- Si bien diversos comprobantes de pago han sido emitidos "fuera del lugar de la obra", como señala PARSALUD, no es menos cierto que la movilización hacia la zona hacía necesario que se incurriera en gastos de alimentación y alojamiento, entre otros, en lugares ubicados en el camino a las obras, no necesariamente en el sitio exacto donde ellas se desarrollaban.

- Así, por ejemplo, en la respuesta a la observación efectuada al comprobante presentado como ítem N° 355, el CONSORCIO señala: "*El abastecimiento de combustible de la camioneta asignada a la supervisión se realiza a medida que avanza el vehículo entre la ruta Lima – Ica – Nazca – Puquio – Querobamba. No es posible abastecerla para el viaje de ida y vuelta en Querobamba, lugar donde se desarrolla la Supervisión. Está consignado el RUC del CONSORCIO en el ticket*".

- Otro ejemplo se refiere a la Factura Nº 001-003639 presentada como item 341, emitida por S/. 13 885,97 por servicio de alquileres, cuestionada porque no precisa el lugar del alquiler, porque el emisor domicilia en Lima, porque no se acredita que el gasto corresponda a la persona que indica el CONSORCIO, entre otras razones. El CONSORCIO responde que "*Está definido en la factura que el domicilio del CONSORCIO es la ciudad de Lima, aunque el lugar de la ejecución de la obra es Querobamba. El CONSORCIO se constituyó con la única finalidad de prestar servicio de supevisión de las obras en Ayacucho (Querobamba, Coracora, Huanta). El período de arrendamiento corresponde con la permanencia de la supervisión en la obra. Fecha que se emite la factura, fecha de emisión 09-09-2013*". Tal explicación es encotrada razonable por la Árbitro Único.

- Sin perjuicio de lo anterior, y del hecho que tanto la mayoría de los comprobantes de pago como las explicaciones brindadas por el CONSORCIO han generado convicción sobre la validez y pertinencia de los

comprobantes, la Árbitro Único tiene en consideración que, en aquellos casos en los que no quedase absolutamente claro la relación causal entre el comprobante y los hechos de la demanda, es aplicable el 1332° del Código Civil, en virtud del cual, "*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*".

- La fijación de la obligación de pago en la suma de S/. 58 421,75 es equitativa debido a que: (i) dicha suma tiene soporte documentario con documentos válidos y pertinentes; (ii) las explicaciones brindadas por el CONSORCIO ante las observaciones de PARSALUD son razonables, dado que permiten encontrar una relación causal entre los comprobantes y los hechos materia de esta demanda, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación de servicios de supervisión.

246. Por lo demás, a efectos de la sustentación de gastos reembolsables, debe considerarse, de modo referencial, que según la cláusula 6.2 (c) del Contrato, son reembolsables los gastos en que haya incurrido efectiva y razonablemente el Consultor durante la prestación de los servicios.

247. Por las razones anteriores, el CONSORCIO ha generado convicción en la Árbitro Único de que la suma a pagar por PARSALUD por concepto de gastos reembolsables, como parte de la pretensión sobre enriquecimiento indebido, es de S/. 58 421,75 (y no de S/. 69 092,33).

Sobre saldo pendiente de cobro del contrato principal.-

248. El CONSORCIO reclama por este concepto la suma de S/. 66 857,74 (más IGV).

249. La Árbitro Único no ha encontrado explicación que demuestre que PARSALUD debe al CONSORCIO suma alguna por concepto de "saldo pendiente de cobro del contrato principal".

250. En todo caso, de la deducción que puede efectuarse sobre el nombre asignado a este concepto, éste sería aplicable si las pretensiones anteriores de la demanda hubieran sido fundadas, pues se trataría de un saldo del Contrato principal. Y como ya se ha mencionado, la pretensión que ahora se discute tiene como fuente el enriquecimiento indebido, luego de vencido el plazo contractual; no tiene como fuente el Contrato.

251. Por las razones anteriores, el CONSORCIO no ha generado convicción en la Árbitro Único de que PARSALUD deba pagar la suma de S/. 66 857,74 por concepto de saldo pendiente de cobro del contrato principal.

Pago de IGV y de intereses.-

252. De acuerdo al análisis contenido en los acápites anteriores, corresponde ordenar a PARSALUD el pago al CONSORCIO de la cifra de S/. 790 803,31, resultante de la suma de los siguientes conceptos: (i) 604 561,20 por remuneraciones; (ii) 127 820,36 por gastos fijos; y, (iii) 58 421,75 por gastos reembolsables.

253. Cabe preguntarse si a la suma de S/. 790 803,31 se le debe añadir el IGV, como pretende el CONSORCIO, sin que PARSALUD lo haya controvertido.

254. Según el Formulario PR-1 – Formulario de Presentación de la Propuesta de Precio, del 12 de octubre de 2011 (Anexo al escrito del CONSORCIO del 10 de setiembre de 2015), la propuesta de precio

presentada por el CONSORCIO para la celebración del Contrato fue de S/. 700 030,52. En el Formulario se indicó: "*Esta cifra no incluye los impuestos locales que serán identificados durante las negociaciones y serán agregados a la cifra anterior*".

255. Al respecto, resulta necesario señalar que el IGV afecta las operaciones indicadas taxativamente en las normas aplicables, las que no incluyen como supuestos gravados, los casos de percepción de indemnizaciones.

256. De acuerdo a lo indicado en los acápites anteriores, los montos que PARSALUD debe pagar al CONSORCIO corresponden a una indemnización que la entidad debe asumir en favor de este último en virtud de la acción por enriquecimiento sin causa.

257. Es decir, los montos que la Árbitro Único ha ordenado que PARSALUD pague al CONSORCIO no corresponden a una contraprestación por los servicios de este último ni tampoco a la venta de algún producto, ni a ninguna de las demás operaciones gravadas con el IGV.

258. Por tal motivo, al tratarse de un monto indemnizatorio, no se encuentra gravado con el impuesto en cuestión. Este criterio ha sido confirmado por la propia Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, que mediante Oficio Nº 251-96-12.0000 del 15 de noviembre de 1996, remitido por el entonces Intendente Señor Mauricio Muñoz-Nájar Bustamante, al entonces Presidente de la Cámara de Comercio de Lima Señor Hugo Sologuren, señaló expresamente que los montos indemnizatorios no están afectos al IGV.

259. En efecto, en dicho oficio, se señala lo siguiente:

> "1. ***¿La indemnización*** *que una empresa paga a otra por resolución unilateral del contrato,* ***constituye operación afecta al Impuesto General a las Ventas*** *(IGV)?*
> ***La indemnización*** *por resolución unilateral del contrato* ***no está gravada con el IGV****.*
> *En efecto, el artículo 1321° del Código Civil precisa que* ***el resarcimiento por la inejecución de las obligaciones (indemnización)*** *comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. En tal sentido, la referida indemnización* ***en sí misma no es una retribución por una venta, servicio o contrato de construcción,*** *sino que se origina en el resarcimiento por la resolución del contrato.*
> *Al respecto, cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 1° y 3° del Decreto Legislativo N° 775 y del Decreto Legislativo N° 821, el IGV grava las siguientes operaciones: la venta en el país de bienes muebles, la prestación o utilización de servicios en el país, los contratos de construcción, la primera venta de inmuebles y la importación de bienes. Para tal efecto se entiende por venta todo acto por el que se transfiere bienes a título oneroso, así como el retiro de bienes que efectúe el propietario, socio o titular de la empresa o la empresa misma.*
> *Por consiguiente,* ***en este caso al no ser el origen de la indemnización una operación, la misma no se encuentra afecta al IGV***" (énfasis agregado).

260. Por otro lado, corresponde que el Tribunal Arbitral determine si se han devengado intereses y, de ser así, establezca el momento desde el

cual se han devengado los mismos, habida cuenta que las partes no han pactado una tasa especial.

261. A estos efectos, el artículo 1242° del Código Civil señala: "*El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago*"

262. En el presente caso, claramente nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, mas no compensatorios, pues los intereses que se reclaman derivan del retraso en el pago.

263. Dada la ausencia de pacto sobre una tasa aplicable, lo que corresponde aplicar en este caso son los intereses legales, pues de acuerdo con el artículo 1245º del Código Civil, cuando deba pagarse intereses, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.

264. Aunque el pago que se ordena tiene como fuente el enriquecimiento indebido y no el Contrato, cabe señalar que de acuerdo con la cláusula 6.4 (c) de las Condiciones Generales del Contrato, la tasa de interés es la legal del Banco Central de Reserva del Perú.

265. Ahora bien, para efectos de la determinación de la fecha de la intimación en mora, debe tenerse en consideración que el monto en cuestión requería, para la determinación de su cuantía, la intervención y pronunciamiento de un tribunal arbitral. Por ello resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1334° del Código Civil, según el cual: "*En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. (...)*".

266. Si bien en el presente caso no se trata de una intimación judicial, tenemos que se trata de una intimación vía arbitral, que para estos efectos, tiene las mismas implicancias que la intimación judicial.

267. Por las razones anteriores, PARSALUD debe pagar al CONSORCIO, por concepto de enriquecimiento indebido, la suma de S/. 790 803,31 (Setecientos Noventa Mil Ochocientos Tres con 31/100 Nuevos Soles), más los intereses devengados desde la fecha en que fue presentada la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago efectivo.

Tercera Pretensión Principal

"Que la Árbitro Único declare la obligación de PARSALUD de pagar a favor del CONSORCIO el monto de S/. 33,202.39 (Treinta y tres mil doscientos dos nuevos soles y 39/100), por concepto de indemnización por responsabilidad contractual (daño emergente) derivado directamente de su incumplimiento en aprobar y conceder la referida Adenda N° 2 al Contrato, así como del incumplimiento en el pago de los trabajos y servicios prestados por el CONSORCIO".

A. Posición del CONSORCIO

268. El CONSORCIO pretende el pago de la suma de S/. 33 202,39 alegando el incumplimiento de PARSALUD en aprobar y conceder la Adenda N° 2 al Contrato, así como el incumplimiento en el pago de los trabajos y servicios prestados por el CONSORCIO.

269. Dicho monto resulta de aplicar el IGV a la cifra de S/. 28 137,61, la cual es resultado de sumar los conceptos detallados en el Anexo 1-E, a fojas 326 de la demanda. Se trata de gastos por transporte aéreo y alojamiento del Ingeniero Jaime Fleta, acreditados por cuatro de los casi 400

comprobantes de pago remitidos por el CONSORCIO en su demanda arbitral.

B. Posición de PARSALUD

270. Respecto a la tercera pretensión del demandante, manifiesta que formula los mismos fundamentos expuestos al contestar la primera pretensión del CONSORCIO, razón por la que se debería de declarar infundada la pretensión del demandante.

271. No obstante ello, refiere que los daños y perjuicios se configuran a través de los conceptos de "daño emergente", "lucro cesante" y "daño moral". Y que siendo la pretensión del demandante respecto a un supuesto daño emergente quedaría fuera del análisis el daño moral.

272. Asimismo, señala que para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en las manifestaciones alegadas por el demandante (daño emergente y lucro cesante), sería de especial relevancia la probanza del daño, lo que significaría que los únicos daños resarcibles serían los daños que tengan certeza fáctica y lógica.

273. A su vez, refiere que una vez delimitado el daño en función a las pruebas aportadas es posible delimitarse el contenido y alcances de la relación de causalidad, el cual se encuentra contenido en el artículo 1985° del Código Civil.

274. Teniéndose en cuenta lo anterior, manifiesta que la pretensión del demandante no soportaría un análisis fáctico lógico, en la medida que no estaría probando la existencia de los presupuestos que habrían originado el daño, la ocurrencia del mismo y la consecuente pérdida patrimonial, es decir, no se habría aportado elementos que prueben en qué medida ha

existido sustracción de la materia (dinero) que haya creado un daño cuantificable para el CONSORCIO.

275. Finalmente, recalca que no habiéndose aportado elementos que permitan crear convicción de que el daño emergente invocado cumple con los elementos característicos para su identificación y efectiva cuantía, dicha pretensión se debe declarar infundada.

C. Posición de la Árbitro Único

276. La Árbitro Único considera que esta pretensión debe ser desestimada.

277. La Árbitro Único concuerda en este punto con PARSALUD, al concluir que el CONSORCIO no ha aportado material probatorio que demuestra la existencia de los presupuestos que habrían originado el daño por concepto de responsabilidad contractual, derivada del alegado incumplimiento en aprobar y conceder la Adenda N° 2 al Contrato, así como del incumplimiento en el pago de los trabajos y servicios prestados por el CONSORCIO.

278. Corresponde entonces desestimar la pretensión referida a la indemnización por daños y perjuicios alegados en la tercera pretensión principal de la demanda.

Cuarta Pretensión Principal

"Que la Árbitro Único condene a PARSALUD al pago de los costos del proceso, debiendo entenderse por ellos los gastos directamente relacionados con el arbitraje, así como las tasas administrativas pagadas y los honorarios de los abogados."

A. Posición del CONSORCIO

279. El CONSORCIO solicita que la Árbitro Único condene a PARSALUD al pago de las costas y costos derivados de este proceso.

B. Posición de PARSALUD

280. Respecto a la cuarta pretensión del demandante, señala que de acuerdo a los fundamentos que expuso a lo largo de su contestación habría acreditado que las pretensiones del CONSORCIO no poseerían sustento, razón por la que no le correspondería asumir las costas y costos del presente proceso.

C. Posición de la Árbitro Único

281. El Tribunal Arbitral debe analizar qué parte debe asumir las costas, costos y gastos del presente arbitraje; y, de concluirse que deben hacerlo ambas partes, en qué proporciones debe asumirlos cada una.

282. El término "costos" comprende: a) los honorarios y los gastos de los árbitros; b) los gastos administrativos del Centro de Arbitraje; c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral; d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

283. Asimismo, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, dispone que para imputar o distribuir los costos del arbitraje, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal puede distribuir y prorratear los

costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

284. Si bien tres de las cuatro pretensiones de la demanda han sido desestimadas, no es menos cierto que una de ellas, basada en el enriquecimiento indebido de PARSALUD, sí ha sido atendida (parcialmente) por la Árbitro Único. Además, la importancia de dicha pretensión es equivalente a la de las dos primeras y es sustancial en relación con el monto total demandado. En efecto, la orden de pagar la suma de S/. 790 803,31, más los intereses devengados desde la fecha en que fue presentada la solicitud de arbitraje, corresponde a aproximadamente el 75% de la suma total demandada por el CONSORCIO (S/. 1 055 203,35, resultantes de la segunda y tercera pretensión).

285. Como se ha indicado, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje señala que los costos serán de cargo de la parte vencida. Aunque no se le condene a pagar el 100% del monto demandado, puede señalarse que PARSALUD es la parte vencida en el presente arbitraje, de modo que le correspondería asumir el íntegro de las costas y costos.

286. En esta línea, la Opinión N° 083-2012/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mencionada por PARSALUD en su escrito del 2 de setiembre de 2015 a propósito del valor de mercado en acción por enriquecimiento sin causa, señala que la aplicación de los principios generales de la acción por enriquecimiento indebido ordenan a la entidad asumir las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

287. Sin embargo, no es menos cierto que el artículo 73° de la Ley de Arbitraje señala que el Tribunal puede distribuir y prorratear los costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

288. El Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso, que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

289. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los costos del proceso arbitral, pero que, al mismo tiempo, debe atenderse el hecho que PARSALUD es la parte vencida del presente arbitraje, debiendo, en principio, pagar al CONSORCIO aproximadamente el 75% del monto demandado.

290. Sin embargo, no es menos cierto que, como se verá a continuación, las pretensiones contenidas en la reconvención han sido desestimadas por la Árbitro Único, razón por la cual estima que PARSALUD deberá asumir el 85% de las costas y costos, mientras que el CONSORCIO, el 15% restante.

291. En consecuencia, se resuelve que, de un lado, cada una de las partes deberá cubrir sus propios gastos, y por otro lado, los gastos comunes (entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos del Centro y los demás gastos arbitrales) deben ser asumidos por ambas en la siguiente proporción: PARSALUD deberá asumir el 85% y el CONSORCIO el 15% restante.

II. **Sobre las pretensiones planteadas por el demandado**.-

Primera Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que el CONSORCIO debe pagar a PARSALUD los montos que corresponden ser reconocidos a El

Contratista Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. (en adelante, el Contratista), ascendentes a S/. 371,146.02, más intereses legales".

Pretensión Subordinada Primera Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que corresponde al CONSORCIO pagar a PARSALUD los conceptos que el Tribunal Arbitral del Expediente N 2458-2012-CCL ordene pagar a PARSALUD a favor del Contratista, derivados de la extensión del plazo de ejecución de obra".

Segunda Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que corresponde al CONSORCIO asumir todo costo derivado del presente proceso arbitral".

292. A continuación se analiza cada una de las pretensiones de la reconvención:

Primera Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que el CONSORCIO debe pagar a PARSALUD los montos que corresponden ser reconocidos a El Contratista Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. (en adelante, el Contratista), ascendentes a S/. 371,146.02, más intereses legales".

A. Posición de PARSALUD

293. Como fundamentos de hecho y de derecho, refiere que, como indicó al contestar la primera pretensión del CONSORCIO, se otorgaron las Ampliaciones de Plazo N° 5 y 6 del Centro de Salud Coracora en dos procesos de Conciliación Decisoria.

294. Al respecto, señala que mediante Carta N° C/FTR COGESA AYACUCHO N° 0011-10-13/G.G. del 26 de enero de 2013, y su adjunto, Carta N° C/FTR COGESA AYACUCHO N° 0138-12-12/G.G., el Contratista de la obra le habría solicitado al CONSORCIO el pago de gastos generales por las Ampliaciones de Plazo N° 5 y N° 6 de la obra del Centro de Salud de Coracora.

295. Asimismo, refiere que el 4 de febrero de 2013, mediante Carta N° 023-2013-JS-C-C de la misma fecha y su adjunto Carta N° 005-2013-JS-C.C. del 31 de enero de 2013, el CONSORCIO se habría pronunciado sobre el reconocimiento de gastos generales por las Ampliaciones de Plazo N° 5 y N° 6 declarándolas no procedentes.

296. No conforme con dicha decisión, señala que el contratista de la obra, el 5 de marzo de 2013, mediante Carta s/n del 18 de febrero de 2013, habría solicitado un proceso de conciliación decisoria sobre la denegatoria de Ampliación de Plazo N° 5 y N° 6 del Centro de Salud de Coracora, y que mediante Acta Final del 15 de marzo de 2013, el conciliador decisor habría ordenado a PARSALUD el pago de S/. 34 654,48 correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 5 y S/. 26 568,43 correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 6.

297. Asimismo, manifiesta que según lo señalado en los descargos a la primera pretensión de la demanda, mediante Acta Final del 14 de febrero

de 2013, el conciliador decisor habría resuelto declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 2 del Centro de Salud de Querobamba por 122 días y ordenado a PARSALUD el pago de S/. 172 651,23 por concepto de gastos generales.

298. A su vez, refiere que en el acta antes mencionada también se habría resuelto declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 3 del Centro de Salud de Querobamba por 97 días y ordenado a PARSALUD el pago de S/. 137 271,88, por concepto de gastos generales.

299. De lo anterior, manifiesta que se concluiría que el CONSORCIO habría incumplido, entre otros, la cláusula 3.1.1 y los numerales 1, 2, 19 del acápite I.2 de la descripción de los servicios del Contrato al no haber dado estricto cumplimiento al Contrato de Obra y a los documentos que conforman el expediente técnico de dichas obras.

300. A su vez, refiere que de acuerdo a lo prescrito en el numeral 19 de la descripción de los servicios del Contrato de Servicio de Consultoría N° 09-2011/PARSALUD/BID, el supervisor estará encargado de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de las obras y el cumplimiento del Contrato; siendo responsable por las omisiones, errores, deficiencias y/o transgresiones legales y técnicas en que incurra como producto de una mala interpretación de los documentos que conforman el expediente técnico.

B. Posición del CONSORCIO

301. Como fundamentos de su contestación, señala que sus obligaciones implicaban pronunciarse de manera técnica, fundamentada y lógica sobre las solicitudes de ampliación de plazo.

302. Asimismo, señala que el hecho de que el conciliador haya revocado su decisión no implicaría un incumplimiento de sus obligaciones contractuales sino una simple divergencia de decisiones.

303. A su vez, señala que el conciliador decisor solo es competente para pronunciarse respecto de la decisión del CONSORCIO pero no tendría competencia para pronunciarse o para calificar la conducta contractual del mismo.

304. De igual manera, señala que ante los pronunciamientos indebidos del conciliador, PARSALUD debió de ejercer su derecho a la defensa y activar el arbitraje para eliminar dicha irregularidad; sin embargo, no lo habría hecho y ahora estaría pretendiendo ampararse en dicha omisión para atribuir un supuesto incumplimiento de su parte.

305. A su vez, refiere que PARSALUD estaría alegando un supuesto incumplimiento contractual luego de doce meses de haber tomado conocimiento sobre el mismo, sin que durante ese lapso le haya notificado sobre esta situación.

306. De otro lado, manifiesta que PARSALUD se estaría limitando a afirmar la existencia de un incumplimiento sin señalar cuál habría sido el deber que habría incumplido. Y tampoco lo habría acreditado.

307. Asimismo, refiere que PARSALUD solo se estaría refugiando en el hecho de que el conciliador revocó su decisión y que por ello habrían incumplido con sus obligaciones contractuales. Considera dicho razonamiento como incorrecto, pues tratándose de funciones similares a un órgano de segunda instancia, podría revocar lo resuelto por la primera, lo cual no significaría que éste haya incumplido con su función.

308. Finalmente, señala que existiría una contradicción en lo referido por PARSALUD ya que éste estaría pretendiendo hacer creer a la Árbitro Único que el CONSORCIO sería una parte que no cumple con sus obligaciones debido a su falta de diligencia pero que con su actuar habría demostrado lo contrario. Como ejemplo de ello, señala el hecho de que le habrían solicitado seguir con sus servicios, que habrían utilizado sus informes para los procedimientos que realiza y que además le habrían encargado la realización de más acciones conforme al Contrato.

C. Posición de la Árbitro Único

309. PARSALUD señala que no es cierto que el CONSORCIO haya cumplido cabalmente sus prestaciones y que es falso que el demandante señale que no es culpable de la extensión del plazo de la ejecución de la obra.

310. Agrega que las decisiones del CONSORCIO denegando las ampliaciones de plazo fueron "impugnadas" por el contratista en diversos procesos de conciliación decisoria, en los cuales, el conciliador decisor le dio la razón al contratista, señalando que el responsable por la extensión del plazo de la ejecución de las obras era el gerente de obras.

311. En ese sentido, corresponde que el CONSORCIO pague a PARSALUD los montos que corresponden ser reconocidos al contratista Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A., ascendentes a S/. 371 146,02, más intereses legales. Dicho monto resulta de sumar las siguientes cifras, correspondientes a los gastos vinculados a las ampliaciones de plazo concedidas por el conciliador decisor para las obras de Coracora y Querobamba: S/. 34 654,48; S/. 26 568,43; S/. 172 651,23; S/. 137 271,88.

312. Esto lo sustenta en el escrito del 7 de febrero de 2014 por el cual PARSALUD formula reconvención. Señala que la suma de S/. 371 146,02 se deriva de la suma de:

i. S/. 34 654,48 (Ampliación de Plazo Nº 5) y S/. 26 568,43 (Ampliación de Plazo Nº 6, de la obra de Coracora; según Acta Final del Conciliador Decisor del 15 de marzo de 2013.

ii. S/. 172 651,23, por concepto de gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo Nº 2 del Centro de Salud de Querobamba por 122 días, según Acta Final del 14 de febrero de 2013 del conciliador decisor. En esta Acta el conciliador decisor señala que se han producido ausencias del supervisor que perjudicaron la ejecución de la obra. Esas ausencias habrían sido constatadas mediante Asientos y Actas de Constatación de los días 6 y 30 de octubre, 6, 9, 10, 12, 15, 19 y 20 de noviembre suscrita por el Juez de Paz de Querobamba, así como mediante Acta de Constatación del 6 y 12 de noviembre del 2012 suscrita por la policía del distrito de Querobamba.

iii. S/. 137 271,88, por concepto de gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo Nº 3 del Centro de Salud de Querobamba por

97 días, según Acta Final del 14 de febrero de 2013 del conciliador decisor. Al respecto, señala que era necesario el pronunciamiento del Supervisor sobre: a) la necesidad de una subestación eléctrica, sin la cual resultaba imposible cumplir con las metas del proyecto; y, b) la incompatibilidad de los diafragmas unifilares. Señala que el gerente de obra absolvió la consulta del asunto a) de manera tardía, el 5 de enero del 2013; y la consulta del asunto b) aún no la ha absuelto. Señala que la demora en la absolución de las consultas han perjudicado la ejecución de la obra.

313. Como puede apreciarse, la primera pretensión principal del CONSORCIO está ligada a la primera pretensión principal de PARSALUD. En efecto, para PARSALUD el CONSORCIO no ha cumplido cabalmente sus prestaciones y le es imputable la extensión del plazo de la ejecución de la obra, ya que las ampliaciones de plazo que el CONSORCIO denegó al contratista fueron impugnadas por el contratista en diversos procesos de conciliación decisoria, con resultados favorables para éste.

314. El numeral 3.1.1 de las Condiciones Generales del Contrato señalaba que el Consultor debía prestar los Servicios y cumplir "*sus obligaciones en virtud del presente Contrato con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con normas y prácticas profesionales generalmente aceptadas: asimismo, observará prácticas de administración prudentes y empleará tecnología apropiada y equipos, maquinaria, materiales y métodos eficaces y seguros. El Consultor actuará siempre como asesor leal del Contratante en todos los asuntos relacionados con este Contrato o con los Servicios, y siempre deberá proteger y defender los intereses legítimos del Contratante en todas sus negociaciones con Subconsultores o con terceros*".

315. El Contrato de Obra también contiene disposiciones referidas al gerente de obras. El numeral 28 de las Condiciones Generales señalaba cómo debía actuar a efectos de la prórroga de la fecha prevista de la terminación:

"*28.1 El Gerente de Obras deberá prorrogar la Fecha Prevista de Terminación cuando se produzca un Evento Compensable o se ordene una Variación que haga imposible la terminación de las Obras en la Fecha Prevista de Terminación sin que el Contratista adopte medidas para acelerar el ritmo de ejecución de los trabajos pendientes y que le genere gastos adicionales.*

28.2 El Gerente de Obras determinará si debe prorrogarse la Fecha Prevista de Terminación y por cuánto tiempo, dentro de los 21 días siguientes a la fecha en que el Contratista solicite al Gerente de Obras una decisión sobre los efectos de una Variación o de un Evento Compensable y proporcione toda la información sustentadora. Si el Contratista no hubiere dado aviso oportuno acerca de una demora o no hubiere cooperado para resolverla, la demora debida a esa falla no será considerada para determinar la nueva Fecha Prevista de Terminación".

316. La Árbitro Único ha llegado a la conclusión de que PARSALUD no ha acreditado que el CONSORCIO actuó indebidamente al tomar las decisiones que luego fueron revocadas por el conciliador decisor.

317. No ha acreditado que se haya incumplido el deber establecido en el Contrato (cláusula 3.1.1 de las Condiciones Generales): cumplir sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, observar prácticas de administración prudentes, así como proteger y defender los intereses de PARSALUD.

318. En relación con la Ampliación de Plazo Nº 5 referida a la obra de Cocacora, por S/. 34 654,48, mediante Carta N° 086-2012-CVM-PFM del 11 de setiembre de 2012, el CONSORCIO remitió al Contratista la Carta N° 016-2012-JS-C.C, del 10 de setiembre de 2012, dio respuesta técnica a las solicitudes del contratista, indicando que se venían produciendo retrasos en la obra respecto de diversas partidas y haciendo recomendaciones técnicas. Denegó la ampliación de plazo señalando que existían retrasos de 17 días en la partida de pisos varios, de 31 días en la partida de salida de alumbrado de techos, de 17 días en la partida de Tablero TD-EM Coracora, y de 43 días en la partida de tableros y llaves. Añadió que el retraso le era imputable al contratista debido a los diferentes problemas de coordinación y demora en la provisión de materiales.

319. PARSALUD no aportó prueba suficiente que desvirtúe la respuesta brindada por el CONSORCIO, ni ha probado que dicha respuesta haya configurado un incumplimiento de su obligación de dar una respuesta fundamentada al contratista dentro de los 21 días de solicitada la ampliación de plazo. No ha acreditado que no cumplió sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, observar prácticas de administración prudentes, así como proteger y defender los intereses de PARSALUD.

320. En cuanto a la Ampliación de Plazo Nº 6 de la obra de Coracora, por S/. 26 568,43, que fue denegada por el CONSORCIO pero concedida por el conciliador decisor, no hay elementos de juicio suficientes para imputar responsabilidad al CONSORCIO, pues no se ha acreditado que no cumplió sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, observar prácticas de administración prudentes, así como proteger y defender los intereses de PARSALUD.

321. De hecho, aun cuando el conciliador decisor no es quien define los posibles incumplimientos del CONSORCIO, no se ha acreditado que el conciliador le haya atribuido responsabilidad. Es más, las decisiones del conciliador decisor no son definitivas, sino que pueden ser llevadas, y de hecho lo han sido, a una controversia arbitral.

322. El Acta Final del 17 de diciembre de 2012, presentada en el escrito de contestación de demanda, si bien deja sin efecto la decisión del CONSORCIO, no la califica como una acción negligente. El punto quinto, que es el referido al asunto de la ampliación, señala que recién a partir del 23 de octubre de 2012, en que se emitió el acta de conciliación entre PARSALUD y el contratista, las partes podían hacer gestiones para seguir con la ejecución. Así, podría interpretarse que para el conciliador decisor, el supuesto atraso del CONSORCIO en responder una consulta no configuraba una situación de incumplimiento.

323. Por lo demás, no basta que haya habido una "revocatoria" de la decisión del CONSORCIO para demostrar deficiencias en la calidad de su servicios, pues precisamente esta posibilidad, que hubiera una segunda instancia técnica, era una situación prevista en el Contrato.

324. Sobre la Ampliación de Plazo Nº 2 de la obra de Querobamba, por S/. 172,651.23, la Árbitro Único considera que no se ha aportado material probatorio suficiente para demostrar el incumplimiento del CONSORCIO al tomar de decisión técnica de denegar la ampliación. Si bien el Acta Final del 14 de febrero de 2013 suscrita por el conciliador decisor señala que la ausencia del gerente de obra ocasionó perjuicios en la ejecución, el CONSORCIO también ha brindado explicaciones razonables a dicha situación, mediante la Carta Nº 066-2012-JS-Q del 31 de diciembre de

2012. En esta da cuenta de la existencia de notorios atrasos por parte del contratista, señala que parte de las actividades de supervisión debían hacerse en campo y parte en la oficina central, se produjo la remoción del residente de obra, lo cual impidió la realización de trabajos por un período determinado, y también explica por qué mantuvo en custodia el cuaderno de obra.

325. Por lo demás, mediante Resolución Jefatural N° 147-2013-PARSALUD II, del 28 de octubre de 2013, PARSALUD resolvió el Contrato de Obra pues el contratista habría estado involucrado en una falsificación de firmas para pretender demostrar al conciliador decisor que el CONSORCIO incurría en reiteradas ausencias.

326. Una vez más, PARSALUD no ha acreditado que el CONSORCIO no cumplió sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, observar prácticas de administración prudentes, así como proteger y defender los intereses de PARSALUD. Repetimos que no basta que haya habido una "revocatoria" de la decisión del CONSORCIO para demostrar deficiencias en la calidad de sus servicios, pues precisamente esta posibilidad, que hubiera una segunda instancia técnica, era una situación prevista en el Contrato.

327. En relación con la Ampliación de Plazo N° 3 de Querobamba por S/. 137,271.88, cabe señalar que mediante Carta N° 003-2013-JS-Q del 8 de enero de 2013 el CONSORCIO denegó la solicitud de ampliación. El Acta Final del 14 de febrero de 2013 del conciliador decisor deja sin efecto la denegatoria y confiere la ampliación de plazo.

328. Como se ha señalado, la obligación del CONSORCIO era cumplir sus obligaciones de supervisión con la debida diligencia, eficiencia y economía, observando prácticas de administración prudentes, así como protegiendo y defendiendo los intereses de PARSALUD. El hecho que sus decisiones hayan sido dejadas sin efecto por el conciliador decisor no era suficiente para demostrar deficiencias en la calidad de su servicios, pues precisamente la posibilidad de una segunda instancia técnica, era una situación prevista en el Contrato.

329. El Apéndice A del Contrato contiene la descripción de los servicios, referidos al control administrativo, al control de calidad de la obra, al control del plazo de ejecución de la obra y al control del costo de ejecución de la obra. En relación con esto último, el numeral I.4.13 señala que cualquier "*perjuicio económico causado por las omisiones y/o deficiencias en todo trámite de pago para la ejecución de la obra, imputable al Supervisor será de su cargo. Asimismo serán de cargo del Supervisor los mayores costos derivados del incumplimiento de los plazos estipulados en el presente Contrato, y demás disposiciones legales vigentes*".

330. Sin embargo, no es menos cierto que de acuerdo con las Condiciones Especiales del Contrato de Obra, "*El Gerente de Obra, tendrá autoridad suficiente para decidir las cuestiones que se susciten entre el CONTRATANTE y el CONTRATISTA en relación con el Contrato*" (CGC 1.1 (u)).

331. Teniendo autoridad para tomar decisiones, no bastaba con que sus decisiones fueran revocadas para que automáticamente se configurase una situación de negligencia o deficiencia que genere responsabilidad.

332. En otras palabras, bastaba con emitir una decisión razonable y técnicamente sustentada. Para demostrar el incumplimiento, era necesario que PARSALUD no solamente explique las razones para ello sino que era necesario que le indique de manera expresa las deficiencias encontradas. Si no lo hacía, el pago debía realizarse.

333. En efecto, la cláusula 6.4 (d) de las Condiciones Generales del Contrato señala que, el pago final de los servicios sólo se hará una vez que el Consultor presente el informe final y una declaración de gastos final, y que éstos sean aprobados y considerados satisfactorios por el Contratante. Se añade:

"***Se considerará que todos los Servicios han sido completados y aceptados en forma definitiva por el Contratante*** *y que el informe y la declaración de gastos finales han sido aprobados y considerados satisfactorios por el Contratante noventa (90) días calendario después de que el Contratante haya recibido el informe y la declaración de gastos finales,* ***a menos que****, dentro del mencionado período de noventa (90) días,* ***el Contratante comunique por escrito al Consultor y especifique en detalle las deficiencias halladas en los Servicios****, en el informe final o en la declaración de gastos final. (...)* (énfasis agregado)".

334. Así, si PARSALUD no efectuaba imputaciones en los términos antes indicados, debía efectuar el pago de los servicios brindados por el CONSORCIO. Dichas imputaciones no fueron formuladas durante la prestación de los servicios (ni antes ni después del vencimiento del plazo del Contrato).

335. Sin perjuicio de todo lo anterior, tampoco ha quedado claro de la posición de PARSALUD cuál sería la fuente de la alegada obligación del

CONSORCIO, considerando que parte de las actividades calificadas como equivocadas se habrían desarrollado fuera del plazo del Contrato. No se ha precisado si se trataría también de una situación de enriquecimiento indebido por parte del CONSORCIO, o si por el contrario el reclamo tiene fuente contractual.

336. Por todo lo anterior, la Árbitro Único considera que la primera pretensión principal de la reconvención debe ser declarada infundada.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que corresponde al CONSORCIO pagar a PARSALUD los conceptos que el Tribunal Arbitral del Expediente N° 2458-2012-CCL ordene pagar a PARSALUD a favor del Contratista, derivados de la extensión del plazo de ejecución de obra".

A. Posición de PARSALUD

337. PARSALUD indicó que el 13 de junio de 2013 se instaló el Tribunal Arbitral designado para llevar a cabo el arbitraje que resolvería la controversia referida a identificar al responsable de la extensión del plazo de ejecución de las obras y de la extensión del plazo de la prestación del servicio del gerente de obras, el cual viene siendo administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima bajo el Expediente N° 2458-2012-CLC.

338. En dicho arbitraje se estarían discutiendo las decisiones de primera instancia emitidas por el conciliador decisor, de otorgarle al contratista diversas ampliaciones de plazo y sus respectivos gastos generales, por causas imputables al gerente de obras.

339. Dichas decisiones de primera instancia para otorgarle las ampliaciones de plazo al contratista, se sustentarían en que éste habría efectuado consultas sobre el expediente técnico y éstas no habrían sido absueltas a tiempo por el gerente de obras, lo cual habría impedido la ejecución de la obra dentro de los plazos previamente establecidos.

340. Asimismo, PARSALUD señala que el gerente de obras se encontraba ausente continuamente, lo cual no permitió absolver los requerimientos del contratista generando atrasos imputables al CONSORCIO.

341. Estas decisiones del conciliador son materia del Expediente N° 2458-2012-CLC, donde una de las pretensiones de PARSALUD es que el contratista asuma los costos por la extensión de los servicios de supervisión en el supuesto que los atrasos en la ejecución de la obra, por causas imputables al contratista, generen la extensión de los servicios del gerente de obras.

B. Posición del CONSORCIO

342. El CONSORCIO señala que PARSALUD no ha ofrecido como medio probatorio ni la demanda ni las pretensiones del Expediente N° 2458-2012-CLC. Lo único que ha hecho PARSALUD es señalar que su pretensión en dicho arbitraje está referida a identificar al responsable de la extensión del plazo de ejecución de obras y a su vez, y por consiguiente de la extensión de plazo de la prestación del CONSORCIO.

C. Posición de la Árbitro Único

343. No puede ordenarse en este Arbitraje que el CONSORCIO pague a PARSALUD lo que esta entidad tendría que pagar al contratista según los resultados del Expediente N° 2458-2012-CLC, pues para ello sería necesario discutir si existe relación causal entre los pagos que el tribunal de dicho arbitraje llegara a disponer a favor del contratista, y las decisiones adoptadas por el CONSORCIO en el marco del Contrato de Supervisión.

344. Dicha discusión no ha sido materia del presente proceso arbitral, pues no se ha producido certeza sobre cuál sería, de ser el caso, la suma que correspondería ser pagada por PARSALUD al contratista, pues esa es precisamente la discusión llevada a arbitraje como consecuencia de los pronunciamientos del conciliador decisor.

345. De otro lado, en el proceso arbitral seguido con el Expediente N° 2458-2012-CLC no podría haberse discutido cuál es la imputación que correspondería efectuar al CONSORCIO por su negativa al otorgamiento de las ampliaciones de plazo, pues, de la información aportada en este proceso, el CONSORCIO no fue incorporado al referido proceso arbitral.

Segunda Pretensión Principal

"Que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare que corresponde al CONSORCIO asumir todo costo derivado del presente proceso arbitral".

A. Posición de PARSALUD

335. Señala que su segunda pretensión principal debe ser amparada pues habría desvirtuado todas las pretensiones del CONSORCIO, por lo que le correspondería asumir a éste el integro de los conceptos que irrogue el presente arbitraje.

B. Posición del CONSORCIO

336. El CONSORCIO solicita que la Árbitro Único condene a PARSALUD al pago de las costas y costos derivados de este proceso.

C. Posición de la Árbitro Único

337. En este punto, la Árbitro Único se remite al análisis sobre pago de costas y costos efectuado a propósito de la cuarta pretensión principal de la demanda.

LAUDO:

1. Declaro **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

2. Declaro **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

3. Declaro **FUNDADA EN PARTE** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud del Ministerio de Salud – PARSALUD II, debe pagar al Consorcio Vera & Moreno S.A. – Projects & Facilities Management S.L., por concepto de enriquecimiento indebido, la suma de S/. 790 803,31 (Setecientos Noventa Mil Ochocientos Tres con 31/100 Nuevos Soles), más los intereses legales devengados desde la fecha en que fue presentada la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago efectivo.

4. Declaro **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

5. Declaro **FUNDADA EN PARTE** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, cada una de las partes deberá cubrir sus propios gastos, y por otro lado, los gastos comunes del presente proceso

arbitral (entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos del Centro y los demás gastos arbitrales) deben ser asumidos por ambas en la siguiente proporción: PARSALUD deberá asumir el 85% y el CONSORCIO el 15% restante.

6. Declaro **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

7. Declaro **INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

8. Declaro **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención; en consecuencia, cada una de las partes deberá cubrir sus propios gastos, y por otro lado, los gastos comunes del presente proceso arbitral (entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos del Centro y los demás gastos arbitrales) deben ser asumidos por ambas en la siguiente proporción: PARSALUD deberá asumir el 85% y el CONSORCIO el 15% restante.

Cecilia O'Neill de la Fuente
Árbitro Único