

Lima, 3 de septiembre de 2019

Señores
MINISTERIO DE SALUD
Av. Arequipa N° 810 (piso 9)
Cercado de Lima.-



Ref.: Caso Arbitral N° 0314-2018-CCL

De mi consideración:

En relación al caso arbitral de la referencia, cumplimos con notificarles los siguientes documentos:

- El Laudo Arbitral emitido en mayoría con fecha 2 de septiembre de 2019 y depositado en el Centro de Arbitraje con la misma fecha.
- El voto discrepante emitido por el árbitro Claudio Lava Cavassa con fecha 2 de septiembre de 2019 y depositado en el Centro de Arbitraje con la misma fecha.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


FIGRELLA CASAVARDE COTOS
Secretaria Arbitral

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**



Caso Arbitral N° 0314-2018-CCL

Latina Media S.A.

vs.

Ministerio de Salud

LAUDO

Tribunal Arbitral

Rita Sabroso Minaya (Presidenta)

Claudio Lava Cavassa (Árbitro)

Rafael Viera Arévalo (Árbitro)

Secretaria Arbitral

Fiorella Casaverde Cotos

Lima, 2 de septiembre de 2019

Orden Procesal N° 9

En la ciudad de Lima, con fecha 2 de septiembre de 2019, en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro), sita en la Avenida Giuseppe Garibaldi 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunió el Tribunal Arbitral a efectos de emitir el presente Laudo.

I. CONVENIO ARBITRAL

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

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

El arbitraje será institucional y resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. EL CONTRATISTA propone el siguiente orden de prelación:

1	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
2	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

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

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

II. ANTECEDENTES

- Con fecha 4 de julio de 2018, Latina Media S.A. (en adelante, Latina) solicitó el inicio de un arbitraje, designando como árbitro al abogado Claudio Lava Cavassa, quien aceptó con fecha 28 de agosto de 2018.
- Con fecha 24 de julio de 2018, el Ministerio de Salud (en adelante, el Ministerio) contestó la solicitud de arbitraje, proponiendo la designación de Árbitro Único.

- Mediante sesión del Consejo Superior de Arbitraje, de fecha 15 de agosto de 2018, se designó como árbitro al abogado Rafael Viera Arévalo, quien aceptó con fecha 21 de agosto de 2018.
- Con fecha 4 de octubre de 2018, los árbitros Lava y Arévalo informaron al Centro sobre la designación de la abogada Rita Sabroso Minaya como Presidenta del Tribunal Arbitral.
- Mediante correo electrónico de fecha 12 de octubre de 2018, la Secretaria Arbitral comunicó a la árbitro Sabroso su designación como Presidenta del Tribunal Arbitral, quien aceptó con fecha 25 de octubre de 2018.¹
- Mediante Orden Procesal N° 1, de fecha 16 de noviembre de 2018, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten observaciones al proyecto de reglas arbitrales.
- Con fecha 16 de noviembre de 2018, la Secretaria Arbitral notificó a las partes —vía correo electrónico— la aceptación de la Presidenta y la Orden Procesal N° 1.
- Con fecha 23 de noviembre de 2018, Latina formuló algunas sugerencias al proyecto de reglas.
- Mediante Orden Procesal N° 2, de fecha 3 de diciembre de 2018, se otorgó al Ministerio un plazo de tres (3) días hábiles, para que manifieste si está de acuerdo con las propuestas del demandante.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 5 de diciembre de 2018, el Ministerio manifestó su conformidad con las propuestas de Latina.
- Mediante Orden Procesal N° 3, de fecha 11 de diciembre de 2018, se aprobaron las reglas del proceso y se otorgó a Latina un plazo de veinte (20) días para presentar su demanda.
- Con fecha 10 de enero de 2019, Latina presentó su escrito de demanda.
- Mediante Comunicación de fecha 11 de enero de 2019, la Secretaria otorgó al Ministerio un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su contestación de demanda y/o reconvencción.
- Con fecha 12 de febrero de 2019, el Ministerio contestó la demanda.

¹ Con fecha 15 de noviembre de 2018, amplió su declaración.

- Mediante Orden Procesal N° 4, de fecha 7 de marzo de 2019, se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios, se otorgó al Ministerio un plazo de diez (10) días para la inscripción del proceso en el SEACE y, finalmente, se otorgó a las partes un plazo similar para la presentación de alegatos escritos.
- Con fecha 19 de marzo de 2019, el Ministerio presentó sus alegatos.
- Con fecha 21 de marzo de 2019, Latina presentó sus alegatos y ofreció nuevos medios probatorios.
- Mediante Orden Procesal N° 5, de fecha 28 de marzo de 2019, se tuvo por presentados los escritos de alegatos de las partes y se otorgó al Ministerio un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno a los nuevos medios probatorios de su contraparte.
- Mediante Orden Procesal N° 6, de fecha 24 de abril de 2019, se dejó constancia de que el Ministerio no absolvió el traslado conferido mediante Orden Procesal N° 5; se admitieron los nuevos medios probatorios ofrecidos por Latina; se otorgó nuevamente al Ministerio un plazo de diez (10) días para que acredite la inscripción en el SEACE; y se citó a las partes a la Audiencia Única.
- Por escrito presentado con fecha 29 de abril de 2019, el Ministerio cumplió con acreditar la inscripción del proceso en el SEACE.
- Con fecha 15 de mayo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia Única, en donde se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus conclusiones finales y los medios probatorios que consideren pertinentes. Asimismo, se requiere al Ministerio para que en dicho plazo adjunte la carta a través de la cual se requirió al BCP la ejecución de la carta fianza.
- Con fecha 21 de mayo de 2019, Latina presentó su escrito de conclusiones.
- Con fecha 22 de mayo de 2019, el Ministerio presentó documentación adicional.
- Mediante Orden Procesal N° 7, de fecha 31 de mayo de 2019, se tuvo presente los escritos de Latina y del Ministerio; se dejó constancia de que el Ministerio no cumplió con presentar la carta por medio de la cual se requirió al BCP la ejecución de la carta fianza bancaria; y se otorgó a Latina un plazo de cinco (5) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno a los nuevos medios probatorios presentados por el Ministerio.
- Con fecha 7 de junio de 2019, Latina absolvió el traslado conferido mediante Orden Procesal N° 7.

- Mediante Orden Procesal N° 8, de fecha 20 de junio de 2019, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Orden Procesal N° 7 por parte de Latina; se admitieron los nuevos medios probatorios presentados por el Ministerio; y se fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles. Dicho plazo vencerá el 2 de septiembre de 2019.

III. CUESTIONES PREVIAS

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas para el presente caso; (iii) que Latina presentó su demanda dentro del plazo establecido en el Reglamento del Centro; (iv) que el Ministerio dentro del plazo conferido contestó la demanda; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vi) que las partes han presentado sus alegatos escritos y han informado oralmente en la Audiencia respectiva; y (vii) que el Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en el Reglamento del Centro.

IV. CONSIDERANDO

1. Que Latina interpone demanda, a efectos de que se amparen las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN AUTÓNOMA

Que se declare que la resolución parcial del Contrato N° 064-2017-MINSA, del 4 de julio de 2017, es inválida y/o ineficaz.

SEGUNDA PRETENSIÓN AUTÓNOMA

Que se ordene al MINSA a pagar una indemnización ascendente a S/81,699.66 (Ochenta y un mil seiscientos noventa y nueve con 66/100 Soles), como consecuencia del daño emergente que ha ocasionado al ejecutar la Carta Fianza N° D000-2835554, así como los intereses devengados hasta la fecha en que se produjo el daño.

PRETENSIÓN ACCESORIA A TODAS LAS PRETENSIONES AUTÓNOMA

Que se ordene al MINSA a pagar la totalidad de los gastos arbitrales, así como las costas procesales (honorarios de los abogados).

2. Que el Ministerio contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, en ese sentido y de conformidad con lo establecido en la Orden Procesal N° 4, de fecha 7 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral procede a:

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE QUE LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO N° 064-2017-MINSA, DEL 4 DE JULIO DE 2017, ES INVÁLIDA Y/O INEFICAZ

Posición de Latina

- 3.1. Que las partes suscribieron un Contrato, en virtud del cual el demandante se obligó a difundir 145 mensajes publicitarios relativos a campañas de salud del Ministerio en las señales de Latina (Canal 2) y Panamericana Televisión (Canal 5), en mérito de una alianza comercial entre dichos canales.
- 3.2. Que, por un error, no se transmitió un (1) spot publicitario, el cual representaba menos de 1% del total de prestaciones en términos cuantitativos y el 0.215% en términos económicos.
- 3.3. Que los 144 spots publicitarios restantes fueron debidamente ejecutados y, precisamente por ello, el Ministerio pagó el total de la prestación pactada en el Contrato. Es evidente que el demandado vio satisfecho el interés que tenía en el Contrato. De igual manera, se debe tener presente que pasó casi un año para que el demandado decidiera resolverlo por este incidente.
- 3.4. Que la conducta del Ministerio durante la ejecución y resolución del Contrato ha sido contraria a la buena fe.
- 3.5. Que el ejercicio abusivo del acreedor de su facultad de resolver el Contrato es sancionable. Y lo es con la invalidez o ineficacia de la acción resolutoria.
- 3.6. Que el error de no transmitir un spot no constituye un incumplimiento esencial. Es así, que dicha entidad recién advirtió el incumplimiento cinco meses después de ocurrida la omisión.
- 3.7. Que la teoría del incumplimiento esencial es una manifestación del deber general de buena fe que rige los contratos; deber regulado en el artículo 1362 del Código Civil, así también recogido por la jurisprudencia nacional.
- 3.8. Que la teoría del incumplimiento esencial no es ajena al ordenamiento jurídico peruano. Por ello su análisis no puede ser omitido al momento de interpretar un acto jurídico. En ese sentido, resultaría incorrecto que el Tribunal no admita el análisis de dicha teoría al momento de resolver.
- 3.9. Que la teoría del incumplimiento esencial forma parte del deber general de buena fe, la buena fe resulta aplicable a todos los contratos, tal como lo exige nuestro ordenamiento jurídico. Los contratos de administración pública también se rigen por el deber de la buena fe y, en consecuencia, por la teoría del incumplimiento esencial.

- 3.10. Que con el Contrato se buscaba informar y sensibilizar a la población sobre el virus de la influenza y papiloma humano, así como la parasitosis. Dicho objetivo fue cumplido.
- 3.11. Que no sería lógico pensar que porque 1 spot de los 145 no fue transmitido el Contrato no hubiese cumplido su objetivo y que ello constituye un incumplimiento, más aún cuando dicho spot representaba menos de 1% del total de prestaciones términos cuantitativos y el 0.215% en términos económicos.
- 3.12. Que la finalidad del contrato es uno de los factores a evaluar para determinar si corresponde la resolución por incumplimiento, dado que, si el interés del acreedor subyacente al contrato se ha visto satisfecho a pesar de la inejecución parcial, entonces no cabe resolver.
- 3.13. Que el Ministerio pretende ejercer una resolución parcial por una omisión que representó aproximadamente el 1% del total de las prestaciones (en términos cuantitativos), más aún cuando el Contrato sí cumplió con su finalidad práctica, e inclusive cuando Latina le emitió una Nota de Crédito para resarcir le omisión.
- 3.14. Que la conducta del Ministerio contraviene la Teoría de los Actos Propios.
- 3.15. Que, en el supuesto negado de que el incumplimiento de Latina posibilitara la resolución, el Ministerio habría perdido dicha posibilidad, al haber convalidado dicho incumplimiento al solicitar una nota de crédito por el valor del spot publicitario no transmitido.
- 3.16. Que la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato no recoge una cláusula resolutoria expresa, debido a que no se ha detallado con precisión cuál sería el incumplimiento que generaría la resolución.
- 3.17. Que ni siquiera se han enumerado causales de resolución ni las obligaciones cuyo incumplimiento específicamente generaría la resolución del contrato. Lo único que dicha cláusula hizo fue remitirse a la Ley de Contrataciones con el Estado y a su Reglamento.
- 3.18. Que la teoría del incumplimiento esencial sí es aplicable al caso, pues es una manifestación del deber de buena fe. Asimismo, el Contrato cumplió con su finalidad pese a la omisión de un spot de los 145 spots publicitarios materia de contratación, por lo que el incumplimiento no era esencial. Finalmente, el supuesto incumplimiento alegado por el Ministerio no estuvo pactado como una causal de resolución expresa del Contrato.
- 3.19. Que lo que resulta más grave es que el Ministerio ha resuelto el Contrato luego de que el mismo había finalizado, ya que como se aprecia de la Cláusula

Quinta del Contrato, el plazo contractual se extendía hasta diciembre de 2017 y la carta resolutoria se notificó a Latina el 24 de mayo de 2018 (cuatro meses después de haber concluido el Contrato).

- 3.20. Que el Ministerio ha violado el deber de buena fe durante la ejecución del Contrato, pues ante la omisión del spot en la fecha acordada, lo que debió ocurrir era que dicha entidad requiera su transmisión dentro del plazo de vigencia del Contrato, el mismo que se extendía hasta diciembre de 2017.
- 3.21. Que, de haberse desarrollado dicho escenario, lo que habría ocurrido es que el Ministerio hubiese aplicado una penalidad por el retraso en la transmisión, de conformidad con la Cláusula Décimo Tercera del Contrato.
- 3.22. Que, sin embargo, el Ministerio resolvió parcialmente el Contrato luego de finalizado el mismo, situación que contraviene lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, aun cuando Latina cumplió con remediar su error a través de la nota de crédito solicitada por la propia Entidad. Ello configura un actuar de mala fe.
- 3.23. Que, en otras palabras, el daño que podría haberse generado fue resarcido en el momento que se emitió una nota de crédito a favor del Ministerio. El monto de la nota de crédito se tomó en consideración al momento del pago, ya que se redujo el mismo.
- 3.24. Que, siguiendo la Doctrina de los Actos Propios, el Ministerio habría perdido la posibilidad de una resolución contractual, al haber convalidado el incumplimiento (cuando solicitó la nota de crédito por el valor del spot publicitario no transmitido).

Posición del Ministerio de Salud

- 3.25. Que el ordenamiento jurídico solo regula la resolución de Contrato; sin embargo, la figura de la relevancia del incumplimiento no ha sido regulado por el legislador peruano.
- 3.26. Que estamos frente a un contrato de contratación pública, en donde analizar la relevancia del incumplimiento devendría en un razonamiento individualista.
- 3.27. Que la doctrina nacional es de la opinión que la magnitud o importancia del incumplimiento no se discute en los casos de resolución operada por la aplicación de una cláusula resolutoria expresa.
- 3.28. Que la doctrina extranjera considera que el camino para determinar la posibilidad de resolución es examinando la existencia o inexistencia del incumplimiento, y no categorizando la gravedad o levedad.

- 3.29. Que el incumplimiento del Contratista ha sido esencial, toda vez que producto de ello se dejó de emitir un aviso publicitario que era parte integrante de una campaña publicitaria. En el presente caso, no se cumplió con el objeto del contrato.
- 3.30. Que el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determina los requisitos para las modificaciones que se hagan en los contratos, siempre que no se cambien los elementos esenciales del objeto de la contratación.
- 3.31. Que, si bien ambas partes aceptaron modificatorias del contrato primigenio, a través de Adendas, en ninguna de ellas se modificaron los elementos esenciales del objeto de la contratación, siendo uno de estos, la cantidad de avisos publicitarios contratados, pues de lo contrario contravendría el referido artículo 142.
- 3.32. Que, si bien el incumplimiento se materializó el 8 de julio de 2017, se debe tener en cuenta que la conformidad del servicio debía ser otorgada por la Oficina de Comunicación Estratégica.
- 3.33. Que el Ministerio una vez que tuvo conocimiento del incumplimiento solicita la emisión de una nota de crédito para poder gestionar el pago respectivo del Contrato, es decir, poder realizar el descuento de aquello que el contratista había incumplido.
- 3.34. Que no es cierto que el Ministerio no haya expresado ningún desacuerdo o incluso si hubiera guardado silencio, el mismo no puede tener la misma categoría que una manifestación expresa de voluntad cuando se trata de la creación o extinción de derechos.
- 3.35. Que cuando la contraparte pretende fundar la doctrina de los actos en simplemente una conducta original, es incorrecto, pues un elemento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la referida doctrina es el carácter inequívoco de expresar una voluntad, lo cual no sucedió.
- 3.36. Que no existió la conducta atribuida al MINSA, pues el contratista no ha probado que la Entidad tuviese conocimiento de la emisión de la nota de crédito, puesto que nunca fue notificada al respecto.
- 3.37. Que, si se considera que existió algún tipo de conducta que pudiera interpretarse como superado el incumplimiento del Contratista por parte de la Entidad, esta conducta es insuficiente, para que se aplique la doctrina.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.38. Que, como se aprecia de la reseña de la posición de las partes, Latina cuestiona que se haya resuelto parcialmente el contrato por haber omitido la transmisión de un solo spot publicitario, por lo cual requiere que se declare ineficaz o inválida la resolución del Contrato.
- 3.39. Que, sobre el particular, debemos recordar que la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, establece que "cualquiera de las partes puede resolver el Contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3. del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".
- 3.40. Que, por su parte, el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

(...)"

- 3.41. Que, asimismo, el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (vigente al momento de la controversia) regula las causales para la resolución del Contrato.
- 3.42. Que, en el presente caso, mediante Carta Notarial N° 111-2018-OGA/MINSA, de fecha 23 de mayo de 2018,² el Ministerio informa que "(...) la Oficina General de Comunicaciones (en adelante el área usuaria) comunicó que **su representada no ha cumplido con sus obligaciones contractuales que derivan del Contrato; asimismo, señaló que dicho incumplimiento no puede ser revertido**, por lo que dicha situación conlleva a que la Entidad realice los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado (...) y el Reglamento (...)" (Resaltado agregado).
- 3.43. Que, asimismo, en la referida Carta Notarial se hace referencia al artículo 136 del Reglamento (vigente al momento de la controversia), el cual establece lo siguiente:

"Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante

² Notificada a Latina con fecha 24 de mayo de 2018.

carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

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

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

- 3.44. Que, como se aprecia, el citado artículo contempla la posibilidad de que la Entidad pueda resolver un contrato, sin requerimiento previo, cuando:
- (i) Se deba a la acumulación del máximo de penalidad; o
 - (ii) La situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
- 3.45. Que, en efecto, la regla para la resolución de un Contrato es la intimación previa; sin embargo, el artículo 136 del Reglamento contempla una excepción a dicha regla.
- 3.46. Que, como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración.
- 3.47. Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.
- 3.48. Que, en tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 136 del Reglamento.
- 3.49. Que en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato no se establece un mecanismo particular para resolver el contrato, sino que se hace referencia al procedimiento establecido en dicho artículo, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

- 3.50. Que el mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría ningún impedimento para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.
- 3.51. Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.
- 3.52. Que el requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.
- 3.53. Que se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.
- 3.54. Que, así, la intimación, es un acto unilateral y recepticio, sujeto a requisitos de forma y de contenido. Adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor incumpliente para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar al incumpliente que se procede a resolver el contrato).
- 3.55. Que, en el presente caso, la omisión del spot fue el 8 de julio de 2017, por lo que a partir de ese momento la Entidad debía seguir el procedimiento establecido en el citado artículo 136 del Reglamento, a efectos de proceder con una resolución parcial válida del Contrato.
- 3.56. Que la excepción contemplada en el artículo 136 del Reglamento (relativa a situaciones de incumplimientos que no puedan ser revertidos), no implica que la Entidad que no cumplió con el procedimiento de intimación establecido imperativamente, pueda luego resolver un contrato.
- 3.57. Que, en otras palabras, la prerrogativa que se establece en dicha excepción no está pensada para subsanar la omisión de una Entidad en el cumplimiento estricto de un procedimiento imperativo.
- 3.58. Que, a lo largo del proceso, el Ministerio no explicó ni menos aun acreditó que impidió iniciar el procedimiento —establecido como regla— para la resolución del Contrato.
- 3.59. Que, por el contrario, en el presente caso, estamos frente a una resolución comunicada diez (10) meses después del incumplimiento.

- 3.60. Que, incluso, se debe tener presente que el servicio terminó de brindarse en diciembre de 2017; sin embargo, la Entidad esperó casi cinco (5) meses después para informar que resolvía parcialmente el Contrato.
- 3.61. Que, como sabemos, en el caso de la resolución por incumplimiento, es una parte (la que viene cumpliendo con sus obligaciones o está dispuesta a cumplirlas) la que ha decidido apartarse de la relación contractual, en la medida que su contraparte ha actuado de manera contraria a los deberes impuestos por el contrato celebrado.
- 3.62. Que ello significa que el contratante honesto decide resolver el contrato para dejar sin efecto la relación contractual.
- 3.63. Que tal situación acarreará como consecuencia que, a partir del momento de la resolución del contrato, las obligaciones pendientes de cumplimiento queden sin efecto, de tal manera que ellas ya no se tendrán que cumplir.
- 3.64. Que, sin embargo, en el presente caso, no existían prestaciones pendientes de ejecución a cargo ni de Latina ni del Ministerio.
- 3.65. Que, en efecto, el Ministerio ya había efectuado el pago por el servicio brindado por Latina, mucho antes de la resolución parcial del Contrato.
- 3.66. Que, incluso, el Ministerio —mediante correo electrónico de fecha 26 de diciembre de 2017— solicitó a Latina la emisión —con carácter de urgente— de una Nota de Crédito por la suma de S/ 1,749.54 (monto que equivalía al spot no emitido el 8 de julio de 2017).
- 3.67. Que, de esta manera, Latina emite la Nota de Crédito solicitada y el Ministerio cumple con el pago con fecha 8 de enero de 2018.
- 3.68. Que, en otras palabras, al 8 de enero de 2018 ya no existía ninguna obligación pendiente de ejecución (ni por Latina ni por el Ministerio); sin embargo, más de cuatro (4) meses después, el Ministerio pretende resolver parcialmente el Contrato.
- 3.69. Que, en torno a la relevancia del incumplimiento, se debe tener presente que las normas sobre contratación estatal no diferencian la magnitud ni relevancia del incumplimiento, a efectos de que la Entidad proceda conforme a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento.
- 3.70. Que, en otras palabras, habiéndose incumplido con la transmisión de uno de los spots del 8 de julio de 2017, la Entidad debió otorgar plazo para que Latina cumpla con subsanar dicho incumplimiento, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

- 3.71. Que, sin embargo, en el presente caso, el Ministerio no cumplió con el procedimiento establecido de forma imperativa en el referido artículo 136, por lo cual no resulta válida la resolución efectuada cinco (5) meses después de que, incluso, ya había pagado por el servicio (restando —vía la Nota de Crédito respectiva— el valor del spot no transmitido).
- 3.72. Que, en consecuencia, corresponde amparar la primera pretensión autónoma de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE AL MINSA A PAGAR A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE UNA INDEMNIZACIÓN ASCENDENTE A S/, 81.699.66 (OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON 66/100 SOLES), COMO CONSECUENCIA DEL DAÑO EMERGENTE QUE HA OCASIONADO AL EJECUTAR LA CARTA FIANZA N° D000-2835554. ASÍ COMO LOS INTERESES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EN QUE SE PRODUJO EL DAÑO

Posición de Latina

- 3.73. Que, en la Cláusula Séptima del Contrato, se estableció que Latina debía entregar a la Entidad una carta fianza de fiel cumplimiento del Contrato, la cual debía mantenerse vigente hasta que se otorgue la conformidad de la recepción de la prestación.
- 3.74. Que dicha obligación fue cumplida por Latina mediante la entrega de la Carta Fianza N° D000-02658025, ascendente a S/ 81,699.66.
- 3.75. Que Latina tiene derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios que se han ocasionado como consecuencia del incumplimiento del demandado.
- 3.76. Que Latina cumple con los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil: (i) el Ministerio resolvió el Contrato de manera injustificada e incumplió con el deber de buena fe que debe primar en toda relación contractual; (ii) Latina ha sufrido daños patrimoniales; (iii) existe relación de causalidad entre el incumplimiento del demandado y los daños sufridos por Latina.
- 3.77. Que el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es la antijuridicidad de la conducta imputada. En el campo de la responsabilidad contractual dicha antijuridicidad se manifiesta a través del incumplimiento de obligaciones contractuales. En este caso, el Ministerio incumplió su obligación de actuar de buena fe.
- 3.78. Que el daño emergente se encuentra acreditado con el estado de cuenta de Latina, en el Banco de Crédito del Perú, en el cual se puede apreciar la salida de fondos ascendentes a S/ 81,699.66.

- 3.79. Que para que la relación de causalidad se configure debe existir una conexión lógico-jurídica entre el incumplimiento imputado y los daños ocasionados.
- 3.80. Que, específicamente, fue la resolución contractual indebida por parte del Ministerio, la que provocó que el patrimonio de Latina se vea disminuido en S/ 81,699.66.
- 3.81. Que el Ministerio incumplió el deber de buena fe al haber ejecutado la carta fianza por un monto sumamente mayor al valor del spot no transmitido.
- 3.82. Que el Ministerio pretende confundir al Tribunal al afirmar que existe una ruptura del nexo causal debido a que la ejecución de la Carta Fianza y la resolución del Contrato no guardan relación alguna.
- 3.83. Que el Ministerio no ha acompañado en su contestación, ningún medio probatorio que pruebe que la ejecución de la carta fianza se debió a su no renovación.
- 3.84. Que dicha afirmación resulta inverosímil cuando la ejecución de la carta fianza se realizó solo días después de haberse resuelto parcialmente el Contrato.
- 3.85. Que, si la ejecución de la carta fianza se habría producido debido a su no renovación, estaría probado que el MINSa no podía ejecutar dicha carta fianza toda vez que fue renovada antes de su fecha de vencimiento, de modo que su ejecución también fue indebida, configurándose así una conducta antijurídica.
- 3.86. Que el Ministerio ha actuado con culpa inexcusable, o cuando menos culpa leve, al momento de incumplir su obligación de actuar de buena fe en la ejecución del Contrato.

Posición del Ministerio de Salud

- 3.87. Que la existencia de responsabilidad contractual requiere la argumentación y acreditación de lo siguiente:
 - a) Incumplimiento de la obligación (conducta antijurídica).
 - b) El incumplimiento debe causarle perjuicios al acreedor (daño causado: emergente y/o lucro cesante).
 - c) Los perjuicios deben ser imputables al deudor (nexo causal).
 - d) Relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.
- 3.88. Que el demandante no ha desarrollado ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual, motivo por el cual el Ministerio se encuentra

en indefensión, toda vez que no puede ejercer su defensa sobre la presunta existencia de responsabilidad contractual y la respectiva indemnización, si previamente no se ha desarrollado los elementos concurrentes de dicha responsabilidad.

- 3.89. Que dicha ausencia implicaría ejercer una defensa en abstracto, teniendo en cuenta que en el demandante recaería la carga de la prueba por la afirmación de los hechos; y, posteriormente a la presentación de argumentación y medios probatorios correspondería al Ministerio desacreditar sus afirmaciones.
- 3.90. Que, de los argumentos expuestos por el Contratista, no se desprende cuál es el daño que se pretende indemnizar. No existe relación entre la carta fianza y la resolución del Contrato, ya que ambos se produjeron por causas distintas.
- 3.91. Que, en el caso de la Carta Fianza, su ejecución se produjo porque el demandante no cumplió con renovar la Carta Fianza antes del vencimiento; mientras que la resolución se produjo por el incumplimiento de emitir un aviso publicitario. Ello evidencia la ruptura del nexo causal.

Posición del Tribunal Arbitral en mayoría³

- 3.92. Que, como sabemos, se puede solicitar una indemnización a efectos de resarcir un daño ocasionado. Sin embargo, para que ello pueda ser ordenado, deben concurrir tres elementos; a saber: ⁴
- (a) Inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;
 - (b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y
 - (c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.
- 3.93. Que, sobre el particular, Taboada⁵ señala que los requisitos comunes a la responsabilidad civil son:
- (i) La antijuridicidad;
 - (ii) El daño causado;

³ Se deja constancia de que, en torno a este punto controvertido, el doctor Claudio Lava Cavassa emite una opinión discrepante.

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». p. 398. Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1o%20s.pdf>

⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2003, p. 32.

- (iii) La relación de causalidad; y
 - (iv) Los factores de atribución.
- 3.94. Que, en el presente caso, tal y como se aprecia del escrito de demanda,⁶ Latina plantea la pretensión indemnizatoria, en el entendido de que la carta fianza fue ejecutada porque el Ministerio resolvió el Contrato y porque el Ministerio habría incumplido con el deber de buena fe.
- 3.95. Que, sin embargo, en el transcurso del proceso, Latina tomó conocimiento de que la carta fianza, en realidad, se habría ejecutado por una supuesta no renovación de la garantía.
- 3.96. Que, en efecto, conforme se aprecia de lo señalado y acreditado por el Ministerio (especialmente, en la contestación de demanda, en los escritos presentados con fechas 22 de mayo y 12 de junio de 2019, así como lo expuesto en la Audiencia Única, de fecha 15 de mayo de 2019), la carta fianza fue renovada únicamente porque supuestamente Latina no la renovó ni informó de ello oportunamente.
- 3.97. Que, en efecto, la Entidad adjuntó una carta dirigida al Banco de Crédito, en donde se señala que la ejecución se hace por "no renovación" de la carta fianza; a saber:

CARTA N° 59 -2018-OGAMINSA

Lima, 01 JUN. 2018

Señores
BANCO CREDITO DEL PERU
Av. Juan de Arona 893 sotano uno -- San Isidro
Presente.-



⁶ En el segundo párrafo del Literal B de la demanda (página 29), se señala lo siguiente:

"B. Respecto a la Segunda Pretensión Autónoma

(...)

Ello es así pues cumplimos con los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil: (i) el MINSa resolvió el contrato de manera injustificada e incumplió con el deber de buena fe que debe primar en toda relación contractual; (ii) nuestra empresa ha sufrido daños patrimoniales; (iii) existe relación de causalidad entre el incumplimiento del MINSa y los daños sufridos por nuestra parte".

Así, el ítem i de la demanda (página 29), Latina desarrolla el tema "El MINSa resolvió el Contrato de manera injustificada e incumplió el deber de buena fe que debe primar en todo contrato". (El subrayado es nuestro).

Luego, en el tercer y cuarto párrafos del numeral 3.24 de la demanda (página 31), se señala lo siguiente: "Específicamente, fue la resolución contractual indebida por parte del MINSa la que provocó que el patrimonio de Latina se vea disminuido (...). Tal como indicamos anteriormente, nuestra empresa cumplió (...) por lo que la resolución del contrato solo por una omisión equivalente al 0.2% (la cual fue resarcida en su momento) resulta un ejercicio abusivo del derecho.

Asimismo, el MINSa incumplió el deber de buena fe al haber ejecutado la carta fianza emitida por nuestra empresa por un monto sumamente mayor al valor del spot no transmitido, lo que generó el empobrecimiento de Latina (...)" (El subrayado es nuestro).

(...)

Dicho requerimiento se realiza en virtud a la condición de realización automática a solo requerimiento de la entidad y se encuentra sustentada en la no renovación de la carta fianza que garantiza el fiel cumplimiento del contrato 064-2017/MINSA derivada de la CD 021-2017/MINSA.

- 3.98. Que, sin embargo, Latina no sustentó su pretensión indemnizatoria en el tema de renovación; sino en el tema de la incorrecta resolución parcial del Contrato.
- 3.99. Que, en efecto, si bien Latina hace referencia a que existe "relación de causalidad entre el incumplimiento del MINSA y los daños sufridos", se centra en el tema de la resolución. Y, en estricto, la carta no se ejecutó por la resolución. Es decir, no hay nexo causal. Incluso, en el escrito del 19 de marzo de 2019, el Ministerio hizo énfasis en que la demandante no ha desarrollado los elementos de la responsabilidad y que por ello "se encuentra en indefensión (sic)". Ello, en la medida de que la validez o no de la ejecución de la carta fianza no ha sido sometida a conocimiento del Tribunal Arbitral.
- 3.100. Que, en efecto, tema aparte es si se ejecutó bien o mal la carta fianza en razón de la supuesta no renovación. Sin embargo, Latina no ha planteado una pretensión para que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la ejecución de la carta fianza.
- 3.101. Que, al respecto, debemos tener presente que el Minsa —en el numeral 3.46 de su contestación— indicó expresamente (más allá de que en ese momento no lo acreditó) que la ejecución fue por la supuesta no renovación.
- 3.102. Que, asimismo, dado que Latina asumía un hecho (no tenía la certeza por qué fue ejecutada la carta), pudo ofrecer como medio probatorio la exhibición del Ministerio de la carta por la cual ordenó al Banco la ejecución. Nunca lo hizo. Ni siquiera después de conocer los términos de la contestación.
- 3.103. Que, dentro de tal orden de ideas, si bien la segunda pretensión (indemnizatoria) está centrada en la ejecución indebida de la carta fianza, Latina —en los fundamentos de su demanda— la limitó expresamente a la indebida resolución del contrato.
- 3.104. Que si bien este Tribunal Arbitral pudo apreciar a lo largo del proceso que Latina sí renovó e informó oportunamente de dicha renovación a su contraparte, la demanda —tal y como ha sido planteada— no abarca dicho tema y, por ello, este Colegiado carece de competencia para emitir pronunciamiento sobre el particular.
- 3.105. Que, en ese sentido, ha quedado demostrado que la relación de causalidad invocada por Latina entre el supuesto hecho antijurídico (la resolución del

contrato) y el daño, no existe. Ello, en la medida de que la ejecución de la carta fianza no se sustentó en la resolución del contrato por la omisión del spot del 8 de julio de 2017.

- 3.106. Que, sin perjuicio de lo anterior, se deja a salvo el derecho de Latina para iniciar las acciones legales que estime conveniente, en torno a la supuesta no renovación de la carta fianza
- 3.107. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar la segunda pretensión autónoma de la demanda, en tanto no se sustentó en la renovación de la carta fianza.

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE AL MINSA A PAGAR LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS ARBITRALES ASÍ COMO LAS COSTAS PROCESALES (HONORARIOS DE LOS ABOGADOS)

- 3.108. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 3.109. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 3.110. Que el convenio arbitral recogido en la Cláusula Vigésima del Contrato no regula el tema de los costos arbitrales.
- 3.111. Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado del presente laudo. Al mismo tiempo, el Tribunal Arbitral estima que las partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía y que motivó el presente arbitraje. Finalmente, el Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes.
- 3.112. Que, dentro de tal orden de ideas, se estima razonable que:
- (i) Cada parte asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

3.113. Que, en torno a los honorarios arbitrales y gastos administrativos, se debe tener en cuenta lo indicado por la Secretaría Arbitral, mediante correo electrónico de fecha 24 de julio de 2019; a saber:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0314-2018-CCL	INSTALACIÓN	DEMANDANTE: LATINA MEDIA S.A.C (100%)	Pagó S/, 3,070.20	Pagó S/, 9,083.44
		DEMANDADO: MINISTERIO DE SALUD (0%)	-	-
	DEMANDA	DEMANDANTE: LATINA MEDIA S.A.C (100%)	Pagó S/, 19.88	Pagó S/, 53.22
		DEMANDADO: MINISTERIO DE SALUD (0%)	-	-

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0314-2018-CCL	S/ 3,090.08	S/ 9,136.66

*Montos sin I.G.V.

V. DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral por mayoría **RESUELVE**:⁷

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión autónoma de la demanda interpuesta por Latina Media S.A. y, en consecuencia, se declara inválida e ineficaz la resolución parcial del Contrato N° 064-2017-MINSA, de fecha 4 de julio de 2017.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión autónoma de la demanda interpuesta por Latina Media S.A., dejando a salvo el derecho de Latina Media S.A.

⁷ Se deja constancia de que, únicamente, en torno a la segunda pretensión de la demanda, el doctor Claudio Lava Cavassa emite una opinión discrepante.

para iniciar las acciones legales que estime conveniente, en torno a la supuesta no renovación de la carta fianza.

TERCERO: En torno a los costos arbitrales, se establece lo siguiente:

- (i) Cada parte asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje. En consecuencia, se ordena al Ministerio de Salud reembolsar a Latina Media S.A. la suma de S/ 4,568.33 (sin incluir IGV), por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y la suma de S/ 1,545.04 (sin incluir IGV), por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.



Rita Sabroso Minaya
Presidenta del Tribunal Arbitral

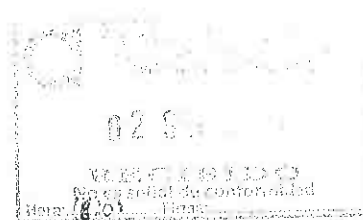
Claudio Lava Cavassa
Árbitro



Rafael Viera Arévalo
Árbitro



Fiorella Casaverde Cotos
Secretaria Arbitral



Lima, 2 de setiembre de 2019

Señores

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Srta. Fiorella Casaverde Cotos

Secretaria Arbitral

Ref.: Caso arbitral 0314-2018-CCL entre Latina Medios S.A. y Ministerio de Salud

Estimada Fiorella:

Adjunto a la presente sírvete encontrar seis (6) juegos originales de mi opinión discrepante en relación al laudo arbitral expedido por mis co-árbitros en la fecha, para que sea anexada al mismo.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudio Lava Cavassa'. The signature is written in a cursive style with a large loop at the top.

Claudio Lava Cavassa



En relación al caso arbitral N° 0314-2018-CCL seguido entre Latina Media S.A. ("Latina") y el Ministerio de Salud (el "Ministerio") bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de conformidad con el numeral 1 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1071, el árbitro suscrito expresa su opinión discrepante en forma parcial en relación únicamente al análisis de la segunda pretensión autónoma efectuado en el laudo arbitral y al segundo fallo en la parte resolutive. Los fundamentos del suscrito son los siguientes:

1. La segunda pretensión autónoma expuesta en la demanda solicita que el Tribunal Arbitral ordene al Ministerio pagar una indemnización ascendente a S/.81,699.66 (Ochenta y un mil seiscientos noventa y nueve con 66/100 Soles) como consecuencia del daño emergente ocasionado al haber ejecutado la Carta Fianza N° D000-2835554, así como los intereses devengados hasta la fecha en que se produjo el daño. No debe perderse de vista que la declaración de invalidez e ineficacia de la resolución del contrato y el reclamo de daños y perjuicios producto de la ejecución de la carta fianza han sido planteados como pretensiones autónomas. Es decir, procesalmente hablando, una cosa es que la resolución del contrato sea inválida e ineficaz y otra distinta es el daño causado por la ejecución de la carta fianza.
2. Es cierto que la propia Latina —en el punto B de su demanda (página 29) enfoca el tema de la responsabilidad en la resolución injustificada del contrato. Teniendo en cuenta el hecho de que el Ministerio nunca comunicó a Latina la razón por la que finalmente se produjo la ejecución de la carta fianza, el hecho mismo de que Latina cumplió con renovar la carta fianza y comunicar su renovación dentro del plazo establecido, así como la proximidad temporal entre la carta resolutoria y la ejecución de la carta fianza, el suscrito considera que los fundamentos fácticos expuestos en la demanda partían de una suposición por demás razonable en la posición de Latina.
3. Ha sido recién el 12 de junio de 2019 que el Ministerio ha ofrecido – y Latina ha tomado conocimiento – de la carta N° 159-2018-OGA/MINSA diligenciada notarialmente al Banco de Crédito del Perú el 5 de junio de 2019 mediante la cual se evidencia que la ejecución de la carta fianza *"se encuentra sustentada en la no renovación de la carta fianza que garantiza el fiel cumplimiento del contrato..."*
4. A lo largo del arbitraje ambas partes han tenido plena oportunidad para discutir y ofrecer documentos en torno a la renovación y la ejecución de la carta fianza. Al respecto, tanto en la Audiencia Única del 15 de mayo de 2019, como en diferentes escritos a lo largo del arbitraje, como por ejemplo, los escritos de Latina del 21 de mayo y 7 de junio de 2019, y del Ministerio del 22 de mayo y 12 de junio de 2019, las partes han discutido ampliamente y aportado documentos sobre la ejecución de la carta fianza y la pretensión indemnizatoria de Latina.
5. Así pues, en su escrito "Lo que se indica" del 21 de marzo de 2019, Latina expresa lo siguiente:

"3.6 (...)

Si bien se informó la renovación el mismo día del vencimiento, lo cierto es que la carta fianza se renovó antes de su vencimiento.

Entonces, el MINSa no se encontraba habilitado a ejecutar la carta fianza por falta de renovación, como ahora alega.

3.7 (...)

Así, la tesis del MINSa, respecto a que ejecutó la carta fianza por no haber sido supuestamente renovada, resulta aún más grave pues ejecutó la carta fianza cuando ya tenía conocimiento que la carta fianza había sido renovada.

(...)

4.3 (...)

No obstante, en el supuesto que ello haya sido así, es decir, que la ejecución de la carta fianza se haya debido a su no renovación, está probado que el MINSa no podía ejecutar dicha carta fianza toda vez que fue renovada antes de su fecha de vencimiento, de modo que su ejecución también fue indebida, configurándose así una conducta antijurídica."

6. A mayor abundamiento, en su escrito de "Conclusiones" del 21 de mayo de 2019, Latina señala lo siguiente:

"(...)

7. Según el MINSa, la carta fianza de fiel cumplimiento fue ejecutada porque Latina no la habría renovado. La carta fianza tenía como fecha de vencimiento el 31 de mayo de 2018. Latina la renovó el 29 de mayo del mismo año y ello le fue comunicado al MINSa el 31 de mayo. Pese a ello, el 5 de junio del 2018, el MINSa solicitó al BCP que ejecute el valor total de la carta fianza.

8. Con relación a nuestra pretensión indemnizatoria, se cumplen todos los requisitos de la responsabilidad civil. Existe una conducta antijurídica que es la indebida ejecución de la carta fianza.

(...)"

7. Al respecto, la defensa principal del Ministerio ha consistido en señalar que se habría quebrantado el nexo causal ya que la causa (resolución del contrato) no habría tenido como efecto la ejecución de la carta fianza. Al respecto, véanse los escritos del Ministerio del 22 de mayo y 12 de junio de 2019. También es cierto que el Ministerio cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral para conocer la pretensión indemnizatoria así planteada, tal como lo manifiesta en su escrito del 12 de junio de 2019. Sin embargo, el árbitro suscrito hace hincapié en que esta acotación del Ministerio parte de la errónea identificación de la pretensión resarcitoria no como pretensión autónoma sino como subordinada a la pretensión sobre la resolución del contrato. Al respecto, véase el escrito del Ministerio del 12 de junio de 2019.
8. Así lo expresa por lo demás el Ministerio en el numeral 3.48 de su escrito de contestación de demanda: *"Ahora ¿Qué relación guarda el monto de la ejecución de la Carta Fianza y la Resolución del Contrato?, NINGUNO, si se alega daño por resolución de contrato, porqué se está solicitando el monto de la ejecución de la Carta Fianza."*

9. Ya ha quedado explicado anteriormente que ambas pretensiones son autónomas y que en estricto la pretensión resarcitoria no tiene causa en la pretensión vinculada a la resolución del contrato, sino en la ejecución de la carta fianza.
10. El árbitro suscrito pone de relieve que Latina no ha solicitado se declare inválida o ineficaz la ejecución de la carta fianza, lo cual sería coherente con una posterior pretensión restitutoria. Latina solicita simplemente una pretensión resarcitoria producto de la ejecución de la carta fianza, para lo cual no es necesario que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la validez o eficacia de la ejecución de la carta fianza.
11. Por lo anteriormente expuesto, y siendo que ambas partes han tenido sobrada oportunidad para exponer sus puntos de vista sobre esta materia, corresponde ahora analizar los elementos configuradores de la responsabilidad civil, como son:
- A)** Que exista un hecho antijurídico;
 - B)** Que exista un daño;
 - C)** Que exista una relación de causalidad entre el hecho imputable y el daño sufrido; y,
 - D)** Que exista un factor atributivo de responsabilidad, tales como dolo o culpa inexcusable.

12. Existencia de una conducta antijurídica

La antijuricidad es, en buena cuenta, la disconformidad entre la conducta del agente y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, para que se genere la obligación de indemnizar, siempre es necesario un accionar ilícito, antijurídico e ilegítimo. Como afirma TABOADA CÓRDOVA¹, una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los que se ha construido el sistema jurídico.

Ha quedado acreditado que la razón que expresó el Ministerio al momento de ejecutar la carta fianza ante la entidad bancaria no fue en efecto el incumplimiento de Latina en la publicación de un spot publicitario ni la resolución del contrato aplicada por el Ministerio, sino la no renovación de la carta fianza. Al respecto, el numeral 1 del artículo 131 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (vigente en aquel entonces) dispone que las garantías se ejecutan "[c]uando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento."

Ha quedado acreditado en este caso que la carta fianza N° D000-2835554 que fue ejecutada por el Ministerio tenía como fecha de vencimiento el 31 de mayo de 2018, y la renovación ocurrió el 29 de mayo de 2018, siendo comunicada al Ministerio el 31 de mayo de 2018. Ni el Contrato, ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento establecen un plazo o periodo de anticipación distinto para que se renueve la garantía. En consecuencia, queda claro que la causal invocada por el Ministerio no se materializó en los hechos, ya que Latina cumplió

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil, segunda edición, p. 32.

con renovar la carta fianza y comunicar su renovación al Ministerio dentro del plazo establecido para ello.

Por lo demás, la función de la carta fianza es servir de garantía al cumplimiento de las obligaciones del Contrato, típicamente el cobro de penalidades. Pero en este caso sabemos que no ha habido penalidades imputadas a Latina. No obra en autos cuál sería en todo caso la obligación principal que estaría siendo garantizada con la ejecución de la carta fianza.

Nos encontramos por todas estas razones ante una ejecución de la carta fianza por parte del Ministerio que constituye una conducta antijurídica, al haber transgredido el artículo 1362 del Código Civil, que dispone que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

13. Existencia del daño

El elemento del daño comprende las específicas consecuencias negativas sufridas por el afectado como consecuencia de la conducta antijurídica, esto es, aquellos efectos negativos derivados de la lesión del interés protegido. En ausencia de un daño cierto y probado, no hay nada que reparar, siguiendo lo señalado por el artículo 1331 del Código Civil. En el presente caso, la indemnización que se reclama es el daño emergente constituido por el monto detraído de las cuentas de Latina producto de la ejecución de la carta fianza. Juan Espinoza sostiene que el daño emergente *"es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, 'la disminución de la esfera patrimonial' del dañado"*.²

El único cuestionamiento sobre este punto por parte del Ministerio se encuentra en su escrito del 22 de mayo donde manifiesta que el exceso ejecutado habría sido devuelto a Latina. Sin embargo, se trata de una afirmación que no cuenta con sustento probatorio alguno. Así, tenemos que la ejecución de la carta fianza produjo que Latina sufriera un detrimento patrimonial - y el Ministerio un enriquecimiento - en la suma de S/.81,699.66 (Ochenta y un mil seiscientos noventa y nueve con 66/100 Soles).

14. Relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño

El principio general en esta materia se encuentra recogido en el artículo 1321 del Código Civil, según el cual, está obligado a indemnizar quien no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa, siendo que el resarcimiento comprende el daño emergente y el lucro cesante que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución. Al respecto, Espinoza -citando a Massimo Franzoni- afirma que *"la finalidad de la causa es doble: 'imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible."*³ Como se ha explicado anteriormente, en opinión del suscrito el nexo

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas, 2002, p. 253.

³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas, 2002, p. 206.

causal está dado entre la ejecución de la carta fianza (conducta antijurídica) y el daño causado que es precisamente el monto ejecutado (daño emergente).

15. Factor atributivo de responsabilidad

En el presente caso el árbitro suscrito considera que, de conformidad con el artículo 1319 del Código Civil, el Ministerio ha actuado con culpa grave, la cual se ve reflejada en la ejecución de la carta fianza sin que haya existido una causa justificada para ello, vulnerando el deber general de actuar de buena fe.

Al respecto, el profesor Juan Espinoza define a la culpa grave como "*el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta tal que no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente.*"⁴ El haber ejecutado la carta fianza por una supuesta no renovación cuando lo cierto es que Latina había comunicado oportunamente su renovación abona en esta tesis al evidenciar una falta de cuidado extremo en la ejecución contractual.

16. Por las consideraciones expuestas, el árbitro suscrito es de opinión que la segunda pretensión autónoma de la demanda interpuesta por Latina debe ser declarada fundada. El árbitro suscrito coincide con los fallos primero y tercero de la parte resolutive del laudo.

Lima, 2 de setiembre de 2019



Claudio Lava Cavassa
Árbitro

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas, 2002, p. 166.