

VOTO SINGULAR

En mi condición de árbitro del Tribunal Arbitral conformado con los doctores Juan Peña Acevedo y Ricardo José Rodríguez Ardiles que resuelven las controversias entre el **CONSORCIO SAN MARTÍN (en adelante, el Consorcio)** y el **PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD (en adelante, PRONIS)** contenida en el Expediente N° 973-35-16, emito mi VOTO SINGULAR en relación al Décimo Segundo Punto Controvertido, bajo los argumentos que expongo a continuación:

Décimo Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la obligación del pago de una indemnización de daños y perjuicios por el monto de S/. 623,662.11 Soles por la segunda indebida ejecución de la carta fianza N° 0011 -0384-9800194810-52.

1. De acuerdo con lo desarrollado en el análisis del Octavo Punto Controvertido, el Laudo emitido en el Expediente N° 207-48-11 PUCP estableció la obligación de mantener vigentes las garantías hasta que la liquidación del Contrato quede consentida, salvo que el Consorcio no cumpla con la respectiva renovación.
2. En el presente caso, se aprecia que, mediante Carta N° 0092-2016-PRONIS/UAF remitida el 25 de febrero de 2016, PRONIS se desistió de su solicitud de ejecución a la garantía, debido a que el Consorcio se encontraba en proceso de renovación de la carta fianza:

PERU Ministerio de Salud Programa Nacional de Inversiones en Salud - PRONIS

BBVA Continental EQUIPO ACTIVO

25 FEB 2018

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERU

La presencia de...

VIA NOTARIAL

CARGO

San Isidro, 17 de febrero de 2016 ✓

OFICIO N° 0092 -2016-PRONIS/UAF ✓

Señores
BBVA BANCO CONTINENTAL
Av. República de Panamá N° 3055
San Isidro.-

NOTARIA DANNON
Av. Javier Prado Oeste 705
Magdalena, Lima - Perú
Tel.: 261-0009 - 261-9081
Fax: 460-2011

NOTARIA DANNON
AV. JAVIER PRADO OESTE 705
MAGDALENA, LIMA
CARTAS NOTARIALES
Número: 117850
Fecha: 24 FEB 2016

Asunto : Desistimiento de Ejecución de Carta Fianza 0011-0384-9800194810-52 por S/. 4'061,444.70

Referencia : OFICIO N° 1011-2015-PARSALUD/UAF

Estimados señores:

Es grato dirigirme a ustedes para saludarlos cordialmente y a la vez comunicarles que la empresa CONSORCIO SAN MARTIN, se encuentra en el proceso de Renovación de la Carta Fianza mencionada en el asunto de la referencia; por el importe de S/.4'764,455.61; por tal motivo solicitamos que en un plazo de 48 horas el BBVA Banco Continental nos haga la entrega directa de la renovación de la carta fianza en las mismas condiciones en que se encontraba antes de la solicitud de ejecución de la misma.

Por lo expuesto, desistimos de nuestro requerimiento de ejecución de dicho título valor correspondiente a la Licitación Pública Internacional N° 005-2010-PARSALUD/BM "Ejecución de Obras; Región Huánuco"; vertido en el Oficio de la referencia.

3. De la revisión de la Carta Fianza N° 0011 -0384-9800194810-52, se verifica que esta venció 13 de febrero de 2016.

BBVA Continental

1154043

BEC DOS DE MAYO
AV. DOS DE MAYO 1198
SAN ISIDRO

FIANZA EMITIDA POR ORDEN Y CUENTA
CASAS INGENIEROS CONTRATISTAS SAC

PRESENTE.-

SAN ISIDRO, 19-02-2015

CARTA FIANZA N°: 0011-0384-9800194810-52

VENCE EL: 13-02-2016

Señor/es:

PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD (PARSALUD) DEL MINISTERIO DE SALUD

4. Luego, en efecto, esta fue reemplazada por Carta Fianza N° 0011-0384-9800234502-57.

BE DOS DE MAYO AV. DOS DE MAYO 1198 SAN ISIDRO	FIANZA EMITIDA POR ORDEN Y CUENTA CASAS INGENIEROS CONTRATISTAS SAC
	PRESENTE.-
	SAN ISIDRO, 29-02-2016 Carta Fianza Nro.: <u>0011-0384-9800234502-57</u> Vence el: 23-08-2016
Señor/es:	
PROGRAMA DE APOYO A LA REFORMA DEL SECTOR SALUD (PARSALUD) DEL MINISTERIO DE SALUD	
Presente.-	
De nuestra consideración:	
Por la presente afianzamos ante Ud./s. al/a los señor/es CONSORCIO SAN MARTIN (integrado por CASAS INGENIEROS CONTRATISTAS SAC y SIGMA SA CONTRATISTAS GENERALES) en forma solidaria, irrevocable, incondicionada y de realizacion automatica, hasta por la suma de S/.4,764,455.61(CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 61/100 NUEVOS SOLES) a fin de garantizar todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato suscrito entre el CONSORCIO SAN MARTIN Y PARSALUD, Ref.: Licitación Pública Internacional LPI N° 005-2010-PARSALUD/BM, "EJECUCIÓN DE OBRAS REGIÓN HUANUCO".	
<u>Esta Carta Fianza reemplaza a la anterior N° 0011-0384-9800194810-52.</u>	
Esta fianza que en ningun caso y por ningun concepto excederá al monto señalado en el párrafo anterior, <u>regira desde el 29-02-2016 hasta el 23-08-2016, a horas 12 meridiano, luego de lo cual el Banco quedará liberado de toda responsabilidad.</u>	

5. Al respecto, se aprecia que esta garantía fue emitida después del vencimiento de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800194810-52, el 29 de febrero de 2016. Sin embargo, de la revisión de la referencia consignada en el desistimiento de PRONIS, se aprecia que la solicitud de ejecución es del año 2015, es decir, mucho antes del vencimiento de la carta fianza:

OFICIO N° 0092 -2016-PRONIS/UAF	NOTARIA DANNON Av. Javier Prado Oeste 705 Magdalena, Lima - Perú Telf.: 261-0009 - 261-9081 Fax: 460-2011	NOTARIA DANNON AV. JAVIER PRADO OESTE 705 MAGDALENA, LIMA CARTAS NOTARIALES Número: 117850 Fecha: 24 FEB. 2016
Señores BBVA BANCO CONTINENTAL Av. República de Panamá N° 3055 San Isidro.-		
Asunto : Desistimiento de Ejecución de Carta Fianza 0011-0384-9800194810-52 por S/. 4'061,444.70		
Referencia : <u>OFICIO N° 1011-2015-PARSALUD/UAF</u>		
Por lo expuesto, desistimos de <u>nuestro requerimiento de ejecución de dicho título valor correspondiente a la Licitación Pública Internacional N° 005-2010-PARSALUD/BM "Ejecución de Obras; Región Huánuco"; vertido en el Oficio de la referencia.</u>		

6. Ahora bien, sobre los elementos de la responsabilidad civil, la jurisprudencia peruana ha determinado que son cuatro (4) elementos que se deben cumplir de manera copulativa para poder ordenar la indemnización:

"(...) 1) La antijuridicidad; entendida como la conducta contraria a ley o al ordenamiento jurídico; 2) El factor de

atribución; que es el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo (por dolo o culpa) u objetivo (por realizar actividades o, ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico), considerándose inclusive dentro de esta subclasificación al abuso del derecho y la equidad; 3) El nexo causal o relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; y 4) El daño, que es consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona)”¹.

7. En primer lugar, se analizará si existe una conducta antijurídica imputable al PRONIS que justifique el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del Consorcio.

8. La jurisprudencia ha definido a la antijuricidad como:

“(…) aquel comportamiento que ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá una obligación de indemnizar, cuando se haya causado un daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho [...] en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal de resarcimiento (...)”².

9. En el caso concreto, el hecho de que el PRONIS haya actuado en incumplimiento de lo dispuesto en el Décimo Quinto Punto Resolutivo del Laudo emitido en el Expediente N° 207-48-11 PUCP al solicitar la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800194810-52 en el año 2015, califica como una conducta antijurídica por parte del PRONIS.

10. En ese sentido, PRONIS actuó en incumplimiento de lo dispuesto en el Décimo Quinto Punto Resolutivo del Laudo emitido en el Expediente N° 207-48-11 PUCP, por lo que deberá asumir los daños y perjuicios generados al Consorcio

11. Podemos concluir entonces que solicitar la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800194810-52 en el año 2015, se configura como un hecho antijurídico imputable al PRONIS, por lo que el primer elemento ha quedado demostrado.

¹ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima Casación 3470- 2015. Fundamento tercero.

² Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima. Casación N° 3168- 2015. párrafo 4.6. p. 8.

12. En segundo lugar, se analizará si concurre o no el elemento “daño”. En sentido amplio, el daño puede ser definido como toda suerte de mal material o moral. Más particularmente como el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes³.
13. Juan Espinoza indica que, *“el daño puede ser entendido como la lesión de un interés protegido. Asimismo, el auto precisa que el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido⁴.”*
14. Además, se tiene en consideración lo señalado por OSTERLING PARODI:

“El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético.

Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano”⁵
(énfasis agregado).
15. Otro aspecto que se tiene en consideración para resolver esta pretensión es que el daño se cuantifica a través de sus consecuencias económicas, las cuales se manifiestan a través del daño emergente y el lucro cesante.
16. Como afirma OSTERLING PARODI, *“las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor⁶.”*
17. En tal sentido, corresponde determinar qué gastos, egresos, pérdidas, etc., se generaron como consecuencia de la conducta antijurídica, inejecución de obligación de PRONIS.
18. Asimismo, se considera importante precisar que para establecer una indemnización a favor del solicitante no basta que el derecho se encuentre reconocido en la Ley, sino que es necesario acreditar la existencia del daño y su

³ CABANELLAS DE TORRES. Guillermo (1982) Diccionario jurídico elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Pg. 85

⁴ ESPINOZA ESPINOZA. Juan (2018). DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Octava edición. Instituto del Pacífico. Pág. 299

⁵ OSTERLING PARODI, F. La indemnización de daños y perjuicios, en AVENDAÑO VALDEZ, J. et al, *Libro Homenaje a José León Barandiaran*. Ed. Cultural Cuzco, Cuzco (1985), p. 399.

⁶ OSTERLING PARODI. F. La indemnización de daños y perjuicios.

cuantificación, tal como señala el artículo 1331 del Código Civil⁷. Al respecto, OSTERLING PARODI afirma que:

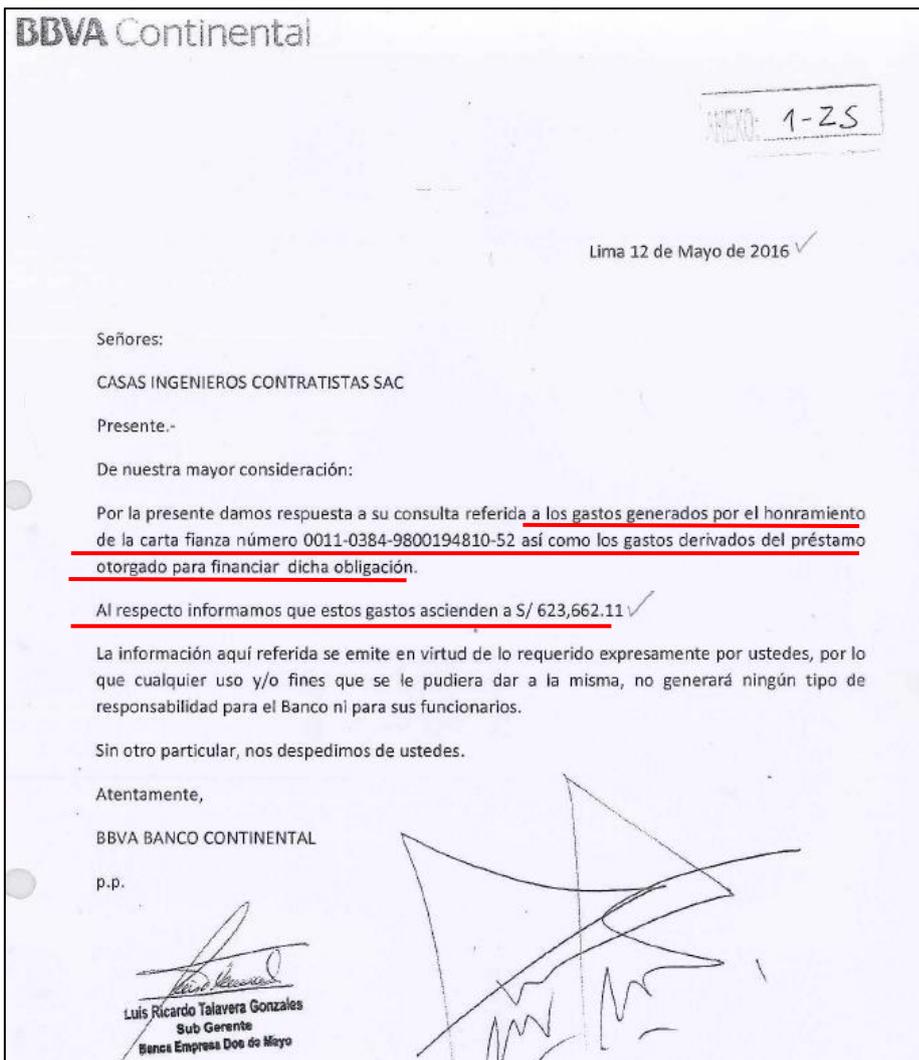
“Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. **Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio.**

Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331 del Código Civil que ‘la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso’”.⁸ (énfasis agregado).

19. En el presente caso, el Consorcio sostiene que el daño asciende a S/ 623 662,11 (seiscientos veintitrés mil seiscientos sesenta y dos con 11/ 100 soles). Para ello, el Consorcio ha aportado como medio probatorio para la acreditación y cuantificación del daño la Carta S/N del 12 de mayo de 2016, emitida por el Banco BBVA Continental, donde se consigna el monto de los gastos derivados del honramiento de la carta fianza, así como los derivados del préstamo otorgado para financiar dicha obligación.

⁷ Artículo 1331 del Código Civil: “*Prueba de daños y perjuicios. La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

⁸ OSTERLING PARODI, F. op cit. p. 400.



20. Si bien el medio probatorio que presenta el Consorcio cuantifica el daño que solicita como pago por indemnización de daños y perjuicios, en el mismo no se demuestra ni en él ni en ningún otro documento el descuento efectivo, el cobro o el pago que acredite que fehacientemente se haya materializado el detrimento económico del Consorcio que se menciona el documento emitido por el Banco BBVA Continental, tal como pudo haber sido la nota bancaria sobre la cuenta corriente o el estado de la cuenta corriente donde se muestre ello, más aún cuando la Carta Fianza N° 0011-0384-9800234502-57 indica que es en reemplazo de la anterior que fue ejecutada. Si bien hay una obligación de pago que el Banco BBVA Continental comunica al Consorcio, la doctrina sostiene que el daño debe ser cierto, por ende, su materialización deviene en el detrimento económico efectivo del Consorcio, no solamente implica que el daño debe ser devengado (se pagará) sino que el daño debe ser materializado (se pagó).
21. En consecuencia, debido a que del análisis del medio probatorio aportado por el Demandante no puede acreditarse la producción de un daño **cierto, directo e inmediato** producto de solicitar la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0384-9800194810-52 en el año 2015; considero que no se encuentra satisfecho el requisito del “daño” para la procedencia del derecho de indemnización de daños

y perjuicios conforme a lo previsto en el artículo 1321 del Código Civil, por lo que el elemento del daño no ha podido ser demostrado por el Consorcio.

22. Respecto, al elemento de la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño, considero que no es necesario proceder al análisis de dicho elemento, ya que el daño no ha sido probado por el Consorcio, por lo que no procede una indemnización a favor de dicha parte al no concurrir los cuatro (4) elementos de la responsabilidad civil.
23. Es por todo lo expuesto que considero que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la Décima Segunda Pretensión Principal y, como consecuencia, **NO** es procedente condenar a PRONIS al pago de una indemnización de los daños y perjuicios por la suma de S/ 623,662.11 (seiscientos veintitrés mil seiscientos sesenta y dos con 11/100 soles), por la segunda indebida ejecución de la Carta Fianza N° 0011 - 0384-9800194810-52.



Daniel Triveño Daza
Árbitro