

Caso Arbitral:
Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud
Segunda Fase – Ministerio de Salud vs.
Juan Fortunato Escudero Casquino

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Caso Arbitral: Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud Segunda Fase – Ministerio de Salud - Juan Fortunato Escudero Casquino

Contrato de Prestación de Servicios N° 023-2011/PARSALUD II, derivado del Proceso de Selección de Consultores Individuales N° 045-2011/PARSALUD II (en adelante, el Contrato)

Lima, 18 de octubre de 2016

DEMANDANTE:

Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud Segunda Fase – Ministerio de Salud (“el Demandante”, “PARSALUD II” o la “la Entidad”)

DEMANDADO:

Juan Fortunato Escudero Casquino (“el Demandado” o el “Consultor” o “el Contratista”)

ÁRBITRO ÚNICO:

Luis Puglianini Guerra

EXPEDIENTE SNA-OSCE:

S-103-2013/SNA-OSCE

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Mediante el Acta de Instalación del árbitro único de fecha 17 de octubre de 2014, se fijó como Sede del presente arbitraje, el domicilio ubicado Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

El idioma aplicable es el castellano.

I. ANTECEDENTES:

La Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 17 de octubre de 2014, se procedió a la Instalación del árbitro único, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje. Ambas partes asistieron a la respectiva audiencia, por lo que quedaron notificadas con el acta correspondiente en dicha fecha.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, el árbitro único declaró que ha sido debidamente designado de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación al cargo de árbitro único y manifestando no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obligó a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

De otro lado, se estableció que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento). Además, se estableció que el arbitraje se rige por el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 2 de julio de 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de



Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE).

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

El Petitorio

Mediante escrito de fecha 6 de agosto de 2013, PARSALUD II presentó la siguiente pretensión de su demanda:

I. PETITORIO:

UNICA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el señor Juan Fortunato Escudero cumpla con pagar al Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud Segunda Fase (PARSALUD II) del Ministerio de Salud la suma de S/. 21,880.00 (Veinte un mil ochocientos ochenta y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de cobro indebido de remuneraciones más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago, así como las costas y costos del proceso.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

La Entidad sustentó su demanda en los siguientes hechos:

1. Con fecha 20 de julio de 2011, el Consultor suscribió con la Entidad el Contrato, a fin de brindar la Consultoría de "Rediseño de Red de Almacenamiento y Sistema de Distribución Regional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios en la Región Huancavelica, por el plazo aproximado de 90 días, contados a partir del día siguiente de su suscripción, según el detalle siguiente:



Entregables	Porcentaje de pago con relación al	Plazo entrega
Entregable N° 1	20% (S/. 5,470.00)	A los 15 días de la suscripción del Contrato
Entregable N° 2	20% (S/. 5,470.00)	A los 30 días después de aprobado el Entregable N° 1
Entregable N° 3	40% (S/. 10,940.00)	A los 30 días después de aprobado el Entregable N° 2
Entregable N° 4	20% (S/. 5,470.00)	A los 15 días después de aprobado el Entregable N° 3

2. Asimismo, la cláusula segunda del Contrato establece que forma parte integrante del mismo su Anexo N° 01, "Declaración Jurada de encontrarse habilitado para contratar con el Estado".
3. El 29 de febrero de 2012, mediante Oficio N° 0195-2012-PARSALUD/CG, se solicita a la Dirección Regional de Salud, Región La Libertad, informar el vínculo laboral, contractual, CAS, etc. del Consultor.
4. El 26 de marzo de 2012, mediante Oficio N° 375-2012-GR-LL-GGR/GRSS-OEA, el Director Ejecutivo de la Oficina Ejecutiva de Administración de la Gerencia Regional de Salud, Región La Libertad, informa que "*el TAP, Juan Fortunato Escudero Casquino, se encuentra laborando en calidad de Nombrado como Médico del S.C. Santísimo Sacramento de la Red de Salud Trujillo, sede Julio 2011 a la fecha*".
5. El 7 de mayo de 2012, mediante Oficio N° 369-2012-PARSALUD/CG, se solicita a la Dirección Regional de Salud La Libertad, precisar la fecha (día, mes y año) de inicio del vínculo laboral de El Consultor, así como si cuenta con algún tipo de licencia en dicho periodo.
6. El 3 de agosto de 2012, mediante Carta N° 204-2012-PARSALUD/CG se solicitó a El Consultor (en base al Oficio N° 375-2012-GR-LL-GGR/GRSS-OEA el cual señala que El Consultor se encuentra laborando en calidad de personal nombrado en el C.S. Santísimo

Sacramento de la Red de Salud de Trujillo), informar "la fecha (día, mes y año) en que fue nombrado, así mismo si durante el desarrollo de la consultoría que aún está vigente (en proceso de revisión el cuarto y último entregable) cuenta con algún tipo de licencia sin goce de haber"

7. El 15 de agosto de 2012, mediante Carta N° 01-2012-JFEC, El Consultor informa lo siguiente:

"(...) en marzo del año 2003, pasé a la condición de Médico Asistencial Nombrado en el Centro de Salud Santísimo Sacramento (Distrito La Esperanza, Provincia Trujillo), en cumplimiento de la Ley de Nombramiento de Médicos Contratados en Plazas Orgánicas Presupuestadas ingresados por Concurso según el D.L. 276 (...).

En relación a las actividades relacionadas con la Consultoría y mi presencia física en Huancavelica, las efectué utilizando días de vacaciones, que anteriormente me habían sido suspendidas por necesidad de servicio, contando con las autorizaciones correspondientes. No he solicitado licencia sin goce de haber porque no tuve conocimiento ni fui informado previamente que debería hacerlo, habiendo actuado en todo momento con buena fe, sin otro afán que los de servicio y oportunidad laboral"

8. El 26 de setiembre de 2012, mediante Oficio N° 809-2012-GRLL-GGR/GRSS-OEA, el Director Ejecutivo de la Oficina Ejecutiva de Administración, de la Gerencia Regional de Salud, Región La Libertad, informa que "el TAP. Juan Fortunato Escudero Casquino, se encuentra laborando en calidad de Nombrado como Médico del S.C. Santísimo Sacramento de la Red de Salud - Trujillo, asimismo, no cuenta con algún tipo de licencia solicitada durante su periodo laborar".
9. En relación a la controversia, el PARASALUD II suscribió con el Consultor el Contrato, basado entre otros aspectos en la veracidad de las declaraciones juradas que presentó para su suscripción, siendo una de ellas su declaración de encontrarse habilitado para contratar con el Estado.



10. Efectivamente, la declaración jurada suscrita por El Consultor con fecha 20 de julio de 2011, que como Anexo Nº 1 forma parte integrante de El contrato, señala explícitamente que El Consultor no tiene impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, señalando, asimismo, ser responsable de la veracidad de los documentos e información que presentó.

11. Sobre la facultad de verificación posterior de PARASALUD II: El numeral 1.16 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece el Principio de Privilegio de Controles Posteriores, que consiste en que la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

12. Asimismo, el numeral 42.1 del artículo 42º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que "*todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como del contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario*". Dicha presunción es de carácter *juris tantum*, es decir admite prueba en contrario. Es atribución, cuando no obligación, de la Administración Pública verificar la documentación presentada.

13. La ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece en su artículo 6º que el control gubernamental es interno y externo y que constituye "*un proceso integral y permanente*". Asimismo, el artículo 7º del mismo dispositivo dispone que el control interno comprende las acciones que



realiza la entidad de "verificación posterior, con la finalidad de que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente...".

14. A su vez, se debe tener presente que la relación jurídica se formalizó en el marco del Contrato de Préstamo N° 2092/0C-PE celebrado entre la República del Perú y el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, debido a lo cual se rige primariamente por las Políticas de dicho Banco.

15. Al respecto, el numeral 1.21 del Documento GN-2350-7 "Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo", establece que es exigible, entre otros, a las personas oferentes por participar o participando en proyectos financiados por el BID, incluyendo a los consultores, observar los más altos niveles éticos durante la etapa del proceso de selección, de negociación o de ejecución del contrato.

16. Asimismo, el Documento GN-2350-7, prohíbe explícitamente los actos de fraude y corrupción, dentro de los que se encuentran la práctica fraudulenta, que se define como cualquier acto y omisión, incluyendo la tergiversación de hechos y circunstancias, que engañen o intenten engañar, a alguna parte para obtener un beneficio financiero o de otra naturaleza para evadir una obligación.

17. Al respecto, indican que la conducta fraudulenta se configura con la sola presentación de un documento inexacto a la realidad, sin que sean necesarios otros factores adicionales, puesto que constituye mérito suficiente acreditar la falsedad de la declaración formulada en el marco de la contratación, ello en salvaguarda de la exigencia recogida en las políticas del BID, respecto a exigir que los prestatarios, que participen en contratos financiados por el Banco, observen las más elevadas normas éticas durante los procesos de



contrataciones y la ejecución de dichos contratos, el que a su vez, forma parte de la tutela de la fe pública, que orienta las relaciones entre la Administración y los administrados y del principio de presunción de veracidad, por el cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario.

18. Acreditación de existencia de vínculo laboral entre el Consultor y el Centro de Salud Santísimo Sacramento en aplicación de la presunción iuris tantum; en cumplimiento de los dispositivos legales antes citados, PARASALUD II realizó un proceso de verificación posterior de sus procesos de selección, debido a lo cual, remitió al Director General de la Dirección Regional de Salud La Libertad, el Oficio N° 0195-2012-PARASALUD/CG de fecha 23.02.2012, mediante el cual se solicitó información respecto al Consultor a fin que pueda informar sobre el vínculo laboral o contractual que éste tenga en la indicada Dirección.
19. En respuesta al Oficio precedentemente mencionado, el Director Ejecutivo de la Oficina Ejecutiva de Administración de la Gerencia Regional de Salud, Región La Libertad, con fecha 26 de marzo de 2012, hizo llegar al PARASALUD II, el Oficio N° 375-2012-GR-LL-GGR/GRSS-OEA, mediante el cual informa que "*el TAP, Juan Fortunato Escudero Casquino, se encuentra laborando en calidad de Nombrado como Médico del S.C. Santísimo Sacramento de la Red de Salud Trujillo, sede Julio 2011 a la fecha*", no consignando, de manera alguna, que el Consultor tenía licencia sin goce de remuneraciones.
20. Con fecha 26 de setiembre de 2012, se recibió el Oficio N° 809-2012-GRLL-GGR/GRSS-OEA del Director Ejecutivo de la oficina Ejecutiva de Administración, de la Gerencia Regional de Salud, Región La Libertad,



por el cual informa que "el TAP. Juan Fortunato Escudero Casquino, se encuentra laborando en calidad de Nombrado como Médico del S.C. Santísimo Sacramento de la Red de Salud - Trujillo, asimismo, no cuenta con algún tipo de licencia solicitada durante su periodo laborar".

21. Cabe mencionar que al 26 de marzo de 2006, fecha en la cual se recibió el Oficio N° 375-2012-GR-LL-GGR/GRSS-OEA, que constituye la primera información sobre la presunta conducta ilícita del Consultor, se encontraban aprobados los tres (3) primeros entregables.

22. Asimismo, mediante Carta N° 01-2012-JFEC, El Consultor informa que "(...) el marzo del año 2003, pasé a la condición de Médico Asistencial Nombrado en el Centro de Salud Santísimo Sacramento (Distrito La Esperanza, Provincia Trujillo) (...). En relación a las actividades relacionadas con la Consultoría y mi presencia física en Huancavelica, las efectué utilizando días de vacaciones, que anteriormente me habían sido suspendidas por necesidad de servicio, contando con las autorizaciones correspondientes. No he solicitado licencia sin goce de haber porque no tuve conocimiento ni fui informado previamente que debería hacerlo, habiendo actuado en todo momento con buena fe, sin otro afán que los de servicio y oportunidad laboral"

23. Al respecto, se debe tener presente que el Artículo 109º de la Constitución Política del Perú señala que la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, por lo tanto, nadie puede alegar desconocimiento de la ley, por cuanto, cuando la ley entra en vigencia, es obligatoria para todos.

24. Lo expuesto acredita que el señor Juan Fortunato Escudero Casquino tenía vigente su vínculo laboral en calidad de nombrado en el Centro



de Salud Santísimo Sacramento (distrito La Esperanza, provincia de Trujillo) en la Red de Servicios de Salud Trujillo, de la Gerencia Regional de Salud La Libertad, cuando suscribió el Contrato de Prestación N° 023-2011/PARSALUD 11 (20.07.2011) con el PARSALUD II, en consecuencia, dicho Consultor suscribió la Declaración Jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado sin responder la misma a la verdad, aspecto éste que al ser anterior a la celebración del Contrato, lo vicia.

25.Que, en tal sentido, existe el cobro indebido de remuneraciones, contraviniendo el artículo 40º de nuestra Constitución Política, así como los artículos 7º del Decreto Legislativo N° 276, 139º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, y 3º de la Ley N° 28175, que prohíben al servidor público desempeñarse en más de un empleo o cargo público remunerado, así como prohíbe la percepción simultánea de remuneraciones por servicios prestados al Estado, motivo por el cual es que requerimos al señor Juan Fortunato Escudero Casquino, cumpla con la devolución del importe de S/. 21,880.00 más intereses legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Asimismo, la Entidad fundamentó su demanda en las siguientes normas:

1. Artículo 7º del Decreto legislativo N° 276 – Ley de bases de la carrera administrativa y remuneraciones del sector público, que establece que: "*ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de economía mixta. Es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional.*



2. Artículo 139º del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM que establece que: "*Mientras dure su relación laboral con la Administración Pública, a través de una entidad, tanto los funcionarios como los servidores están impedidos para desempeñar otro empleo remunerado y/o suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública o empresa del Estado, salvo para el desempeño del cargo docente*".
3. Artículo 3º de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleado Público, que establece que: "*Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas*".

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Presentada la demanda, mediante Cédula de Notificación N° 5618-2013 de fecha 29 de agosto de 2013, notificada el 4 de setiembre de 2013, la Secretaría del SNA-OSCE otorgó al Contratista el plazo de diez días hábiles para que conteste la demanda.

Con fecha 17 de setiembre de 2013, el Consultor contestó la demanda y formuló reconvención. El sustento tanto de la contestación de la demanda como de la reconvención es el mismo, en tanto que el Consultor no efectuó de manera separada el sustento de su contestación de demanda contra el sustento de su pretensión en calidad de reconvención.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

El Consultor contestó la demanda (y formuló reconvención) señalando lo siguiente:

1. Que, en abril de 2011 a través de la página web institucional www.parsalud.gob.pe tomó conocimiento de la "Invitación a Presentar Expresiones de Interés" realizada por PARSAUD II, el cual convocaba a cinco consultores para elaborar el "Rediseño de red de almacenamiento y sistema de distribución regional de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios en las Regiones de Salud ámbito del PARSAUD II" (Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica, Ucayali y Puno). Asimismo, en la mencionada invitación se señala los requisitos mínimos que se tenían que acreditar, adjuntándose el formulario estándar de Curriculum Vitae y los pasos a seguir por los consultores interesados.
2. En ese sentido, remitió debidamente llenado el formulario estándar precisando su experiencia profesional general y específica, y señalando los números de referencia de los profesionales que podían acreditar la veracidad de la información brindada.
3. En el punto IV.1 del referido formulario estándar de currículum vitae señaló expresamente que desde junio de 1992 a la fecha laboraba para el Ministerio de Salud.
4. Que, mediante Acta de Evaluación de CV y otorgamiento de Buena pro de fecha 30 de junio de 2011, el Comité de Selección Ad-Hoc de PARSAUD II, otorgó la buena pro al suscrito por un monto total de S/. 27,350.00 (Veintisiete Mil Trecientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) por satisfacer las condiciones y requisitos especificados en los términos de referencia, y haber obtenido el puntaje máximo.



5. En consecuencia, con fecha 20 de julio de 2011 suscribió el Contrato, en virtud a los contratos de préstamo N° 2092/OC-PE y N° 7643-RE firmados por la República del Perú, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM), respectivamente.
6. En ese sentido, en cumplimiento de los Términos de Referencia presentó los cuatro entregables según el plazo establecido; sin embargo, PARSALUD II solo realizó el pago de los tres primeros entregables, adeudando el cuarto pago ascendente a S/. 5,470.00 (Cinco Mil Cuatrocientos Setenta y 00/100 Nuevos Soles). Asimismo, PARSALUD II tampoco reconoció los gastos de traslado, alojamiento y demás viáticos en los que incurrió en la prestación de servicios durante el tiempo que duró la consultoría.
7. De otro lado, en agosto de 2012 tomó conocimiento que PARSALUD II solicitó a la Gerencia Regional de Salud La Libertad información sobre mi condición laboral, por lo que a fin de demostrar un actuar transparente y facilitar esta información, con fecha 14 de agosto de 2012 envió la carta N° 01-2012-OEC dirigida al coordinador de PARSALUD, con toda la información sobre mi condición laboral, señalando detalladamente todas las entidades donde laboré, precisando literalmente que "Actualmente labore, desde marzo del año 2003, como Médico Asistencial Nombrado en el Centro de Salud Santísimo Sacramento (Distrito La Esperanza, Provincia Trujillo), en la jurisdicción de la Red de Servicios de Salud Trujillo de la Gerencia Regional de Salud La Libertad (...)".
8. Su condición laboral era conocida par PARSALUD II; toda vez que, conforme lo señalado en el punto precedente, en el formato estándar de currículo vitae consigne que laboraba para el Ministerio de Salud desde 1992. Sin embargo, pese a esto mediante Resolución Jefatural N° 123-2012-PARSALUD II de fecha 25 de octubre de 2012 se declaró la nulidad del Contrato de Prestación N° 0232011/PARSALUD



II derivado del proceso SCI Nº 045-2011-PARSALUD II, por el supuesto de haber presentado un documento que carece de veracidad (Anexo Nº 01, Declaración Jurada de encontrarse habilitado para contratar con el Estado).

9. Sobre los recursos utilizados para el Contrato de Prestación Nº 023-2011/PARSALUD 11 y la supuesta inhabilitación para Contratar con el Estado.
10. Es necesario señalar que, la Consultaría objeto del Contrato de Prestación de Servicios Nº 023-2011/PARSALUD It de fecha 20 de julio de 2011, fue contratada en base al Contrato de Préstamo Nº 2092/OC-PE de fecha 16 de noviembre de 2009, "Segunda Fase del Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - PARSALUD II", suscrito entre la República de Perú y el Banco Interamericano de Desarrollo.
11. En ese sentido, se debe precisar que la finalidad de los contratos de préstamo es otorgar "financiamiento" al prestatario, teniendo como principal ventaja la obtención de recursos financieros rápidos y un plazo de pago posterior. Sin embargo, los recursos otorgados en financiamiento son otorgados para el cumplimiento de metas determinadas en el mismo contrato, siendo estos recursos de propiedad del prestador y no del prestatario.
12. En base a lo precisado en los puntos precedentes, se debe señalar que los tres primeros entregables presentados por el suscrito en el Contrato fueron pagados con recursos financieros del Banco Interamericano de Desarrollo y no de la República Perú; razón por lo cual, no habría faltado a la verdad al indicar que no se encontraba inhabilitado para contratar con el estado.



- 13.Sobre la responsabilidad del Comité Especial, según el documento GN-2350-7 "Políticas para Selección y Contratación de Consultores Financiador por el Banco Interamericano de Desarrollo", la evaluación de propuestas estará a cargo del prestatario quien deberá utilizar un comité de evaluación integrado por especialistas en el sector. Este comité tiene la obligación de revisar las propuestas presentadas por los postores interesados, verificando que estos cumplan con los requerimientos técnicos mínimos y que no estén inmersos en alguna causal que les imposibilite contratar con el estado.
- 14.En ese sentido, el Comité de Selección Ad - Hoc responsable del referido proceso de contratación debió verificar con detenimiento la información consignada por los postores en los formularios estándar; toda vez que, conforme lo señalada en el punto 3 del presente, en el formulario presentado por el suscrito se precisaba que laboraba para el Ministerio de Salud
- 15.Sobre el conflicto de intereses según lo estipulado en el documento GN-2350-7 "Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo", el punto 1.9 del documento GN-2350-7, establece taxativamente que "*La Política del Banco establece que los consultores deben dar asesoramiento profesional, objetivo e imparcial, y que en todo momento deben otorgar máxima importancia a los intereses del contratante, sin consideración alguna respecto de cualquier trabajo futuro y que en la provisión de servicios de asesoría, prevengan conflictos con otros servicios que les sean asignados o con los intereses de las instituciones a las que pertenecen. No se contratará a consultores para servicios que puedan crear conflicto con sus obligaciones y previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o que puedan ponerlos en situación de no poder prestar sus servicios en la forma que mejor convenga a los intereses del Prestatario. (...)"*.



16. Referente a ello, el Consultor otorgó máxima importancia a la consultoría realizada, utilizando incluso el tiempo de sus vacaciones para enfocarse en la elaboración de los entregables solicitados. Asimismo, el suscrito no tenía ningún impedimento para realizar la consultaría en mención; toda vez que, las labores que desempeña en el Centro de Salud Santísimo Sacramento es como Médico Asistencial, cargo que no crea conflicto de interés alguno con la realización de la referida consultaría.

17. Sobre la Nulidad del Contrato de Prestación N° 023-2011/PA RSALUD II, mediante Resolución Jefatural N° 123-2012-PARSALLJD II de fecha 25 de octubre de 2012 se declaró la nulidad del Contrato. En virtud a esto, PARSALUD II solicita al Consultor la devolución de una suma ascendente a S/. 21,880.00 (Veintiún Mil Ochocientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles), por el concepto del pago realizado por los tres primeros entregables de la consultoría.

18. Sin embargo, la declaración de nulidad tiene las siguientes consecuencias:

- Confiere el derecho a las partes de restituir las cosas a su estado anterior, es decir, a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo.
- Confiere el derecho a las restituciones mutuas, es decir, del pago de las mejoras, las restitución de la especies y de sus frutos, etc. Siendo los efectos restitutorios generales los siguientes:
 - a) Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses.
 - b) Mientras que uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de



nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe.

- 19.Es decir, cuando se declara la nulidad de un contrato ambas partes deben restituirse las prestaciones recíprocamente. Sin embargo, PARASALUD II busca beneficiarse ilícitamente con las labores realizadas por el Consultor, no teniendo la intención de reconocer que los entregables presentados por este satisficieron a cabalidad las necesidades del Ministerio de Salud.
- 20.Por lo expuesto en los puntos precedentes, solicita analizar la presente causa de legalidad, a fin de que la entidad pública no vulnere los derechos del Consultor.

Fundamentos de Derecho

El Consultor invocó las siguientes normas en calidad de fundamentos de derecho de su contestación de demanda:

1. Artículo 1399 numerales 3) y 14) de la Constitución Política del Perú, que protegen el derecho al debido proceso y el derecho de defensa.
2. GN-2350-7 "Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo", que regula el procedimiento para la contratación de consultores en los proyectos financiados por el BID.
3. Artículo 39º de la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, que establece el contenido de la contestación de la demanda arbitral.
4. Artículo 27 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, que regula la



Caso Arbitral:
Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud
Segunda Fase – Ministerio de Salud vs.
Juan Fortunato Escudero Casquino

reconvención y contestación de la demanda arbitral.

RECONVENCIÓN

Con fecha 17 de setiembre de 2013, el Consultor contestó la demanda y formuló reconvención. El sustento tanto de la contestación de la demanda como de la reconvención es el mismo, en tanto que el Consultor no efectuó de manera separada el sustento de su contestación de demanda contra el sustento de su pretensión en calidad de reconvención.

PETITORIO:

El Consultor planteó la pretensión única en su reconvención en los siguientes términos:

UNICA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

"Que, el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - Ministerio de Salud, en adelante PARASALUD II, cumpla con pagarme la suma de S/. 5,470.00 (Cinco Mil Cuatrocientos Setenta y 00/100 Nuevos soles), por concepto del trabajo brindado en la Consultoría de "Rediseño de Red de Almacenamiento y Sistema de Distribución Regional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios en la Región Huancavelica" conforme a lo estipulado en el Contrato de Prestación de Servicios Nº 0232011/PARASALUD II de fecha 20 de julio de 2011, firmado entre PARASALUD II y el suscrito. Asimismo, solicito el pago de los gastos por viáticos incurridos en el tiempo que presté mis servicios, el pago de intereses legales hasta la fecha de pago, así como el pago de costas y costos del presente proceso arbitral."

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Conforme a lo señalado, el Consultor efectuó el desarrollo de su sustento de



la pretensión de la reconvención de la demanda y su contestación en el mismo acápite, por lo que en este punto corresponde remitirse a lo expresado en cuanto a los fundamentos de hecho y derecho de la contestación de demanda.

CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Fundamentos de Hecho y de Derecho

PARSALUD sustentó los fundamentos de hecho y de derecho de su contestación a la reconvención conforme a los siguientes términos:

1. La reconvención del Consultor se circumscribe a tres aspectos puntuales:
 - a. Que, PARSALUD II le pague la suma de S/. 5,470.00 por concepto del trabajo brindado en la Consultoría, conforme a lo estipulado en el Contrato.
 - b. Que, PARSALUD II le pague los gastos por viáticos incurridos en el tiempo que prestó sus servicios.
 - c. Que, PARSALUD II asuma los intereses legales hasta la fecha de pago, así como el pago de costas y costos del presente proceso arbitral.
2. En relación al pago por el trabajo brindado en la consultoría conforme al Contrato, se debe tener presente lo señalado en la demanda en el sentido que el Artículo 109º de la Constitución Política del Perú señala que, la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, por lo tanto, nadie puede alegar desconocimiento de la ley, asimismo, corresponde advertir que el procedimiento de contratación se llevó a cabo bajo las "Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el



Banco Interamericano de Desarrollo - BID", las mismas que son de igual y obligatorio cumplimiento.

3. En este sentido, al momento de suscribir el Contrato, el Consultor conocía que existía impedimento legal para prestar servicios a una Entidad Pública siendo un funcionario público nombrado en el Centro de Salud Santísimo Sacramento en la Red de Servicios de Salud Trujillo, de la Gerencia Regional de Salud La Libertad, tanto por disposiciones expresas de la normativa nacional¹, así como del literal d) del numeral 1.11 de las Políticas del BID, el cual señala que "*Los funcionarios del gobierno o servidores públicos solamente pueden ser contratados como consultores individuales (...), siempre que: (i) estén con licencia sin goce de sueldo*".
4. Por lo tanto, al haberse declarado la nulidad del Contrato no existe amparo legal para que se pague la suma de S/. 5,470.00 correspondiente al cuarto entregable, ya que dicha relación jurídica era inexistente.
5. Por otro lado, es equivocada la afirmación que "*los tres primeros entregables presentados por el suscrito en la consultoría (...) fueron pagados con recursos financieros del Banco Interamericano de Desarrollo y no de la República del Perú*", por cuanto no reviste mayor análisis el señalar que todo el monto que corresponde a un Contrato de Préstamo, como el Contrato N° 2092/OC-PE suscrito entre PARSALUD II y el BID, son fondos públicos² utilizados para la satisfacción del interés público.

¹ Descritas en la demanda y en la Resolución Jefatural N° 123-2012-PARSALUD II que declara la nulidad del Contrato de Prestación de Servicios N° 023-201 I/PARSALUD II

² El Artículo 15º de la Ley N°28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, define como "*fondos públicos, sin excepción, los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público*". Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10º de la Ley N°28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, dichos fondos se orientan a la atención de los gastos



6. Asimismo, debe considerarse la conducta procesal del Consultor quien durante el Proceso de Conciliación llevado a cabo bajo el Expediente N° 7782013 ante el Centro de Conciliación Avendaño, en forma previa al presente proceso arbitral, ofreció devolver a PARASALUD II el íntegro de los S/. 21,880.00 recibidos, en armadas³, sin embargo, en el presente proceso arbitral mantiene una posición contraria y se niega a efectuar dicha devolución.
7. Estando a los fundamentos expuestos, corresponde que se declare infundada la pretensión planteada en la reconvención.
8. En relación a que PARASALUD II le pague los gastos por viáticos incurridos en el tiempo que prestó sus servicios, el literal A. de la Cláusula Sexta del Contrato de Prestación de Servicios N° 023-2011/PARASALUD II dispone expresamente lo siguiente:

"Por la prestación de los servicios contratados, las partes convienen fijar la contraprestación de "EL CONSULTOR" en la suma total de SI. 27,350 (Veinte y Siete Mil Trescientos Cincuenta Nuevos Soles), SUMA QUE INCLUYE TODO CONCEPTO que pueda incidir sobre el valor de los servicios contratados incluido los tributos de Ley. Se precisa que la suma total por el pago de la presente Consultoría incluye el Taller de Validación, de conformidad con lo establecido en el Anexo 2 de los Términos de Referencia de la Consultoría"

9. Al respecto, cabe indicar que la regla general en materia de interpretación de los negocios jurídicos es el canon hermenéutico objetivo, el cual está consagrado en el Artículo 168º del Código Civil, el cual señala que *"el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe"*.

para el cumplimiento de los fines del Estado, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

³ Lo cual no se encontró procedente, por requerirse el pago total en una sola oportunidad



10. Siendo ello así, el contrato es ley para las partes y por tanto, el Consultor conocía que debía asumir todo gasto vinculado al objeto del Contrato de Prestación de Servicios N° 023-2011/PARSALUD II, en aplicación de lo establecido en la cláusula sexta del contrato que estableció lo siguiente:

"Por la prestación de los servicios contratados, las partes convienen fijar la contraprestación de "EL CONSULTOR" en la suma total de SI. 27,350 (Veinte y Siete Mil Trescientos Cincuenta Nuevos Soles), suma que incluye todo concepto que pueda incidir sobre el valor de los servicios contratados incluido los tributos de Ley. Se precisa que la suma total por el pago de la presente Consultoría incluye el Taller de Validación, de conformidad con lo establecido en el Anexo 2 de los Términos de Referencia de la Consultoría."

11. En ese sentido, no es amparable que se le reconozcan supuestos gastos que habría incurrido por viáticos, por cuanto además éstos no han sido acreditados. Por lo expuesto, debe declararse infundada este extremo de la reconvención planteada por el demandado.

12. En cuanto a que PARSALUD II asuma los intereses legales hasta la fecha de pago, así como el pago de costas y costos del presente proceso arbitral, se ha acreditado que la demanda se interpuso por incumplimiento del demandado de devolver el cobro indebido efectuado más los intereses legales, por lo que le corresponde asumir el íntegro de los conceptos que irrogue el proceso arbitral, conforme al artículo 73º de la Ley de Arbitraje.

**AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN y FIJACION DE PUNTOS
CONTROVERTIDOS**



Con fecha 19 de febrero de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la cual contó con la asistencia de la parte demandante, quien quedó notificada del acta respectiva en la referida fecha, sin perjuicio de la posterior notificación al demandado con la respectiva acta.

En tal sentido, la audiencia se desarrolló en el siguiente orden:

Conciliación

El árbitro único inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En ese acto, los representantes de cada una de ellas refirieron que no les era posible en dicho momento arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Determinación de los Puntos Controvertidos

El árbitro único fijó los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

PUNTO EN CONTROVERSIA DE LA DEMANDA:

1. Determinar si corresponde o no, que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma de S/. 21,880.00 (Veintiún mil ochocientos ochenta y 00/100 Soles) por concepto de cobro indebido de remuneraciones más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago, así como las costas y costos del proceso.

PUNTO EN CONTROVERSIA DE LA RECONVENCIÓN

2. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague la suma de S/. 5,470.00 (Cinco mil cuatrocientos setenta y 00/100 Soles) por concepto de trabajo brindado en el Contrato.



Admisión de Medios Probatorios

Respecto de la demanda:

Con relación a la Entidad: Se admitieron los documentos referidos en el Primer Otrosí Digo de su escrito de demanda presentado con fecha 6 de agosto de 2013 signados del 3º anexo al 12º anexo.

Con relación al Contratista: Se admiten los documentales ofrecidos por el Contratista en su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 17 de setiembre de 2013, signados en los numerales 1 al 5.

Respecto de la reconvención:

Con relación al Contratista: El árbitro único advirtió que el Contratista no ha diferenciado los medios probatorios de la contestación de demanda y de la reconvención, por lo que al haberse emitido previamente los cinco documentos indicados en el acápite V. "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda y reconvención, debe estarse a lo dispuesto en la sección de admisión de medios probatorios correspondiente a la demanda, según lo antes señalado.

Con relación a la Entidad: el árbitro único advirtió que la Entidad no ha ofrecido medio probatorio alguno en su escrito de contestación de la reconvención presentado con fecha 26 de noviembre de 2013, de lo cual se debe dejar constancia.

Asimismo, el árbitro único deja constancia que no se han presentado impugnaciones u oposiciones a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Asimismo, siendo todos los medios probatorios admitidos del tipo documental, se tuvo por cerrada la etapa probatoria y se otorgó a las partes cinco (5) días hábiles para presentar sus alegatos escritos.

ALEGATOS Y OTROS

Con fecha 26 de febrero de 2016, PARASALUD II presentó sus alegatos escritos, los cuales se tuvieron presentes mediante Resolución N° 10 de fecha 7 de marzo de 2016, resolución en la que también se dejó constancia de que el Consultor no presentó alegatos.

Asimismo, se citó a las partes a la audiencia de informes orales para el 22 de marzo de 2016 a las 10:00 a.m., fecha en la que se llevó a cabo la diligencia.

De otro lado, se debe señalar que mediante **Resolución N° 13** de fecha 20 de junio de 2016 se tuvo presente el escrito presentado por el Consultor el 29 de abril de 2016, mediante el cual presentó:

- a) La sentencia de Corte Superior de Justicia de Lima Bajo el Exp. N° 25303-2013-1801-JR-PE-31 ante el 36º Juzgado Especializado en lo Penal, sobre falsa declaración en procedimiento administrativo, iniciado por PARASALUD II, donde se resuelve ABSOLVER de la acusación fiscal al Consultor por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia - FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, en agravio del Ministerio de Salud.
- b) Invitación a presentar expresiones de interés para suscribir el Contrato, con la que busca acreditar que el Consultor concursó en el proceso con otros 2 profesionales nombrados por más de 20 años en dependencias del Ministerio de Salud, lo que evidenciaría que podían participar de acuerdo a las bases.



c) Carta N° 003-2013-PARSALUD/CG de fecha 8 de enero de 2013, por la que el Coordinador de PARSALUD II reconocería que el Contrato se encuentra fuera del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al haberse formalizado bajo la contratación de consultores financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo BID, señalando además que el Contrato establece en el párrafo 1 de la condición séptima que se rige por los artículos pertinentes del código Civil y las convenciones entre PARSALUD II y el Consultor.

Asimismo, mediante **Resolución N° 14** de fecha 20 de junio de 2016 se tuvo presente el escrito presentado por el Demandante el 26 de mayo de 2016, por el cual expresa su posición respecto al argumento del Consultor referido a que los entregables del Contrato fueron pagados con recursos BID y no de la República del Perú, entre otros argumentos que la Entidad ya había expresado anteriormente en el arbitraje.

Sobre el particular, mediante Resolución N° 15 de fecha 22 de julio de 2016 se dejó constancia que el Contratista no absolvío el traslado conferido en la Resolución N° 14. No obstante, se debe dejar constancia que la Entidad no absolvío tampoco el traslado conferido mediante la Resolución N° 13.

PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 15 de fecha 22 de julio de 2016, se fijó el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en veinte (20) días hábiles, reservándose el árbitro único la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente, por quince (15) días hábiles adicionales.

Asimismo, mediante Resolución N° 16 de fecha 22 de setiembre de 2016, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales.

II. CONSIDERANDO

II.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. El árbitro único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación del árbitro único se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el Demandante ni el Demandado reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del árbitro único.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido ambas igual oportunidad para presentar sus alegaciones y conclusiones por escrito, así como para que realicen sus respectivos informes orales.
5. El Consultor fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y además, formulando reconvenCIÓN.
6. En tal sentido, el árbitro único dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del árbitro único.

7. Sobre dicho particular, el árbitro único considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada. En tal sentido, si no se probó los fundamentos de lo demandado, ello deberá ser declarada infundado, de conformidad con la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.
8. El árbitro único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes respecto a la reconvención formulada, así como todos los respectivos medios probatorios aportados a dicha reconvención, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

II.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Luego del análisis de lo expuesto por ambas partes y evaluados todos los medios probatorios ofrecidos y actuados, y los respectivos escritos y recursos presentados, el árbitro único establece lo siguiente en cuanto a los puntos controvertidos:

Respecto al punto en controversia de la demanda:

En el Acta de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 19 de febrero de 2016, y en base



a la única pretensión contenida de la demanda de fecha 6 de agosto de 2013, se fijó el siguiente punto controvertido:

1. Determinar si corresponde o no, que el Contratista cumpla con pagar a la Entidad la suma de S/. 21,880.00 (Veintiún mil ochocientos ochenta y 00/100 Soles) por concepto de cobro indebido de remuneraciones más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago, (...).

Sobre el particular, de lo expuesto por las partes y de los medios probatorios que obra en el expediente, podemos concluir lo siguiente:

- a) En este punto controvertido se está discutiendo si el Consultor debe pagar (o reembolsar) a la Entidad los montos que se han pagado (ascendente a S/. 21,880.00) durante la ejecución del Contrato, toda vez que dichos pagos serían indebidos atendiendo a la declaración de la nulidad del referido contrato que se realizó mediante la Resolución Jefatural N° 123-2012-PARSALUD II de fecha 25 de octubre de 2012.
- b) Es necesario dejar constancia que el Consultor no ha discutido que el monto señalado por la Entidad (S/. 21,880.00) es lo que se la ha pagado efectivamente durante la ejecución del Contrato por los entregables N° 1, 2 y 3; asimismo, se aprecia que el Consultor no ha sometido a arbitraje la declaración de nulidad del Contrato efectuada mediante la Resolución Jefatural N° 123-2012-PARSALUD II de fecha 25 de octubre de 2012 (cuyo sustento principal es que no se cumplió el requisito de no tener impedimento de contratar con el Estado, de acuerdo a la Declaración Jurada que constituye el Anexo N° 1 del Contrato). En ese sentido, estos puntos no deberían ser materia controvertida en el presente arbitraje.

c) Sin perjuicio de lo antes indicado, este Árbitro Único considera pertinente analizar los argumentos del Consultor que indirectamente cuestiona la declaración de nulidad del Contrato:

- No se encontraba claramente establecido que el Consultor estaba en un supuesto de imposibilidad de suscribir el Contrato por tener vínculo laboral con el Centro de Salud Santísimo Sacramento (distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo) de la Red de Servicios de Salud Trujillo (en otras palabras, trabajaba para el Ministerio de Salud que forma parte del Estado), sin contar con licencia sin goce de haber, cuando suscribió el Contrato.

Sobre este particular, el árbitro único advierte que se puede apreciar claramente que en la Declaración Jurada que constituye el Anexo 1 del Contrato se establecido:

"(...)

*La que suscribe Juan Fortunato Escudero Casquino
(...) declaro bajo juramento:*

1.- No tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado.

2.- Conozco, acepto y me someto a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección.

3.- Soy responsable de la veracidad de los documentos e información que presento a efectos del presente proceso de selección.

4.- (...)



5.- Conozco las sanciones, así como la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y demás aplicables."

En ese sentido, queda claro que Consultor asumía la obligación (y riesgo) de respetar las "reglas de juego" del proceso de selección, debiendo de haber analizado (previamente a la suscripción del Contrato y de esta Declaración Jurada) si tenía o una incompatibilidad de contratar con el Estado.

Al respecto, atendiendo al vínculo laboral que mantenía el Consulto con una dependencia del Estado al momento de suscribir el Contrato, claramente se encontraba en impedimento de Contratar (nuevamente) con el Estado, conforme lo establece diferentes normas imperativas, como por ejemplo:

Artículo 7º del Decreto legislativo N° 276 – Ley de bases de la carrera administrativa y remuneraciones del sector público, que establece que: "*ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de economía mixta. Es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional.*

Artículo 139º del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM que establece que: "*Mientras dure su relación laboral con la Administración Pública, a través*



de una entidad, tanto los funcionarios como los servidores están impedidos para desempeñar otro empleo remunerado y/o suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública o empresa del Estado, salvo para el desempeño del cargo docente”.

Artículo 3º de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleado Público, que establece que: “*Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas*”.

Por lo expuesto, es claro que al haberse suscrito el Contrato incumpliéndose normas imperativas (al ser de Orden Público), el referido Contrato deviene en nulo conforme a lo establecido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil⁴.

- La Entidad conocía que el Consultor trabajaba para el Estado, pues ello fue consignado en su curriculum vitae (de acuerdo al formato estándar correspondiente) que fue presentado antes de la suscripción del Contrato. Asimismo, el Comité Especial debió revisar las propuestas presentadas por los postores interesados y verificar que cumplan con los requisitos técnicos mínimos y que no

⁴ *Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico*
Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.



estén inmersos en alguna causal que les imposibilite contratar con el Estado.

Este Árbitro Único no tiene competencia para entrar a analizar la responsabilidad u obligaciones del Comité Especial, motivo por el cual no puede determinar si debió verificar o no que el Consultor no estaba impedido de contratar con el Estado; sin embargo, es relevante hacer notar que al haberse verificado en el análisis del punto precedente que se transgredieron normas de orden público y por lo tanto el Contrato efectivamente contenía un vicio de nulidad, carece de objeto para este caso en concreto analizar si la Entidad conocía o no del vicio y/o si el Comité Especial debió verificar que no se presente dicho vicio, toda vez que un vicio de nulidad no es convalidable, ni subsanable.

- Los fondos que han financiado el Contrato no son fondos públicos, pues provienen de contratos de préstamos (financiamiento) con el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial; sin embargo, los recursos que se han otorgado en financiamiento son otorgados para cumplimientos de metas determinadas en el mismo contrato de préstamo, siendo estos recursos propiedad del prestador (bancos) y no del prestatario (Estado).

Al respecto, el Árbitro Único observa que no es correcta la alegación del Consultor, toda vez que el artículo 15º de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, establece expresamente que: "**Son fondos públicos, sin excepción, los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público.** (...)".

Asimismo, el artículo 10º de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece: "Los fondos



*públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, **independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.** (...)".*

En ese sentido, queda claro que si bien el financiamiento que se realiza vía un contrato de préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y/o el Banco Mundial (BM) es una fuente de financiamiento especial y se rige por reglas propias, no deje de ser una de las tantas fuentes de financiamiento con las que cuenta el Estado, motivo por el cual los fondos que provienen de estos contratos de préstamos son fondos públicos.

- El Consultor manifiesta haber dado máxima importancia a la consultoría realizada, no teniendo impedimento para realizar la consultoría en mención y, además, afirma que las labores que desempeña en el Centro de Salud Santísimo Sacramento es como Médico Asistencial, cargo que no crea conflicto de intereses alguno con la realización de la referida consultoría.

Este Árbitro Único no duda que el Consultor ha buscado ejecutar el Contrato de la mejor manera, pero ello no es materia de discusión en este arbitraje. Lamentablemente, el hecho que haya estado ejecutando correctamente el Contrato no hace que deje de existir el vicio de nulidad, pues como se comentó anteriormente este vicio no es convalidable, ni subsanable.

- El 36º Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Lima ha establecido que no existe posibilidad de atribuir responsabilidad penal al Consultor del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo en agravio del Ministerio de Salud – El Estado.



Por último, el Árbitro Único verifica que el referido Juzgado Penal ha determinado que no existe responsabilidad penal de parte del Consultor fundamentalmente porque ha considerado que no ha existido una intención de cometer un ilícito penal; sin embargo, en la sentencia emitida por el Juez Penal no se analiza la validez del Contrato y/o la existencia de un vicio de nulidad del mismo, motivo por el cual esta sentencia no aporta mayores elementos de juicios para la materia analizada en este momento.

- d) De lo expuesto anteriormente, queda claro que aun cuando se hubiese sometido a arbitraje la validez de la nulidad del Contrato, de los argumentos expresados por el Consultor no se podría determinar que dicha nulidad es inválida y/o no debería surtir efectos.
- e) De otro lado, queda claro que la Entidad ha pagado al Consultor los montos correspondientes a los entregables Nº 1, 2 y 3 del Contrato; sin embargo, habiéndose declarado la nulidad del referido Contrato, no existe una causa o motivo jurídico que justifique tales pagos, motivo por el cual se deben considerar como pagos indebidos.
- f) Al respecto, el artículos 1267 del Código Civil establece:

Pago indebido por error de hecho o de derecho
Artículo 1267.- El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió.

- g) En ese sentido, queda claro que la Entidad tiene el derecho de solicitar al Consultor la restitución del pago indebido que ha realizado, motivo por el cual corresponde ordenar al Consultor que pague o reembolse a favor de la Entidad la suma de S/. 21,880.00 (Veintiún mil ochocientos ochenta y 00/100 Soles).



- h) Sin embargo, en su escrito de contestación de demanda, el Consultor indica que la nulidad del Contrato tiene efectos restitutorios generales y que deben afectar a ambas partes (ambas partes debe restituirse recíprocamente las prestaciones), afirmando que mientras que uno de los contratantes no realice la devolución, no puede el otro ser obligado con la devolución.
- i) Este Árbitro Único no encuentra mayor fundamento tomar en cuenta el argumento de defensa del Consultor para no proceder con la devolución a favor de la Entidad, toda vez que no existe una norma que establezca tal condicionamiento (de que la devolución debe ser recíproca y simultanea) y, además, en doctrina tampoco se encuentra desarrollado. Asimismo, como se ha indicado anteriormente, el Árbitro se debe limitar a pronunciarse sobre la materia que ha sido sometida a su conocimiento, siendo que en este caso en concreto el Consultor no ha pretendido la devolución de las pretensiones que habría percibido la Entidad en ejecución del Contrato, sin perjuicio que tiene habilitadas las vías para realizar dicha reclamación en la vía correspondiente, de acuerdo a Ley.
- j) De otro lado, en relación a los intereses, es necesario mencionar lo establece el artículo 1271 del Código Civil:

Restitución de intereses o frutos por pago indebido de buena fe

Artículo 1271.- El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

k) Al respecto, conforme a la naturaleza de las deudas y los intereses que éstas acarrean, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁵:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, ni la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

- l) En el caso materia de la controversia, se ha determinado que el Consultor de pagar a favor de la Entidad a la suma de S/. 21,880.00 (Veintiún mil ochocientos ochenta y 00/100 Soles), es decir, se ha determinado que el Consultor tiene una deuda a favor de la Entidad. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que debe ser cancelada, corresponde declarar que la Entidad tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.
- m) Al respecto, el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242º del Código Civil, siendo este último el interés reclamado por el Contratista.
- n) Asimismo, el artículo 1246º del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.



encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal⁶. En ese sentido, siendo que las partes no han pactado ningún tipo de interés, nos regiremos por los intereses legales a los que hace alusión el artículo 1246º del Código Civil.

- o) Al respecto, el artículo 1244º del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.
- p) Finalmente, corresponde determinar la fecha desde la que se deberá computar los intereses moratorios. Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando la Entidad incurrió en mora. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos el artículo 1334º del Código Civil dispone que:

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

- q) Asimismo, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071 establece:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores, p.533.



- r) De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha en que la Entidad haya iniciado el presente arbitraje. En ese sentido, al ser un arbitraje institucional bajo las reglas del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, el arbitraje se entiende iniciado con la presentación de la demanda, lo cual se realizó el 6 de agosto de 2013.

En conclusión, corresponde declarar fundada la pretensión de la demanda de fecha 6 de agosto de 2013, de acuerdo a los términos expuestos precedentemente.

Respecto al punto en controversia de la reconvención:

En el Acta de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 19 de febrero de 2016, y en base a la única pretensión contenida de la reconvención de fecha 17 de setiembre de 2013, se fijó el siguiente punto controvertido:

2. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague la suma de S/. 5,470.00 (Cinco mil cuatrocientos setenta y 00/100 Soles) por concepto de trabajo brindado en el Contrato.

Sobre el particular, de lo expuesto por las partes y de los medios probatorios que obra en el expediente, podemos concluir lo siguiente:

- a) Cabe precisar que en el numeral 6 del escrito del Consultor de fecha 17 de setiembre de 2013 (donde plantea la contestación de demanda y reconvención), se indica lo siguiente:

"(...) PARASALUD II solo realizó el pago de los tres primeros entregables, adeudando el cuarto pago



ascendente a S/. 5 470 (Cinco Mil Cuatrocientos Setenta y 00/100 Nuevos Soles. Asimismo, debo señalar que PARASALUD II tampoco reconoció los gastos de traslado, alojamiento y demás viáticos en los que incurri en la prestación de mis servicios profesionales durante el tiempo de consultoría."

- b) En ese orden de ideas, se puede observar que en este punto controvertido se está discutiendo si la Entidad debe cumplir o no con pagar al Consultor por el cuarto entregable y otros conceptos como consecuencia de la ejecución del Contrato.
- c) Sin embargo, en vista que el Contrato ha sido declarado nulo, no existe fuente de la obligación que el Consultor está reclamando, por lo que carece de objeto analizar si la Entidad debía o no pagar a favor del Consultor los conceptos reclamados, toda vez que, como se ha indicado anteriormente, estos conceptos tienen como sustento la ejecución de un contrato que ha sido declarado nulo.

En conclusión, corresponde declarar infundada la pretensión de la reconvención de fecha 17 de setiembre de 2013, de acuerdo a los términos expuestos precedentemente.

Respecto a los costos del arbitraje:

En este punto corresponde determinar quién debe asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

En primer lugar, se precisa que el numeral 1) del artículo 72º de la Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciaran en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que el árbitro debe tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma 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, esta regla muestra una excepción en el mismo numeral, precisando que el Arbitro Único podrá distribuir y prorrinar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Regla similar se encuentra establecida en el artículo 59 del T.U.O. del Reglamento SNA-OSCE.

En el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Arbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En el presente arbitraje, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral. Además, el Arbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, por lo que el Árbitro Único estima que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia de plantear sus propias pretensiones y/o defensas; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió incurrir como consecuencia del presente proceso.

Por las razones expuestas, el árbitro único, en Derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión contenida en la demanda de fecha 6 de agosto de 2013, de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa de este laudo, en consecuencia, **ORDÉNESE** al señor Juan Fortunato Escudero Casquino que pague a favor del Programa de Apoyo a la



Reforma del Sector Salud Segunda Fase – Ministerio de Salud la suma de ./ 21,880.00 (Veintiún mil ochocientos ochenta y 00/100 Soles), más el pago del interés moratorio correspondiente que se computarán desde la fecha en que se presentó demanda de fecha 6 de agosto de 2013 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago antes mencionado.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión contenida en la reconvención de fecha 17 de setiembre de 2013, de acuerdo a los términos expuestos en la parte considerativa de este laudo.

TERCERO: DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió por la interposición de sus respectivas pretensiones y/o defensas; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Árbitro Único, del Secretario Arbitral, su defensa legal, entre otros.

CUARTO: Notifíquese y remítase a las partes el presente Laudo Arbitral



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Árbitro Único