7.9. Con relación a los elementos de la responsabilidad civil, la ENTIDAD alega que EL CONSORCIO no cumple con acreditar los referidos elementos.
- 7.10. La ENTIDAD alegó que la resolución de contrato es materia de otro arbitraje iniciado por ella, por tanto, no habría antijuricidad, por la misma razón no habría nexo causal, no se habría generado el daño, y no se le puede atribuir responsabilidad por la obligación del CONSORCIO a la ENTIDAD.
- 7.11. En lo que se refiere a las costas y costos, la ENTIDAD alega que se debe condenar al CONSORCIO al pago total por tales conceptos.

## **8. Resumen de las principales actuaciones arbitrales**

- 8.1. Con fecha 23 de setiembre de 2021, se realizó el Acto de Instalación del arbitraje y se aprobaron las Reglas del Proceso Arbitral, no siendo objetadas ni observadas por parte de la ENTIDAD ni el CONSORCIO.
- 8.2. Mediante orden procesal N° 04 de fecha 12 de noviembre de 2021, se da por admitida la demanda arbitral y por presentado los medios probatorios por el CONSORCIO y se dispuso correr traslado a la ENTIDAD para que cumpla con presentar su contestación a la demanda y/o reconvención de ser el caso
- 8.3. Mediante orden procesal N° 08 de fecha 17 de diciembre de 2021, se dispuso correr traslado de la oposición al arbitraje formulada por la ENTIDAD, así como se da por admitida la Contestación a la demanda arbitral y por presentados los medios probatorios, con conocimiento del CONSORCIO.
- 8.4. Mediante orden procesal N° 11 de fecha 14 de febrero de 2021, se resolvió declarar infundada la oposición al arbitraje formulada por la ENTIDAD, y se dispuso proseguir con las actuaciones del proceso.
- 8.5. Mediante orden procesal N° 12 de fecha 09 de marzo de 2022, se fijaron los puntos controvertidos, y se admitieron los medios probatorios presentados por las partes.
- 8.6. Mediante orden procesal N° 17 de fecha 16 de agosto de 2022 se admitieron nuevos medios probatorios presentados por el CONSORCIO, y se precisaron los términos de la primera pretensión.

- 8.7. Mediante orden procesal N°19 de fecha 07 de setiembre de 2022 se dispuso citar a las partes a la audiencia de ilustración de hechos para el día lunes 21 de setiembre de 2022, a horas 15:30, y la audiencia de informes orales para el día jueves 29 de setiembre de 2022, a horas 15:30, las cuales se realizaron de forma virtual.
- 8.8. Mediante orden procesal N°20 de fecha 03 de octubre de 2022, se declaró el cierre de la instrucción.
- 8.9. Mediante orden procesal N°21 de fecha 08 de noviembre de 2022, se dispuso tener presente los alegatos de las partes, y se estableció plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado en 15 días adicionales.
- 8.10. Mediante orden procesal N°22 de fecha 20 de diciembre de 2022, se dispuso prorrogar el plazo para laudar.

## **9. DECISIÓN SOBRE LA OPOSICIÓN AL ARBITRAJE**

- 9.1. La ENTIDAD formuló oposición al arbitraje alegando que se encuentra pendiente de resolver la controversia respecto a la resolución de contrato efectuada por el CONSORCIO. Ello, en razón a que con fecha 02 de enero de 2020, había dirigido una solicitud de arbitraje al CONSORCIO.
- 9.2. Luego de realizarse las actuaciones pertinentes para resolver la referida solicitud de oposición y absuelta la misma por el CONSORCIO, por Orden Procesal N° 11, de fecha 14 de febrero de 2022, el árbitro único resolvió declarar infundada la oposición al arbitraje.
- 9.3. La referida resolución se fundamentó en el numeral 1), del Artículo 41° de la Ley de Arbitraje. Conforme a tal disposición, el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre las excepciones u objeciones al arbitraje (principio Kompetenz – Kompetenz).
- 9.4. La decisión contenida en la Orden Procesal N° 11, que obra en autos, no fue objeto de reconsideración u objeción por parte de la ENTIDAD. De ese modo, prosiguieron las actuaciones del proceso.

## **10. Sobre los gastos arbitrales:**

Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral, de fecha 24 de setiembre de 2021, se notificó la liquidación de gastos arbitrales y se requirió al CONSORCIO y a la ENTIDAD el pago de los honorarios del árbitro único y gastos administrativos del centro, para el pago del 50% cada parte. El importe total de honorarios fue el siguiente:

Concepto	Importe
Honorarios del Árbitro único	S/. 32,958.00 neto
Honorarios de Secretaría arbitral	S/. 18,788.00 neto

Los referidos importes no incluyen el 8% de retención por impuesto a la renta.

La ENTIDAD no cumplió con el pago que le corresponde. El CONSORCIO procedió al pago que le corresponde y se subrogó en el pago de la ENTIDAD, al no haber cumplido esta parte.

## **11. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

Mediante orden procesal N° 12 de fecha 09 de marzo de 2022, y orden procesal N° 17 de fecha 16 de agosto de 2022, se fijaron los puntos controvertidos, que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único. En ese sentido, se fijaron como puntos controvertidos y la admisión de los medios probatorios admitidos conforme a lo siguiente:

### **Primer punto controvertido. -**

*Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a ESSALUD el pago de la indemnización por daños y perjuicios en favor del CONSORCIO SONDA por la suma ascendente a USD \$ 1'045,489.93 (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y nueve con 93/100 dólares americanos) que comprende: i) el daño emergente por el monto de USD \$ 749,460.91, que constituyen los costos de las licencias adquiridas para los equipos, los costos de los servidores, los costos de la fianza, los mismos que se materializarían en las prestaciones ejecutadas por el Consorcio (montos facturados y no facturados) y no pagadas por La Entidad hasta la fecha de resolución parcial del Contrato; y, ii) el lucro cesante por el monto de USD \$296,029.02, que constituyen las utilidades por cada una de las prestaciones que debieron de haber sido ejecutadas desde la resolución parcial del Contrato de Prestaciones Accesorias Adjudicación de menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivada del C.P. N° 011-2015-FONAFE por causas atribuibles a La Entidad, hasta la fecha final del mismo, incluyendo IGV.*

### **Segundo punto controvertido. -**

*Determinar si corresponde o no que el árbitro único ordene a ESSALUD el pago de los gastos arbitrales del presente proceso arbitral, los mismos que comprenden los honorarios del Árbitro Único, así como de la secretaria arbitral, por cuanto la presente controversia se dio por causas atribuibles al Seguro Social de Salud – Essalud.*

### **Admisión de medios probatorios**

En atención a los puntos controvertidos, se admitieron los siguientes medios probatorios:

#### **Medios probatorios del CONSORCIO**

Se han admitido como medios probatorios por parte del CONSORCIO, los contenidos en su escrito de demanda (Anexos A-1 al Anexo A-41); así como, los Anexos A-27, A-28, A-34 y A-38 del escrito de subsanación de demanda.

Se admitieron también como medios probatorios los ofrecidos por el CONSORCIO en su escrito del 17 de marzo de 2022, y anexos, subsanado por escrito y anexo del 02 de mayo de 2022, y escrito de subsanación de 01 de junio de 2022.

De parte de la demandada ESSALUD, se admite como medio probatorio el Anexo A-35, de la demanda, según refiere en el punto 5 de su escrito de contestación.

## **12. AUDIENCIA DE ALEGATOS E INFORMES ORALES**

El día 29 de setiembre de 2022, se llevó a cabo en forma virtual y con asistencia de ambas partes, la audiencia de informes orales. La instancia arbitral dio inicio a la audiencia señalando que el objeto de la misma consiste en que las partes y/o sus abogados sustenten oralmente su defensa. Asimismo, se dejó constancia que la Audiencia ha sido grabada en video y audio.

## **13. PLAZO PARA LAUDAR Y PRÓRROGA**

Mediante orden procesal N° 21 de fecha 08 de noviembre de 2022, se dispuso tener presente los alegatos de las partes, y se estableció plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado en 15 días adicionales.

Mediante orden procesal N° 22 de fecha 20 de diciembre de 2022, se dispuso prorrogar el plazo para laudar en 15 días adicionales.

## **II. CONSIDERANDOS:**

### **1. Cuestiones preliminares**

1.1. De forma previa a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) Que, la Instancia Arbitral se constituyó conforme a la normativa de Contrataciones del Estado y sus normas reglamentarias. (ii) Que, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda conforme a Ley; (iii) Que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda a efecto que ejerza su derecho de defensa; (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar medios probatorios, así como tuvieron la oportunidad de ejercer su defensa y presentar sus alegatos en audiencia oral; y, (v) Que, la instancia arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

1.2. De otro lado, la instancia arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han considerado todos los argumentos y las alegaciones pertinentes efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no se haya considerado para el análisis y decisión el conjunto de medios probatorios y argumentos.

1.3. Es de precisar también que la ENTIDAD no planteó ninguna pretensión que sea objeto de reconvención, por lo que la decisión arbitral se concreta a resolver los puntos controvertidos formulados en la demanda.

### **2. Decisión sobre los puntos controvertidos de la demanda**

El árbitro único, procede a evaluar los puntos controvertidos.

#### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

##### **Primer punto controvertido. -**

*Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a ESSALUD el pago de la indemnización por daños y perjuicios en favor del CONSORCIO SONDA por la*

*suma ascendente a USD \$ 1'045,489.93 (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y nueve con 93/100 dólares americanos) que comprende: i) el daño emergente por el monto de USD \$ 749,460.91, que constituyen los costos de las licencias adquiridas para los equipos, los costos de los servidores, los costos de la fianza, los mismos que se materializarían en las prestaciones ejecutadas por el Consorcio (montos facturados y no facturados) y no pagadas por La Entidad hasta la fecha de resolución parcial del Contrato; y, ii) el lucro cesante por el monto de USD \$296,029.02, que constituyen las utilidades por cada una de las prestaciones que debieron de haber sido ejecutadas desde la resolución parcial del Contrato de Prestaciones Accesorias Adjudicación de menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivada del C.P. N° 011-2015-FONAFE por causas atribuibles a La Entidad, hasta la fecha final del mismo, incluyendo IGV.*

- 2.1. A efecto de determinar el pago de la indemnización de daños y perjuicios, se debe considerar previamente si se ha generado el derecho a la indemnización como consecuencia de la resolución del contrato. En este mismo punto se debe determinar que la resolución del contrato ha generado sus efectos jurídicos. En ese sentido, se considerará la procedencia de la pretensión de indemnización.
- 2.2. Se debe considerar, para ello, lo previsto en el Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La referida disposición establece el supuesto en el cual procede el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista.

**Artículo 170.- 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.*

*Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.*

- 2.3. Conforme a la referida disposición del RLCE, en el caso que no se haya iniciado el procedimiento de conciliación o de arbitraje, se entenderá que la resolución de contrato quedó consentida.
- 2.4. En el presente caso, con fecha 10 de diciembre de 2019, y mediante Carta Notarial cursada a la ENTIDAD, el CONSORCIO resolvió parcialmente el Contrato de Prestaciones Accesorias AMC N° 003-2016-FONAFE, derivado del Concurso Público N° 011-2015-FONAFE, respecto de las Prestaciones Accesorias 1 y 2, debido a que LA ENTIDAD incumplió con la ejecución de obligaciones parciales, relacionadas a dar las facilidades técnicas necesarias para la activación del servicio.
- 2.5. Con fecha 02 de enero de 2020, la ENTIDAD en respuesta a la resolución de contrato comunicó al CONSORCIO la solicitud de arbitraje, cuya pretensión era “se declare nula y/o inválida y/o ineficaz y/o ilegal la Resolución de EL CONTRATO, realizada por EL CONSORCIO, mediante Carta Notarial s/n, notificada el 10.12.2019”.

- 2.6. Con fecha 16 de enero de 2020, EL CONSORCIO procedió a contestar la solicitud de arbitraje formulada por LA ENTIDAD dentro del plazo establecido por el Reglamento.
- 2.7. Luego de la referida respuesta por parte del CONSORCIO, LA ENTIDAD debió proseguir el trámite previsto en el Artículo 222° del RLCE, el mismo que establece:

**Artículo 222.- Designación**

*En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:*

*1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.*

- 2.8. Conforme a la referida normativa, la ENTIDAD debió recurrir al OSCE, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, a efecto de solicitar la designación del árbitro único y proseguir con el proceso arbitral. Se verifica de lo actuado que este trámite no fue realizado por la ENTIDAD.
- 2.9. Se verifica también que, el CONSORCIO adjunta el Oficio N° D001026-2020-OSCE-SDAA, de fecha 15 de setiembre de 2020, por el cual se determina que respecto a la ENTIDAD no obran en el OSCE solicitud de designación residual de árbitro único para arbitraje ad hoc (del 02 de enero de 2020 al 14 de setiembre de 2020). Con lo que se determina que la ENTIDAD no prosiguió con el trámite arbitral.
- 2.10. Consta también la Carta de fecha 26 de mayo de 2021, dirigida por el CONSORCIO a la ENTIDAD, en la cual se hace presente, conforme al referido Oficio del OSCE, que no obran solicitudes de designación residual de árbitro, requeridas por la ENTIDAD, y, en consecuencia, al haber transcurrido más de 11 meses de efectuado el requerimiento de solicitud de arbitraje, se entiende por consentida la resolución parcial del contrato sub materia.
- 2.11. En el presente caso, se verifica entonces que la ENTIDAD no prosiguió con el procedimiento de designación de árbitro único. En ese sentido se determina que la ENTIDAD dejó transcurrir el plazo y no se produjo la designación del árbitro para que prosiga el proceso arbitral.
- 2.12. En este supuesto, CASTILLO M, y SABROSO R, e interpretando el plazo y el procedimiento del Artículo 222° del RLCE, con relación a la designación del árbitro, exponen lo siguiente:

*“Aquí consideramos que, lamentablemente, habría vencido el plazo para solicitar la designación del árbitro único al OSCE, habida cuenta de que se trataría un plazo máximo y de caducidad, como la propia norma lo*

*establece. Por lo tanto, ya no se podría solicitar el nombramiento del árbitro único al OSCE y tampoco se podría llevar adelante el proceso arbitral, salvo que las partes logren ponerse de acuerdo en la designación de dicho árbitro.”*

(Vid. Castillo Freyre, Mario; Sabroso Minaya Rita. *Arbitraje en la Contratación Pública*, Biblioteca del Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7. Palestra Editores, 2009, Lima Perú. Págs. 151, 152).

2.13. En su contestación a la demanda, la ENTIDAD alegó que se pretende desconocer el arbitraje iniciado por ella en el cual se encontraría pendiente de resolver la controversia referida a la resolución de contrato. No obstante, tal alegación, se observa que, dentro de las pruebas presentadas por la ENTIDAD, esta parte no presentó ninguna prueba que acredite que existe un proceso arbitral y que prosiguió con el procedimiento de arbitraje, o que se encuentra constituido e instalada una instancia arbitral (árbitro único), o que se encuentra en trámite un procedimiento de arbitraje.

2.14. En la audiencia de informes orales, el árbitro único preguntó al abogado defensor de la ENTIDAD:

- Pregunta del árbitro único:  
*¿Cuál fue el motivo por el cual LA ENTIDAD no continuó con el arbitraje?*
- Respuesta del Apoderado de la ENTIDAD:  
*Personalmente y desde la parte procesal desconocemos cual haya sido el motivo, es lo que podemos mencionar en este momento. (ver minuto 40:51 de la grabación de la audiencia).*

De tal respuesta se infiere que la ENTIDAD no brindó información acerca de del arbitraje iniciado por esta parte y no explicó el motivo por el que no continuó con su trámite.

2.15. Se debe considerar también que por Orden Procesal N° 11, de fecha 14 de febrero de 2022, el árbitro único resolvió declarar infundada la oposición al arbitraje, formulada por la ENTIDAD, quien alegó en su oposición que se encuentra pendiente de resolver la controversia referida a la resolución de contrato en otro arbitraje.

2.16. La decisión contenida en la Orden Procesal N° 11, no fue objeto de reconsideración u objeción por parte de la ENTIDAD dentro de este proceso. De ese modo, prosiguieron las actuaciones del proceso.

2.17. De lo actuado, y sin perjuicio de lo resuelto en la referida Orden Procesal N° 11, se debe establecer que la ENTIDAD, si bien remitió al CONSORCIO una solicitud de arbitraje, y luego esta parte contestó la misma, la ENTIDAD no prosiguió el trámite de designación del árbitro, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles que, la normativa del RLCE establece.

2.18. El referido plazo, como la disposición legal establece es “máximo”, lo que se debe entender como perentorio. En tal sentido, se debe considerar que un

procedimiento no debe estar pendiente en el tiempo o por tiempo indeterminado, como dice el aforismo latino *per saecula saeculorum* (“por los siglos de los siglos” o “siempre o para siempre”). Dejar pendiente el trámite de un procedimiento arbitral, conforme a lo previsto en el Artículo 222° del RLCE, implicaría que se afecte a la seguridad jurídica y el principio de certeza en el derecho. Situación que afectaría a la otra parte en controversia. Ello, máxime si el requerimiento o solicitud de someter a arbitraje, en este caso data de largo tiempo (02 de enero de 2020).

- 2.19. Se debe considerar también que la existencia de un “proceso”, en este caso proceso arbitral requiere, desde el punto de vista subjetivo, de la existencia de dos partes y de un tercero, en otras palabras, debe existir un demandante, un demandado y un árbitro o árbitros nombrados. En tal sentido, el sólo requerimiento de someter la controversia a un arbitraje no implicaría, técnicamente, un procedimiento o proceso arbitral. (Vid. Barona Vilar, Silvia (Coordinadora). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Editorial Civitas, Madrid, 2004. (Comentario de Carlos Espugles Mota- “Sustanciación de las actuaciones arbitrales”). Págs. 974, 975.
- 2.20. Conforme a ello, en caso que una de las partes plantea a la otra la solicitud de arbitraje (requerimiento para ir a arbitraje), y no prosigue con los trámites a efecto de que se constituya la “instancia arbitral”, con el nombramiento o designación del árbitro o árbitros, dentro del plazo legal, se debe considerar que no está interesada en el arbitraje y en promover el respectivo proceso. Se debe considerar también que, durante la secuela de este proceso, y pese al tiempo transcurrido, la ENTIDAD no acreditó que procedió a solicitar el nombramiento del árbitro único por parte del OSCE y menos acreditó que haya sometido (mediante la presentación de una demanda) la controversia a arbitraje en contra del CONSORCIO (como demandado). En consecuencia, se debe entender que LA ENTIDAD desistió de su “interés procesal” respecto a su pretensión de nulidad, invalidez, ineficacia o ilegalidad de la resolución de contrato.
- 2.21. Se debe considerar igualmente que el “proceso” es una relación jurídica, y como se precisó, los sujetos son el actor, el demandado, y el juez. La esfera de actuación es la jurisdicción, el fin la solución de la controversia. En ese sentido, no existe procesal arbitral sino se presenta la relación de las partes y un tercero que en este caso es el árbitro. El proceso, según COUTURE, es una relación jurídica, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. (Vid. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Tercera Edición, Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1958. Pag. 132.)
- 2.22. En el presente caso, se determina entonces que, LA ENTIDAD no prosiguió los trámites para la designación del árbitro único, por lo que no acreditó la existencia de un proceso, en el sentido que exista una instancia arbitral, con árbitro designado y que se estén llevando a cabo las actuaciones a fin de solucionar la controversia (resolución de contrato).
- 2.23. En consecuencia, se concluye que LA ENTIDAD con su inacción respecto a someter la controversia a una instancia arbitral y un proceso en forma, consintió la resolución parcial de contrato formulada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial del 10 de diciembre de 2019.

- 2.24. Conforme a lo precisado, se procederá a evaluar si el CONSORCIO tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución parcial del contrato.
- 2.25. De acuerdo a los puntos controvertidos y determinados en el proceso, se tiene que, El CONSORCIO pretende que ESSALUD le pague una indemnización por daños y perjuicios por la suma ascendente a USD \$ 1'045,489.93 (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y nueve con 93/100 dólares americanos) que comprende:
- i) *El daño emergente por el monto de USD \$ 749,460.91, que constituyen los costos de las licencias adquiridas para los equipos, los costos de los servidores, los costos de la fianza, los mismos que se materializarían en las prestaciones ejecutadas por el Consorcio (montos facturados y no facturados) y no pagadas por La Entidad hasta la fecha de resolución parcial del Contrato; y,*
  - ii) *El lucro cesante por el monto de USD \$296,029.02, que constituyen las utilidades por cada una de las prestaciones que debieron de haber sido ejecutadas desde la resolución parcial del Contrato de Prestaciones Accesorias Adjudicación de menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, derivada del C.P. N° 011-2015-FONAFE por causas atribuibles a La Entidad, hasta la fecha final del mismo, incluyendo IG.V.*
- 2.26. Se debe considerar, a efecto de determinar la responsabilidad y la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios, que entre las partes existe una relación contractual, derivada del “Contrato de Prestaciones Accesorias de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE”, de fecha 21 de septiembre del 2016. En ese sentido, se debe evaluar la responsabilidad en sede contractual.
- 2.27. En el presente caso, EL CONSORCIO formuló una acción de resarcimiento atribuyendo a la ENTIDAD la obligación de indemnizarle, en aplicación del Artículo 170° del RLCE, que establece como consecuencia de la resolución del contrato que, *si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*
- 2.28. En lo que respecta al procedimiento, se debe considerar lo dispuesto en el Artículo 169° del RLCE, que prevé:

**Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato**

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

*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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento. (...)*

- 2.29. En el presente caso, se verifica que el CONSORCIO procedió a comunicarle a la ENTIDAD, mediante Carta notarial de fecha 06 de diciembre de 2019, el requerimiento de cumplimiento de ejecución de obligaciones parciales, respecto al contrato de prestaciones accesorias – AMC N° 003-2016-FONAFE. En la referida comunicación se precisó que formula el

requerimiento para que en el plazo de 03 días calendarios, proceda al cumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes a la ENTIDAD y que consiste en otorgar las facilidades técnicas necesarias, respecto a las prestaciones accesorias N°01 y 02 del contrato de la referencia. La comunicación o requerimiento se efectuó bajo apercibimiento de proceder a la resolución contractual parcial por causa imputable a la ENTIDAD. (Ver Anexo A-33 del escrito de demanda).

- 2.30. En ese sentido se considera que la ENTIDAD ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la normativa legal respecto al requerimiento notarial PREVIO para resolver el contrato.
- 2.31. Luego por Carta Notarial de fecha 10 de diciembre del 2019 remitida por EL CONSORCIO a la ENTIDAD, y habiendo transcurrido el plazo otorgado en el requerimiento previo, sin que la ENTIDAD haya dado respuesta, el CONSORCIO procedió a resolver parcialmente el contrato respecto a las prestaciones accesorias N°01 y 02 del contrato de sub materia. Como consecuencia de la resolución, el CONSORCIO requirió a la ENTIDAD reconocer y efectuar el pago de la indemnización de daños y perjuicios. (Ver Anexo A-34 del escrito de demanda).
- 2.32. Respecto al procedimiento efectuado por el CONSORCIO para resolver parcialmente el contrato submateria, la ENTIDAD no alegó u objetó el procedimiento o plazo.
- 2.33. Conforme a ello se determina que, con las referidas cartas notariales, en la que el CONSORCIO requiere y hace efectivo el apercibimiento de resolución de contrato, se dio cumplimiento en forma válida al procedimiento dispuesto en el Artículo 169° del RLCE, antes glosado, y a los términos de la cláusula décimo tercera del contrato (referidos a la resolución del contrato).
- 2.34. Que, siendo la materia del presente proceso la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, los que se habrían producido debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la ENTIDAD, resulta necesario determinar la concurrencia de los elementos que configuran la responsabilidad contractual.
- 2.35. Con relación a los referidos elementos, cabe precisar que la Ley, ni el RLCE establecen los requisitos de la responsabilidad contractual.
- 2.36. El Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de la resolución de contratos, señalaba lo siguiente:

***“Artículo 44.- Resolución de los contratos.***

*(...) Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados (...).”*

- 2.37. En concordancia con la referida disposición legal, el Artículo 170° del RLCE, sólo establece que, *si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*

- 2.38. A efecto de determinar si la demanda cumple con los requisitos se debe considerar lo previsto en el contrato. La cláusula décimo cuarta del contrato sub materia, establece que cuando una de las partes no ejecute injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente.
- 2.39. El mismo contrato, en la cláusula décimo quinta, prevé que, en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
- 2.40. En ese sentido, al no estar previstos los elementos y requisitos de la responsabilidad contractual, se recurrirá a las disposiciones del Código Civil.
- 2.41. El Código Civil, en sus artículos 1361° y 1362°, establece:
- Obligatoriedad de los contratos*  
*Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*
- Buena Fe*  
*Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*
- 2.42. Conforme a las referidas disposiciones, se tiene que el acuerdo de las partes establecido en un contrato debe cumplirse. Como refiere el aforismo *pacta sunt servanda*, los pactos están para cumplirse o el “contrato es ley entre las partes”. Esta regla es fundamental en el derecho privado y supone que todo acuerdo o término contractual debe ser fielmente cumplido por las partes.
- 2.43. Por otro lado, el Código Civil (Artículo 1362°) establece que los contratos deben “ejecutarse” según las reglas de la buena fe. Conforme a esta regla se debe entender que una parte en el contrato debe proceder en el cumplimiento de sus obligaciones con la debida diligencia y cuidado.
- 2.44. Los contratos, en ese sentido, obligan a ambas partes al cumplimiento de lo expresamente pactado, y también se sujetan a las consecuencias, que sean conformes a la buena fe.
- 2.45. El CONSORCIO ha alegado en su demanda como factor de atribución objetivo, imputable a la ENTIDAD la culpa inexcusable, supuesto previsto en el Artículo 1319° del Código Civil.
- 2.46. La relación de los anteriores preceptos supone que las partes contratantes deben cumplir con lo estipulado en el contrato. En caso de incumplimiento del contrato, ya sea por dolo, ya sea por culpa conllevará la responsabilidad y la obligación de pagar una indemnización de daños y perjuicios.

2.47. En consecuencia, en el supuesto que una parte proceda de forma culposa e incumpla el contrato y que no se haya producido un caso fortuito o de fuerza mayor, que justifique el incumplimiento, existirá la obligación de indemnizar.

2.48. La consecuencia del incumplimiento contractual está prevista en el Artículo 1321° del Código Civil, el mismo que establece:

*Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable*

*Artículo 1321°. - Queda sujeto a indemnización de los daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

2.49. Se deben considerar también las siguientes disposiciones:

*Mora del acreedor*

*Artículo 1338.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.*

*Indemnización por mora del acreedor*

*Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.*

*Resolución por incumplimiento*

*Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*

2.50. Se debe considerar también que en este caso corresponde a la parte demandante, el CONSORCIO, acreditar el actuar o conducta de la parte demandada, la ENTIDAD, y que ese actuar ocasionó el resultado dañoso generador de indemnización. En ese sentido, se aplica el Artículo 1331° del Código Civil.

*Prueba de daños y perjuicios*

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

2.51. En ese sentido, se debe determinar, tratándose de una responsabilidad derivada de una relación contractual, que la acción de resarcimiento por culpa requiere para su configuración, la acreditación de determinados elementos jurídicos, siendo esos los siguientes: i) La existencia de una relación jurídica o contrato entre las partes; ii) Que, en la relación contractual una parte haya incumplido total o parcialmente alguna de sus obligaciones (antijuridicidad o conducta contraria a la ley); iii) Que, el incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia o previsión del deudor(factor de atribución); iv) Que, exista nexo causal o relación de causa efecto entre el hecho y el resultado. v) Que, con ello se haya generado un daño o perjuicio reparable y cuantificable.

2.52. En lo que se refiere al primer elemento, “existencia de una relación jurídica o contrato”, se tiene que las partes han celebrado y ejecutado un contrato denominado “Contrato de Prestaciones Accesorias de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE”, cuyo objeto era la contratación de prestaciones

accesorias al servicio de arrendamiento de equipos: 1) Gestión de Dispositivos Finales, 2) Gestión de Dispositivos Finales Especializada y 3) Activación de equipos de cómputo. (ver anexo A-2 y A-3 de la demanda). En ese sentido, se verifica que la existencia del primer elemento de la responsabilidad.

- 2.53. Para determinar el segundo elemento, “incumplimiento total o parcial de alguna de las obligaciones contractuales por una de las partes” (conducta contraria a la ley), se tiene que el EL CONSORCIO alega que LA ENTIDAD no cumplió con sus obligaciones previstas en el literal h) del artículo 3. PRESTACIÓN ACCESORIA 1: Gestión de Dispositivos Finales; y el numeral 4.2.12 del artículo 4. PRESTACIÓN ACCESORIA 2: Gestión de Dispositivos Finales Especializada del Capítulo III “Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos” de las Bases Integradas, es decir, no otorgó las facilidades técnicas necesarias para que EL CONSORCIO genere los reportes mensuales referente a la Prestación Accesorio N° 1 y Prestación Accesorio N° 2. (punto 4.47 de la demanda y Anexo A-3 de la demanda: Bases Integradas de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE).
- 2.54. El literal h) del artículo 3. PRESTACIÓN ACCESORIA 1, de las referidas Bases, que forman parte del Contrato, establecen que es responsabilidad de la ENTIDAD proveer las facilidades técnicas necesarias en las redes de las empresas, con el fin de permitir la conexión de los agentes al servidor ubicado en el local del proveedor. De igual forma, el numeral 4.2.12 del artículo 4. PRESTACIÓN ACCESORIA 2, establece que corresponde a la ENTIDAD proveer las facilidades técnicas necesarias en las redes de las empresas, con el fin de permitir la conexión de los agentes al servidor ubicado en el local del proveedor.
- 2.55. En este caso, se acredita la existencia de obligaciones expresamente acordadas a cargo de la ENTIDAD.
- 2.56. De lo establecido en los referidos términos de las Bases Integradas, se determina que una de las obligaciones de LA ENTIDAD, era proveer las facilidades técnicas necesarias al proveedor del servicio, con el fin de permitir la conexión de los agentes al servidor ubicado en el local del proveedor.
- 2.57. En lo que se refiere al cumplimiento se verifica que el CONSORCIO remitió sendas comunicaciones a la ENTIDAD requiriendo que cumpla con sus obligaciones, antes referidas. Así, entre las varias comunicaciones, se verifica las siguientes:
- 2.58. La carta de fecha 28 de septiembre del 2016, por la cual EL CONSORCIO en la Carta N° 0129-2016-SD, solicita a LA ENTIDAD el cumplimiento de los requerimientos físicos en la Sede Central referidos a otorgar 01 gabinete rack, 02 Servidores Rackeables, 01 Storage y 01 Servidor Replica “Relay”, que necesitaba SONDA para realizar la habilitación de la infraestructura tecnológica de la Prestación Accesorio 1 – Gestión de Dispositivos Finales y Prestación Accesorio 2 – Gestión Especializada. (ver anexo A- 4 de la demanda).

- 2.59. Con fecha 03 de octubre del 2016, por Carta N° 0132-2016-SD EL CONSORCIO solicitó a LA ENTIDAD el cumplimiento de los requerimientos referidos a la comunicación de datos y administración de los equipos para que EL CONSORCIO pueda realizar la habilitación de la infraestructura tecnológica de la Prestación Accesorias 1 y 2. (ver anexo A- 5 de la demanda). En la referida comunicación el CONSORCIO requirió la asignación de direcciones IP en la red interna de las sedes de ESSALUD, y para el cumplimiento de la prestación accesorias 2 que, cada equipo a ser administrado se encuentre unido al dominio de la ENTIDAD.
- 2.60. Con fecha 05 de octubre del 2016, EL CONSORCIO cursó a LA ENTIDAD, la Carta N° 0135-2016-SD a través de la cual entregó el “Plan de Release y Despliegue”, documento que comprende los cronogramas, procedimientos y formatos preparados con la finalidad de garantizar una correcta transición y operación del servicio de arrendamiento de equipos de cómputo para ESSALUD, todo ello de conformidad con la sección 2.2.1. “Planificación del Servicio” del Capítulo III de los Términos de Referencia y Requerimientos de las Bases Integradas. (ver anexo A- 6 de la demanda).
- 2.61. Con fecha, 12 de octubre de 2016, en vista que no hubo respuesta por parte de LA ENTIDAD, a las comunicaciones remitidas por EL CONSORCIO, mediante la Carta N° 0138-2016-SD, le requirió nuevamente cumplir con los requerimientos físicos técnicos solicitados. El CONSORCIO precisó que la demora en la atención de lo solicitado afectaría el cronograma de entrega y activación de los equipos, previsto en la Cláusula Quinta del Contrato de Contrataciones Accesorias. (ver anexo A - 7 de la demanda).
- 2.62. Con fecha 03 de noviembre del 2016, a través de la Carta N° 173-2016-SD, EL CONSORCIO le reiteró a LA ENTIDAD se sirva cumplir con las obligaciones pendientes a cargo de LA ENTIDAD, que son trece actividades comprometidas dentro de la fase de planificación, las cuales, a la referida fecha, no permiten AL CONSORCIO continuar con las prestaciones a su cargo. (ver anexo A- 9 de la demanda).
- 2.63. Con fecha 30 de diciembre del 2016, EL CONSORCIO a través de correo electrónico remite a LA ENTIDAD, un estado de la instalación de los servidores señalando que en las otras sedes han sido instalados todos los servidores y están conectados a la red de LA ENTIDAD; y en cuanto a la Sede Central, se instalaron 2 servidores físicamente, pero faltó la instalación con cables no inteligentes. El CONSORCIO precisa que en la Sede Central se requirió unos cables denominados “inteligentes” que tenían una particularidad especial en el PIN de los servidores, a pesar de que ello no estaba requerido dentro del servicio contratado. (ver anexo A- 10 de la demanda).
- 2.64. Con fecha, 20 de septiembre del 2017, mediante correo electrónico EL CONSORCIO le comunicó a LA ENTIDAD que, a fin de ejecutar las Prestaciones Accesorias 1 y 2, se encontraban realizando pruebas de conectividad a los servidores, por lo que requiere el apoyo de acceso a 2 equipos en la sede central, y también comunicó la fecha tentativa de pruebas en el Hospital Grau para el 22 de septiembre del 2017. (ver anexo A- 20 de la demanda).

- 2.65. Con fecha 29 de agosto del 2018, EL CONSORCIO a través de la Carta N° 20180829-N° 001-2018-MDS, informó a LA ENTIDAD que respecto a las Prestaciones Accesorias 1 y 2, estas se encuentran disponibles desde la activación de los equipos comprometidos en el servicio, sin embargo, por motivos ajenos a la voluntad del CONSORCIO, se han presentado limitaciones que impiden cumplir con lo requerido por LA ENTIDAD. (ver anexo A- 31 de la demanda).
- 2.66. Luego de los reiterados requerimientos a efecto que la ENTIDAD cumpla con sus obligaciones contractuales, esta parte no brindó las facilidades técnicas para la correcta ejecución del servicio de prestaciones accesorias.
- 2.67. En la contestación a la demanda, la ENTIDAD no cuestionó los argumentos del CONSORCIO, en este extremo, en el punto de los reiterados requerimientos para que cumpla con sus obligaciones contractuales. De igual forma, la ENTIDAD no explicó el motivo de la falta de respuesta a los referidos incumplimientos en el curso del proceso, en el debate de argumentos y valoración de pruebas. La ENTIDAD no explicó una causa que justifique la no respuesta o la alegación de la ENTIDAD de la falta de cumplimiento contractual, o que se presente una causa de inexcusabilidad, caso fortuito, o fuerza mayor.
- 2.68. Se debe considerar que el Artículo 1319° del Código Civil, establece que, incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. En el presente caso, se determina que la conducta de la ENTIDAD se configura en un incumplimiento de los términos contractuales de forma negligente, lo que constituye “culpa inexcusable”. Se determina una conducta de la ENTIDAD contraria a la buena fe contractual y a lo previsto en el Artículo 1362° del Código Civil, que establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y “ejecutarse” según las reglas de la buena fe. En el mismo sentido, se determina una inobservancia al principio de cumplimiento del contrato, previsto en el Artículo 1361° del Código Civil, dispositivo que establece que, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
- 2.69. Conforme a los referidos considerandos y lo actuado en el proceso, se verifica el incumplimiento culposo e inexcusable, por parte de la ENTIDAD, al no prestar su debida diligencia para el cumplimiento de sus obligaciones y facilitar las condiciones técnicas para que el CONSORCIO proceda a la activación del servicio y la consecuente generación de reportes mensuales, ya diseñados e implementados por EL mismo CONSORCIO, correspondiente a la Prestación Accesoría N° 1 para la Gestión de Dispositivos Finales y a la Prestación Accesoría N° 2 para la Gestión de Dispositivos Finales Especializados.
- 2.70. En ese sentido, se determina que la ENTIDAD actuó en forma contraria a lo previsto en el contrato e incumplió con sus obligaciones contractuales, previstas en el literal j) del numeral 3 “Prestación Accesoría 1: Gestión de Dispositivos Finales; y el numeral 4.2.12 de la sección “4. Prestación Accesoría 2: Gestión de Dispositivos Finales Especializada” del Capítulo III de las Bases Integradas del Concurso, respecto de las obligaciones a su cargo para que el CONSORCIO cumpla con las prestaciones accesorias 1 y 2, respectivamente.

- 2.71. En consecuencia, se determina la existencia del segundo elemento referido a la configuración del incumplimiento total de las obligaciones contractuales por parte de la ENTIDAD (culpa inexcusable).
- 2.72. Con relación al tercer elemento, referido a que el incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia o previsión del deudor, en este caso de la ENTIDAD, se determina que esta parte, en el contrato sub materia de contraprestaciones recíprocas, incumplió con las referidas obligaciones.
- 2.73. En lo que respecta a la “falta de diligencia” se determina conforme a las comunicaciones antes descritas, que el CONSORCIO, en reiteradas ocasiones requirió a LA ENTIDAD, a fin de que otorgue las facilidades técnicas para que el CONSORCIO pueda generar los reportes mensuales (Informes de Gestión).
- 2.74. EL CONSORCIO, través de la Carta 2019041501-2019-MDS-(JPL) del 15 de abril del 2019, informó a LA ENTIDAD que en calidad de proveedor del servicio cumplió fielmente con lo establecido en la sección 3 y 4 del Capítulo III de las Bases Integradas, respecto de las Prestaciones Accesorias 1 y 2, ya que se implementó el software centralizado (consola de Administración) en las instalaciones de ESSALUD, el cual se encontraba brindado operaciones a la referida fecha. (Ver Anexo A- 32 de la demanda)
- 2.75. Se debe considerar que conforme las Bases Integradas de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE, y específicamente el literal h) del artículo 3. PRESTACIÓN ACCESORIA 1: Gestión de Dispositivos Finales; y el numeral 4.2.12 del artículo 4. PRESTACIÓN ACCESORIA 2: Gestión de Dispositivos Finales Especializada, se estableció expresamente que una de las responsabilidades de LA ENTIDAD, era proveer las facilidades técnicas necesarias en las redes de las empresas, con el fin de permitir la conexión de los agentes al servidor ubicado en el local del proveedor. Se ha determinado que la ENTIDAD incumplió con las referidas obligaciones.
- 2.76. En este caso, conforme a los considerandos precedentes, se configura la “culpa inexcusable”, prevista en el Artículo 1319° del Código Civil, que consiste en la falta de diligencia y previsión por parte de la ENTIDAD, quien incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones.
- 2.77. Se debe considerar que la culpa contractual consiste en la acción u omisión voluntaria (realizada sin malicia o dolo), que impide el cumplimiento normal de una obligación.
- 2.78. En el presente caso, LA ENTIDAD hizo caso omiso a los requerimientos por parte del CONSORCIO, con relación a que se le otorgue las facilidades técnicas. La conducta de la ENTIDAD, de acuerdo a los hechos antes referidos, evidencia que no ejecutó sus obligaciones y que incurrió en culpa contractual. La culpa que se atribuye a la ENTIDAD es inexcusable, en el sentido, que no alegó menos acreditó en el proceso, que su incumplimiento se haya debido a una causa ajena, a un hecho fortuito o fuerza mayor.
- 2.79. En consecuencia, se determina que se presenta el tercer elemento referido a que el incumplimiento por parte de la ENTIDAD se debe por una falta de diligencia y que configura una culpa contractual inexcusable.

- 2.80. Con relación al cuarto elemento, que refiere la existencia de un nexo causal o relación de causa efecto entre el hecho y el resultado, se debe considerar que, al configurarse la culpa contractual, se debe determinar la preeminencia de la relación de causalidad, que debe ser adecuada y eficiente. En este punto se determina la “causa del daño”. Conforme a ello, en este elemento del “nexo causal”, entre la conducta del agente (incumplimiento del contrato por parte de la ENTIDAD de modo culposo) y la producción del daño (en la esfera patrimonial del CONSORCIO), ha de determinarse y declararse evidente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo.
- 2.81. En el presente caso, como se ha verificado en los antecedentes y hechos antes descritos la conducta de la ENTIDAD fue renuente al no brindar las facilidades técnicas para la correcta ejecución del servicio de prestaciones accesorias por parte del CONSORCIO.
- 2.82. Al tratarse de un contrato bilateral y de prestaciones recíprocas, se verifica que el CONSORCIO se vio en la obligación de resolver el contrato, lo que le generó un perjuicio económico, debido a que ya se había establecido un cronograma para la ejecución de las prestaciones accesorias, y estaba en operación la ejecución del servicio principal que era el arrendamiento de los equipos de cómputos para las sedes de EsSalud.
- 2.83. Se determina que, la conducta incurrida por LA ENTIDAD al no brindar las facilidades técnicas para la correcta ejecución del servicio de prestaciones accesorias por parte del CONSORCIO, provocó los daños en la esfera patrimonial del CONSORCIO, y no le permitió generar los reportes mensuales (Informes de Gestión).
- 2.84. Para que el CONSORCIO genere los referidos reportes mensuales necesitaba de la base de datos y la información institucional de ESSALUD, pero ello no se dio por el incumplimiento de la ENTIDAD. El referido hecho atribuible a la ENTIDAD, le generó al CONSORCIO daños y perjuicios, que se constituyen en los montos facturados y no facturados, y no pagadas por LA ENTIDAD hasta la fecha de resolución parcial del Contrato, es decir, hasta el 10 de diciembre del 2019.
- 2.85. EL CONSORCIO había diseñado e implementado la arquitectura de servidores de la Sede Central, pero necesitaba de la base de datos y la información institucional de la ENTIDAD y así poder generar los reportes mensuales correspondientes a la Prestación Accesorio N° 1 para la Gestión de Dispositivos Finales y a las Prestación Accesorio N° 2, lo cual además era requisito para el pago conforme lo establece el numeral 1.5 del Capítulo III “Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos” de las Bases Integradas.
- 2.86. Ello, se verificó a través de la Carta 2019041501-2019-MDS-(JPL) del 15 de abril del 2019, en la cual el CONSORCIO informó a LA ENTIDAD que en calidad de proveedor del servicio cumplió fielmente con lo establecido en la sección 3 y 4 del Capítulo III de las Bases Integradas, respecto de las Prestaciones Accesorias 1 y 2, ya que se implementó el software centralizado (consola de Administración) en las instalaciones de ESSALUD, el cual se encontraba brindando a la referida fecha. (Ver ANEXO A-32 de la demanda).

- 2.87. Se considera también que EL CONSORCIO para cumplir con el contrato realizó compras corporativas respecto de las licencias del software Aranda que los equipos arrendados tenían que tener. En este extremo el CONSORCIO presentó la Carta de fecha 18 de agosto del 2020, mediante la cual, el proveedor del CONSORCIO, la empresa HP, le informó el precio unitario de las licencias adquiridas por EL CONSORCIO, que estaba incluido en los equipos adquiridos para la prestación del servicio. (Ver ANEXO A-40 de la demanda).
- 2.88. Se determina que, el CONSORCIO, no pudo realizar las prestaciones a su cargo, debido a que LA ENTIDAD incumplió sus obligaciones contractuales, lo que finalmente determinó la resolución del contrato, realizada por EL CONSORCIO.
- 2.89. Se considera, de esa forma, que la conducta de la ENTIDAD causó daños y perjuicios en el CONSORCIO, los mismos que son de naturaleza patrimonial.
- 2.90. Conforme a los considerandos anteriores, se evidencia la existencia del cuarto elemento, referido al nexo causal o relación de causa efecto entre el hecho (conducta de incumplimiento contractual de la ENTIDAD y el resultado, los daños y perjuicios sufridos por el CONSORCIO).
- 2.91. Con relación al quinto elemento, referido a que se haya generado un daño o perjuicio reparable y cuantificable, se debe determinar que la prueba de los daños y perjuicios, y de su cuantía, de conformidad con el Artículo 1331° del Código Civil, corresponde al perjudicado, en este caso al CONSORCIO.
- 2.92. Conforme a ello, se debe considerar que el CONSORCIO alega que la indemnización por daño emergente asciende a la suma de USD \$ 749,460.91 (Setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos sesenta con 91/100 dólares americanos). El CONSORCIO alega que ese monto comprende los gastos incurridos hasta la resolución del contrato y que básicamente se desagregan en el costo de las licencias del software aranda, el costo de los servidores, y el costo de las fianzas. Esos costos, refiere el CONSORCIO fueron reflejados en los pagos mensuales que éste facturaría por las prestaciones accesorias 1 y 2 del contrato suscrito.
- 2.93. Como prueba del referido concepto (daño emergente) EL CONSORCIO presenta la Carta del 18 de agosto del 2020, mediante la cual, el proveedor del CONSORCIO, la empresa HP, informó que el precio unitario de las licencias adquiridas por EL CONSORCIO ascendía a \$61.76 (setenta y uno y 76/100 dólares americanos) (Ver Anexo A-40 de la demanda).
- 2.94. En esa forma el CONSORCIO acredita los gastos incurridos con relación a las licencias del software Aranda que debían tener los 11 204 equipos objeto de la prestación.
- 2.95. Para corroborar, lo antes indicado, el CONSORCIO adjuntó en su escrito de fecha 17 de marzo de 2022, copia de las facturas correspondientes a los proveedores del consorcio -Ingram, HP Inc. Perú S.R.L. y Máxima Internacional S.A.- en los que consta la materialización de la compra de los 11 204 equipos en los que se encontraba incluido el costo de la licencia del

software Aranda. Con ello, el CONSORCIO acreditó que para la ejecución de la prestación accesoria N° 1 (Gestión de Dispositivos Finales) y la prestación accesoria N° 2 (Gestión Especializada) realizó compras corporativas de las licencias del software Aranda (ver Anexo B-1 del escrito del 17 de marzo de 2022).

- 2.96. Cabe considerar que la adquisición de los 11204 equipos es un requerimiento técnico previsto en las Bases del Contrato, en la cual, en el cuadro detallado (Pág. 50 de las Bases) especifica que los POSTORES deberán elaborar sus propuestas en función de la suma total de las demandas de dispositivos finales de cada ENTIDAD, donde cada dispositivo final a ser entregado en cada destino definido está compuesto por un EQUIPO BASE y COMPONENTES determinados. Siendo el número de dispositivos finales asignados a la entidad ESSALUD el número de 11,204 dispositivos. Dato que corrobora la adquisición de los respectivos equipos por parte del CONSORCIO para ejecutar las prestaciones en favor de la ENTIDAD.
- 2.97. Con la finalidad de fin de acreditar los costos de adquisición de los servidores, el CONSORCIO adjuntó a su escrito del 17 de marzo de 2022, las facturas N° F007-0028040, F007-0031031, F007-0028488 y F007-024120 emitidas por el proveedor Ingram Micro. La referida empresa proporcionó al CONSORCIO los servidores por un importe total y ascendente a \$ 51,816.77 (Cincuenta y un mil ochocientos dieciséis con 77/100 dólares americanos), los mismos que se utilizarían en la ejecución de las prestaciones accesorias N° 1 y 2. (Ver Anexo B-2 del escrito del 17 de marzo de 2022 y escrito de subsanación del 01 de junio de 2022).
- 2.98. Con relación al costo de la fianza asumido por el CONSORCIO, este presentó la correspondiente póliza de caución emitida por la empresa AVLA Compañía de Seguros S.A., La referida compañía de seguros otorgó al CONSORCIO la garantía de fiel cumplimiento que presentó en el marco de la suscripción del Contrato de Prestaciones Accesorias de Menor Cuantía N° 003-2016-FONAFE. Para acreditar este extremo se tiene la Factura N° 001-000096 presentada por el CONSORCIO, por el monto de USD \$ 5 685.10 (Cinco mil seiscientos ochenta y cinco con 10/100 Dólares), emitida por AVLA Perú Compañía de Seguros S.A. por la emisión de la póliza de caución N° 301201600138. (Ver Anexo B-3 del escrito de fecha 17 de marzo de 2022 y escrito de subsanación del 01 de junio de 2022).
- 2.99. En ese sentido, en resumen, se considera que los conceptos que comprende el daño emergente son los siguientes

#### DAÑO EMERGENTE

CONCEPTO	IMPORTE EN US\$
Costo de Licencias (Software Aranda) corresponde a 11,204 equipos.	691,959.04
Costo de los servidores para la ejecución de las prestaciones accesorias 1 y 2.	51,816.77
Costo de la Fianza (Póliza de Caucción)	5,685.10
TOTAL	749,460.91 Sin IGV

- 2.100. Conforme a ello el daño emergente está compuesto y acreditado por el costo de las licencias del software Aranda, costo de servidores y el costo de fianza por el monto ascendente a USD \$ 749,460.91 (Setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos sesenta con 91/100 dólares americanos), que implican los montos facturados y no facturados, así como los gastos incurridos hasta la resolución del contrato que comprenden los costos de los servidores y la póliza de los seguros de los equipos adquiridos. (Ver las facturas de los anexos B-1, B-2 y B-3 del escrito del 17 de marzo de 2022 presentado por el CONSORCIO y escrito de subsanación del 01 de junio de 2022).
- 2.101. Con relación al concepto del lucro cesante, EL CONSORCIO pretende el pago respectivo, y alega que acredita ello en relación a la “utilidad proyectada” como consecuencia de la ejecución de la prestación accesorias, resultando un monto total de USD \$ 296,029.02, importe que sería equivalente al 23.8% del monto total facturado de las prestaciones accesorias N° 1 y 2. (ver punto 4.70 de la demanda).
- 2.102. El referido porcentaje, refiere el CONSORCIO en su escrito del 12 de octubre de 2022, es la “ganancia promedio” en el mercado de las tecnologías de información, el mismo que debe ser reconocido en su totalidad por el Árbitro Único, al no existir objeción alguna sobre dicho cálculo por parte de la Entidad.
- 2.103. El referido porcentaje, según alega el CONSORCIO, es la ganancia promedio en el mercado de las tecnologías de información. El CONSORCIO también alega que, el monto del lucro cesante debe ser reconocido en su totalidad por el Árbitro Único, al no existir objeción alguna sobre dicho cálculo por parte de la Entidad.
- 2.104. En este extremo el CONSORCIO no presentó prueba respectiva que acredite el monto y el sustento del porcentaje, así como la fórmula o el modo como calcula y llega establecer el importe.
- 2.105. Con relación a la primera pretensión del CONSORCIO, se debe considerar los argumentos de la ENTIDAD expuestos en su escrito de contestación a la demanda y escrito de fecha 01 de julio de 2021.
- 2.106. Se debe observar que la ENTIDAD no presentó, ni ofreció prueba alguna con relación a la materia demandada. La ENTIDAD se limitó a mencionar las pruebas de la ENTIDAD presentadas en su demanda.
- 2.107. Con relación a los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, LA ENTIDAD, alegó que rechaza totalmente la obligación de pagar una indemnización al CONSORCIO.
- 2.108. La ENTIDAD alegó que la demanda no cumple con acreditar los elementos de la responsabilidad civil. En efecto, en lo que se refiere a la “antijuricidad”, LA ENTIDAD alegó que la resolución de contrato efectuada por el CONSORCIO es materia de otro arbitraje iniciado por la ENTIDAD, y que, por ello, no se ha generado el derecho de solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

- 2.109. Con relación al “factor de atribución”, la ENTIDAD alegó que no existe forma de atribuirle responsabilidad, dado que el actuar de la ENTIDAD ha devenido de lo establecido en la propia normativa de contratación aplicable, máxime si es materia de arbitraje la resolución de contrato. En este extremo, se debe observar que la ENTIDAD no precisa expresamente los dispositivos legales que sustentan el “actuar” de la ENTIDAD en la ejecución del contrato, o que de alguna forma justifique alguna situación que enerve la responsabilidad contractual y la obligación de indemnizar.
- 2.110. Con relación al elemento de causalidad o nexo causal, la ENTIDAD alegó - en forma genérica - que, si bien existe un contrato suscrito entre las partes, no se muestra ninguna relación de causalidad entre la resolución del contrato y la indemnización solicitada por el demandante. En este extremo, la ENTIDAD no alegó argumento alguno respecto a su conducta de incumplimiento en el contrato, que el CONSORCIO le atribuye como hecho generador del daño.
- 2.111. Con relación al daño causado, LA ENTIDAD alegó que no se habría generado el derecho del CONSORCIO a solicitar la indemnización, al ser materia de otro arbitraje. En este extremo la ENTIDAD no alegó ningún argumento para referirse al daño mismo y a su cuantificación.
- 2.112. Se debe considerar de igual forma que la ENTIDAD, a través de su defensa jurídica, expuso sus alegatos en la audiencia de informes orales, con la concurrencia del CONSORCIO demandante.
- 2.113. En la referida diligencia (minuto 46:20) el árbitro único requirió información respecto a la imputación de incumplimiento de contrato por parte de la ENTIDAD. En ese sentido el árbitro único preguntó al apoderado judicial de la ENTIDAD, lo siguiente:
- Pregunta del árbitro:  
*¿Por qué razón no permitieron que se hagan esas prestaciones accesorias? ¿En concreto –figurativamente – no permitieron que se hagan las conexiones, y que esas prestaciones accesorias puedan desarrollarse? ¿Cuál fue el motivo por parte de ESSALUD? ¿Hubo algún inconveniente?*
  - Respuesta de la defensa de la ENTIDAD:  
*Se ha reiterado un pedido de información, que estamos solicitando al área técnica. De momento, no tenemos ese dato.*
  - Pregunta del árbitro:  
*¿Usted no tiene esos datos en este momento?*
  - Respuesta de la defensa de la ENTIDAD:  
*No, no los tenemos.*
  - Pregunta del árbitro:  
*¿Usted como abogado, como viene preparado para la audiencia, si no tiene los datos?*
  - Respuesta de la defensa de la ENTIDAD:

*La Entidad es un organismo súper amplio que tiene diversas áreas, y lamentablemente nosotros no podemos tener toda la documentación y toda la información. En este caso, no hemos tenido la información completa.*

Como se infiere, la ENTIDAD no brindó, ni expuso información adecuada (con sustento técnico – legal) respecto a las obligaciones contractuales que debía cumplir de acuerdo a los términos del contrato o respeto a la imputación de incumplimiento contractual expuesto en la demanda.

- 2.114. En ese sentido, se determina de lo actuado en el proceso, que la ENTIDAD al momento de contestar la demanda, y expresar sus alegaciones en el proceso, se limitó a alegar, en forma genérica, que el demandante no cumple con acreditar los requisitos copulativos de la responsabilidad civil a efectos de evaluar una indemnización. (punto 4.1.12 del escrito de contestación a la demanda). Se debe considerar también que la ENTIDAD no presentó información técnica o sustento referido a la ejecución del contrato, y a la imputación de inejecución de obligaciones atribuida por el CONSORCIO. Del mismo modo LA ENTIDAD no presentó prueba alguna, en ningún momento del proceso, para enervar o desvirtuar la pretensión de la demanda.
- 2.115. Conforme a lo actuado se determina que el concepto de daño emergente está acreditado por parte del CONSORCIO, con el sustento del costo de las licencias del software Aranda, costo de servidores y el costo de fianza por el monto ascendente a USD \$ 749,460.91, que implican los montos facturados y no facturados, así como los gastos incurridos hasta la resolución del contrato que comprenden los costos de los servidores y la póliza de los seguros de los equipos adquiridos. (Ver las facturas de los anexos B-1, B-2 y B-3 del escrito del 17 de marzo de 2022 presentado por el CONSORCIO y escrito de subsanación del 01 de junio de 2022). En ese sentido, en este extremo se debe estimar la demanda y disponer que la ENTIDAD queda sujeta a la obligación de indemnización de daños y perjuicios por concepto de daño emergente, en la suma de USD \$ 749,460.91 (sin IGV). El referido importe es neto, no incluye los impuestos de ley, en caso de requerirse la emisión de una factura se deberá añadir el impuesto correspondiente.
- 2.116. En lo que respecta al concepto de lucro cesante, si bien el Artículo 1321° del Código Civil, segundo párrafo, prevé que el resarcimiento por inejecución de la obligación, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, se debe considerar también que, la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado, tal como lo dispone el Artículo 1331° del mismo Código.
- 2.117. El CONSORCIO alega que el lucro cesante está referido a la “utilidad proyectada” como consecuencia de la ejecución de la prestación accesorias, resultando un monto total de USD \$ 296,029.02, importe que sería equivalente al 23.8% del monto total facturado de las prestaciones accesorias N° 1 y 2. (ver punto 4.70 de la demanda). El referido porcentaje, refiere el CONSORCIO, en su escrito del 12 de octubre de 2022, es la “ganancia promedio” en el mercado de las tecnologías de información, el

mismo que debe ser reconocido en su totalidad por el Árbitro Único, al no existir objeción alguna sobre dicho cálculo por parte de la Entidad.

- 2.118. Se debe considerar que, si bien la ENTIDAD no alegó nada en su defensa, respecto a este extremo, por su parte el CONSORCIO no presentó prueba alguna que sustente la referida “utilidad” dejada de percibir, o los “beneficios” dejados de obtener como consecuencia del hecho dañoso.
- 2.119. Se determina que, en ningún extremo de la demanda, ni en los documentos anexos que se adjuntan como medios probatorios de la misma se acredita el lucro cesante. El CONSORCIO refiere que el total de USD \$ 296,029.02, sería equivalente al 23.8% del monto total facturado de las prestaciones accesorias N° 1 y 2. Con relación a este cálculo – solo descrito en la demanda – el CONSORCIO no presentó una prueba (informe económico o contable o informe técnico, u otro informe o prueba similar) que sustente el *quantum*, que acredite el monto y el sustento del porcentaje, así como la fórmula o el modo como calcula y llega establecer el resultado e importe final. Como se ha precisado, conforme al Artículo 1331° del Código Civil, corresponde al perjudicado probar la “cuantía” de los daños y perjuicios, en este caso del lucro cesante. En ese caso, ello no ha ocurrido, dado que el CONSORCIO no presentó prueba fehaciente respecto a la cuantía del lucro cesante, y que sustente el monto.
- 2.120. En ese sentido, en este extremo de la demanda – del pago de indemnización por lucro cesante - se debe desestimarla y declararla infundada.

**Segundo punto controvertido. -**

*Determinar si corresponde o no que el árbitro único ordene a ESSALUD el pago de los gastos arbitrales del presente proceso arbitral, los mismos que comprenden los honorarios del Árbitro Único, así como de la secretaria arbitral, por cuanto la presente controversia se dio por causas atribuibles al Seguro Social de Salud – Essalud.*

- 2.121. Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

*“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”.*

- 2.122. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del Artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°.
- 2.123. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, la referida disposición legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje

serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 2.124. Es el caso que, en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que esta instancia arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
- 2.125. En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje en este caso, se debe considerar que la ENTIDAD demandada pudo responder y atender en la ejecución contractual los reiterados requerimientos del CONSORCIO para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, en forma oportuna; no obstante, la conducta de la ENTIDAD determinó que el CONSORCIO se viera en la necesidad de recurrir a las instancias arbitrales, generando los respectivos costos de defensa y gastos. En consecuencia, se determina que sea la parte demandada, la ENTIDAD, quien asuma el 100% de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del árbitro único y de la Secretaría Arbitral); el pago de los referidos conceptos se efectuará en ejecución de laudo, por el importe de S/ 35,823.91 que corresponde a los honorarios de árbitro único (importe que incluye el impuesto de 8% retención de impuesto a la renta); y el importe de S/ 20,421.74 que corresponde a los honorarios de secretaría arbitral (importe que incluye el impuesto de 8% retención de impuesto a la renta).

### **Cuestiones finales**

Que, conforme a los considerandos precedentes, el árbitro único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa con relación a las pretensiones planteadas por la parte demandante, ha examinado cada una de las pruebas aportadas 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, 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 la institución del arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el árbitro único, **RESUELVE y LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** en parte la primera pretensión principal de la demanda, en ese sentido se dispone que el SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD pague a favor del CONSORCIO SONDA DEL PERÚ S.A. – SONDA DE COLOMBIA S.A. – SONDA S.A, el importe de USD \$749,460.91 (Setecientos cuarenta i nueve mil cuatrocientos sesenta con 91/100 dólares americanos) por concepto de daño emergente; e **INFUNDADA** la demanda en el extremo del pago de lucro cesante.

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, y se DISPONE que el SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD pague a favor del CONSORCIO SONDA DEL PERÚ S.A. – SONDA DE COLOMBIA S.A. – SONDA S.A el importe de S/ 35,823.91 (treinta i cinco mil ochocientos veintitrés con 91/100 Soles), que corresponde a los honorarios de árbitro único (importe

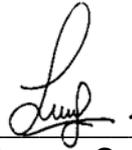
incluye el impuesto de 8% retención de impuesto a la renta); y el importe de S/ 20,421.74 (Veinte mil cuatrocientos veintiuno con 74/100 Soles) que corresponde a los honorarios de secretaría arbitral (importe incluye el impuesto de 8% retención de impuesto a la renta).

**TERCERO:** Disponer que corresponde al SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD cumplir con el presente laudo y los pagos ordenados a favor del SONDA DEL PERÚ S.A. – SONDA DE COLOMBIA S.A. – SONDA S.A, en el plazo de 15 días calendario de notificado.



---

**Dr. Julio César Guzmán Galindo**  
Árbitro Único



---

Lisett Ramos Castro  
Secretaria arbitral