

Lima, 17 de septiembre de 2018

Señores

**Procuraduría Pública de los asuntos arbitrajes del Ministerio de Desarrollo e
Inclusión Social - MIDIS**

Av. Nicolás de Piérola N° 826,

Cercado de Lima.-

**Referencia: Arbitraje Empresa ONDAC vs Comité de Compra La
Libertad 1 del PNAEQW (Exp. 1109-171-16)**


De nuestra consideración:

Tenemos a bien dirigirnos a ustedes, a fin de remitirles un ejemplar de la Resolución N° 17, de fecha 17 de setiembre de 2018, a fojas 43, la cual contiene el Laudo Arbitral, emitido en unanimidad por el Tribunal Arbitral, conformado por los árbitros Roberto Carlos Benavides Pontex, Liliana Carolina Cabrera Moncada y Milton Israel Ampudia Barrera, recaído en el Expediente Arbitral N° 1109-171-16, en los seguidos entre la Empresa ONDAC S.R.L. y el Comité de Compra La Libertad 1 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Asimismo, cumplimos con informarles que el Laudo no ha podido ser suscrito por la árbitro Liliana Cabrera Moncada, debido a que se encuentra fuera de la ciudad de Lima; sin embargo, cabe precisar que ello no afecta su decisión sobre el Laudo Arbitral, respecto del cual ha emitido su voto junto con sus coárbitros, conforme con lo dispuesto en el artículo 55 numeral 1 de la Ley de Arbitraje¹.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE MEDIOS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ana Cecilia Zavastroski Martínez
Secretaría Arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1229498
REGISTRO N° 00067129-2018
REGISTRADOR: ecazorla
FECHA: 19/08/2018 12:08:26
PP
Folios : 45

¹ Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje
Artículo 55.-

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

(...)

EXP. 1109-171-16

Empresa ONDAC Vs. Comité de Compra La Libertad 1 del Programa Nacional de Alimentación Escolar – Qali Warma

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Empresa ONDAC S.R.L. (en adelante, ONDAC o Demandante o el Proveedor)

DEMANDADOS: Comité de Compra La Libertad 1 del Programa Nacional de Alimentación Escolar (en adelante, el Comité)
Programa Nacional de Alimentación Escolar – Unidad Territorial La Libertad (en adelante, Qali Warma)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Roberto Carlos Benavides Pontex (Presidente)
Milton Israel Ampudia Barrera (Árbitro)
Liliana Carolina Cabrera Moncada (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Resolución N° 17

En Lima, a los 17 días del mes de setiembre del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral:

De acuerdo a las disposiciones contenidas en la Cláusula Vigésima de los Contratos N° 001-2015-CC-LALIBERTAD1/PRODUCTOS, N° 003-2015-CC-LALIBERTAD1/PRODUCTOS, N° 004-2015-CC-LALIBERTAD1/PRODUCTOS, N° 005-2015-CC-LALIBERTAD1/PRODUCTOS y N° 006-2015-CC-LALIBERTAD 1/PRODUCTOS, celebrados el 12 de febrero de 2015, (en adelante, el Contrato) el arbitraje será institucional y de derecho.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral se instaló el 06 de enero del año 2017, con la presencia del doctor **Roberto Carlos Benavides Pontex**, en calidad de presidente del Tribunal Arbitral; el doctor **Milton Israel Ampudia Barrera** y la doctora **Liliana Carolina Cabrera Moncada**, en calidad de árbitros; y la abogada Claudia Vanessa Cayetano Arana, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, EL CENTRO), con la asistencia del **Comité**, representado por el abogado Justo Alfredo Albuja Whu, identificado con DNI N° 07755655 y con Registro CAL N° 30076, quien acudió también en representación de **Qali Warma**.

Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia de ONDAC, a pesar de haber sido debidamente notificado.

1.3 Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación al presente proceso el REGLAMENTO, las reglas establecidas en la presente Acta y, en su defecto, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje). Asimismo, regirá lo contenido en el Manual de Compras aprobado por Qali Warma, conforme a la Cláusula Décimo Novena del Contrato.

De acuerdo a lo estipulado en la referida cláusula, en caso de deficiencia o vacío de las reglas o normas establecidas, el Tribunal Arbitral podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por Qali Warma para su regulación especial y, supletoriamente, las disposiciones del Código Civil.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

II. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR ONDAC

2.1 Con fecha 31 de enero de 2017, ONDAC presenta su demanda arbitral, señalando lo siguiente:

PRETENSIONES

Primera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral disponga que el Comité y Qali Warma, cumplan con el pago del reintegro de la valorización correspondiente al mes de junio del 2015, en lo que respecta al producto carne molida, por la suma de S/.90,454.00 soles, monto que fuera retenido sin justificación legal alguna, además con la condena de los intereses devengados moratorios y compensatorios, desde el día de su incumplimiento, esto es Julio del 2015.

Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral, en mérito al Equilibrio Económico – Financiero en la contratación, en caso de desestimar la primera pretensión, apruebe el reconocimiento e indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa, por la suma de S/. 90,454.00 soles, por productos que fueron entregados en su oportunidad y consumidos por los beneficiarios del programa, sin que estos hayan generado daño alguno en los beneficiarios.

Segunda Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente, por la suma de S/.20,000.00 nuevos soles, que deberá pagar la demandada por la

actuación arbitraria sobre la retención de la valorización del mes de Junio del 2015, sin mediar documento justificatorio alguno.

Tercera Pretensión Principal.- el Tribunal Arbitral disponga el reconocimiento y pago, de los costos arbitrales, en forma íntegra por parte del Comité y Qali Warma, por ser quienes han generado recurrir a esta vía arbitral para exigir el reconocimiento de nuestros derechos patrimoniales.

De la actuación de la administración pública en las Contrataciones Públicas

2.2 ONDAC manifiesta que el Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA, es un programa que forma parte del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social –MIDIS-, creado mediante D.S. N° 008-2012-MIDIS, de modo que al formar parte del Ministerio, forma parte de la Administración Pública, más aun cuando administran fondos públicos los mismos que financian las actividades y atención de beneficiarios del programa constituido por población escolar. El hecho de que la contratación no apliquen las normas de la contratación pública, no enerva su naturaleza de ser parte de la administración de modo que sus funcionarios se encuentran en la obligación de cumplir con el ordenamiento jurídico que regula la actuación del Estado.

2.3 ONDAC añade que la actuación de la Administración Pública, en general se sujeta estrictamente al *Principio de Legalidad*, siendo así los actos administrativos que se emitan deben sujetarse al principio antes referido y deben ser la consecuencia de un Debido Procedimiento; sólo en la medida que los actos administrativos deriven del principio de legalidad y originados a través de un *Debido Procedimiento*, es cuando serán válidos y eficaces.

2.4 Asimismo, ONDAC señala que su actuación administrativa, debe sujetarse en forma exclusiva a la regulación establecida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, sobre la validez de los actos administrativos, así como a las normas que regulan su funcionamiento, y normas internas de organización, básicas para que su personal pueda sustentar sus decisiones dentro del marco legal.

2.5 Los funcionarios públicos deben adecuar su comportamiento en la actividad administrativa al respeto irrestricto del *Principio de Legalidad en la actuación para la toma de decisiones públicas*, por lo que los actos administrativos que se emitan deben sujetarse al principio antes referido y deben ser la consecuencia de un *Debido Procedimiento*; caso contrario dichos actos devienen en nulos de pleno derecho de conformidad con lo regulado en el Artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo así los funcionarios que administran el Programa deben adecuar su comportamiento con la actividad administrativa del estado, es decir al respeto irrestricto del *Principio de Legalidad*, el mismo que se constituye en el pilar fundamental de la actuación de la administración pública, por lo tanto la decisión de retener el dinero que forma parte de una de las valorizaciones, sin ningún fundamento, ni mucho menos con la notificación del acto administrativo que justifique dicha retención, implica que dicha decisión material se convierta en un acto arbitrario.

2.6 ONDAC precisa que todas las decisiones que emanen de los funcionarios, en este caso de los responsables de Qali Warma, deben encuadrarse dentro del contexto de permisibilidad jurídica (Debida Aplicación de la Norma Jurídica – lo permitido), caso contrario los actos serían ilegales y por ende nulos de pleno derecho, tal y conforme lo estipula el Artículo 1) 1.1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al establecer que:

“(...) las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

2.7 Afirman, por lo tanto, que, ante la existencia de actos que quebrantan al ordenamiento jurídico, en especial a las normas de Contrataciones de alimentos para la población escolar, corresponde al Tribunal Arbitral enmendar los actos irregulares, declarando la nulidad de la actuación material de retención de la

valorización N°05, correspondiente al mes de junio del 2015, en lo que respecta a la carne molida.

2.8 Asimismo, ONDAC señala que el principio del Debido Procedimiento, regulado en la Ley N° 27444, señala lo siguiente:

“PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”

2.9 Del mismo modo, el Artículo 3° Inciso 4 de la Ley N° 27444, sobre los requisitos de validez del acto administrativo, en particular sobre la motivación, señala lo siguiente:

“(...) el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”

2.10 Por lo tanto, ONDAC señala que existen las exigencias legales para los administrados de exigir a la administración la emisión de los actos conforme al ordenamiento jurídico; sin embargo, la actuación administrativa en análisis carece de la motivación pertinente, puesto que no se justifica legalmente la retención del dinero por la suma de S/. 90,454.00 soles.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Sobre la Primera Pretensión Principal. - El Tribunal disponga EL PAGO del reintegro de la Valorización correspondiente al mes de junio del 2015, en lo que respecta al producto Carne Molida, por la suma de S/. 90,454.00 soles, productos que han sido consumidos por los beneficiarios del programa.

2.11 Con fecha 12 de febrero del 2015, ONDAC y Qali Warma, teniendo en cuenta que habían sido adjudicados de 06 ítems, correspondientes a los Distritos de Sánchez Carrión, suscribieron los siguientes contratos: i) Contrato N° 001-2015-CC- La Libertad 1/Productos, ítem - **CHUGAY**, ii) Contrato N° 002-2015-CC- La Libertad 1/Productos, ítem- **HUAMACHUCO**, iii) Contrato N° 003-2015-CC- La Libertad 1/Productos, Ítem – **MARCABAL**, iv) Contrato N° 004-2015-CC- La Libertad 1/Productos, Ítem **SANAGORÁN**, v) Contrato N° 005-2015-CC- La Libertad 1/Productos, Ítem **SARÍN**, vi), Contrato N° 006-2015-CC- La Libertad 1/Productos, Ítem **SARTIMBAMBA**, para la provisión del servicio de alimentación de la población estudiantil de las Instituciones Educativas Públicas de los Distrito de la Provincia de Sánchez Carrión, bajo el ámbito de cobertura del Comité 1, teniendo como sumatoria del monto contractual un total de S/. 16'752,092.49 soles.

2.12 ONDAC señala que como parte integrante de los contratos se encuentran el cronograma de entrega de los productos en cada Institución Educativa de los Distritos de la Provincia de Sánchez Carrión, cronograma de se debería cumplir en forma estricta ya de que no hacerlo se incurre en penalidades.

2.13 ONDAC en calidad de proveedor del Estado, específicamente a Qali Warma, abastece con diversos productos perecibles que componen las raciones alimenticias de miles de estudiantes que se constituyen en beneficiarios del programa social, por lo tanto, para cumplir con los contratos, cuenta con proveedores que lo abastecen con los diversos productos tales como:

- *Aceite vegetal*
- *Azúcar rubia*
- *Arroz pilado*
- *Fideo pasta larga*
- *Chocolate para taza*
- *Galleta soda*
- *Galleta de quinua*
- *Galleta de kiwicha*
- *Sémola*

- *Hojuela de avena con quinua*
- *Hojuelas de avena con kiwicha*
- *Leche entera evaporada*
- *Arveja seca partida*
- *Lenteja*
- *Pallar seco*
- *Conserva de pescado*
- *Conserva de carne de res*
- *Conserva de carne de pollo*

2.14 Teniendo en cuenta los productos antes referidos, específicamente en lo que respecta a la **Conserva de Carne de Res**, así como la **Conserva de Carne de Pollo**, ONDAC manifiesta que estos productos son producidos por Empresas en la ciudad de Lima, por lo tanto, para adjudicarse la buena pro, ONDAC propuso como proveedor de la **Conserva de Carne de Res (carne molida cocida)**, a la Empresa MILSPEC FOODS SAC. Empresa que viene abasteciendo al programa desde hace varios años atrás.

2.15 ONDAC señala que con la Empresa MILSPEC FOODS SAC., suscribió contrato con la finalidad de que le pueda abastecer con la cantidad de 38,909.34 Kg. de carne molida de res Cocida (Conserva de carne de res), cantidad que le permitiría abastecer según las cantidades establecidas por Qali Warma en los 06 contratos, por el periodo de marzo a diciembre del 2015.

2.16 Así, indican que, en cumplimiento de los contratos antes referidos, Ondac, con la debida planificación y organización para cumplir con las prestaciones, procedió a cumplir con la entrega de los productos a las diversas Instituciones Educativas de los Distritos de Marcabal, Sarín, Sanagorán, Chugay, Sartinbamba y Huamachuco, cumpliendo con el cronograma a partir del mes de marzo.

2.17 Asimismo, ONDAC precisa que respecto a la carne molida de res (conserva de carne de res), hasta el mes de Julio se ha cumplido con entregar las cantidades

previstas en el contrato fijadas por Qali Warma, y conforme al cronograma, productos que han sido consumidos por los beneficiarios.

La indebida retención de una parte de la valorización del mes de junio 2015, respecto a la carne molida de res

- 2.18** ONDAC manifiesta que ha cumplido con entregar la carne molida conforme a las cantidades fijadas en los contratos (06), por el periodo Marzo a junio del 2015, productos que se distribuyeron en las diferentes Instituciones Educativas de los Distritos de Sarín, Chugay, Sartinbamba, Sanagorán, Marcabal y Huamachuco, productos que fueron consumidos por los alumnos que se constituyen en beneficiarios del programa social de alimentación escolar.
- 2.19** Conforme al cronograma de entregas de los productos, que se encuentran en el contrato, la remesa del mes de junio, debería entregarse en periodo del 28 de mayo al 03 de junio, productos que deberían atender la alimentación desde el 04 de junio al 02 de Julio del 2015.
- 2.20** La remesa de julio debería ser entregada entre el 25 de junio al 02 de Julio, para cubrir el periodo de alimentación desde el 03 de Julio al 13 de agosto del 2015.
- 2.21** El 03 de Julio del 2015, se produjo una alerta respecto de la quinta entrega de productos en una Institución Educativa de la Provincia de Santiago de Chuco, respecto del producto carne molida de res, producido por la Empresa MILSPEC FOODS SAC.
- 2.22** Al respecto, ONDAC precisa que, en la provincia de Santiago de Chuco, otra empresa es la responsable de la entrega de productos a Qali Warma, puesto que ONDAC solo estuvo a cargo de los 06 Distritos de la Provincia de Sánchez Carrión.
- 2.23** Asimismo, ONDAC señala que la remesa del mes de Junio (quinta entrega), fue entregada con la debida anticipación dentro del cronograma establecido en el contrato, asimismo estos productos fueron consumidos por los beneficiarios entre el periodo comprendido entre el 04 de Junio al 02 de Julio del 2015, cuando en dicho

periodo no existía ningún problema sobre la carne molida, es por ello que dicha carne fue consumida por los beneficiarios del programa, es decir por los alumnos de las Instituciones Educativas de los 06 Distritos.

- 2.24** Añade ONDAC que Qali Warma de forma arbitraria (posterior al consumo), en el mes de Julio procedió a retener de la quinta valorización, correspondiente al mes de junio del 2015 el monto de S/. 90,454.00 que corresponde al total de carne molida entregada para el mes de junio, la misma que había sido consumida por los beneficiarios de Qali Warma.
- 2.25** Del mismo modo, manifiesta ONDAC que lo cuestionable de la conducta de los funcionarios del programa, es que sin ningún criterio objetivo y con las pruebas respectivas, procedieron a retener dicho monto, argumentando que el lote de carne molida de res, había sido cuestionado en otra provincia en la que ONDAC no es proveedora, por lo tanto, no emitieron ningún documento que justifique la retención realizada, por el contrario, lo hicieron de manera directa del pago que les correspondía de la valorización del mes de Junio del 2015, es decir les descontaron el valor total de la carne molida de res.
- 2.26** Mediante la Carta N° 186-2015-OSRL, de fecha 06 de octubre del 2015, ONDAC manifiesta que solicitó que les devuelvan el monto retenido, haciéndoles conocer que dicha actitud les estaba causando un perjuicio económico, al no poder cumplir con el pago a la Empresa proveedora MILSPEC FOODS SAC.
- 2.27** Con fecha 20 de octubre del 2015, mediante Carta N° 140-2015-MIDIS/PNAEQW.UTLL.BT., suscrito por el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, señor Rubén Ignacio Castañeda Castillo, atendiendo a su carta de requerimiento de pago de la valorización, la declara improcedente, señalando que estará a los resultados de los análisis a cargo de DIGESA.

2.28 Asimismo, ONDAC señala que la Dirección General de salud Ambiental – DIGESA- mediante Auto Directoral N° 0048-2016/DHAZ/DIGESA/A, de fecha 26 de enero del 2016, en una resolución sin la debida motivación resuelve lo siguiente:

- Retiro del mercado del producto carne molida cocida en conserva MRE FOODS.
- Destrucción del producto carne molida cocida en conserva MRE FOODS, de registro sanitario R9001113N NAMLFO.

2.29 Al respecto, precisa ONDAC que DIGESA recién culmina con el procedimiento de fiscalización sanitaria el 26 de enero del 2016, al emitir el Auto Directoral N° 048-20167DHAZ/DIGESA/SA, mediante el cual sancionan a la Empresa que fabrica el producto carne molida cocida, Empresa MILSPEC FOODS SAC. Por lo tanto, al término de dicho procedimiento deberían devolver a ONDAC el dinero retenido, situación que no se ha dado.

2.30 Asimismo, ONDAC manifiesta que la sanción impuesta a la Empresa MILSPEC FOODS S.A.C., no se extiende a terceros, por lo tanto, los productos que les vendieron con anterioridad al 15 de Julio, y que fueron entregados el 27 de mayo del 2015, fueron consumidos por los alumnos beneficiarios de las diferentes Instituciones Educativas durante el periodo 04 de junio al 02 de Julio del 2015.

2.31 Añade ONDAC que la carne molida cocida, materia de la valorización impaga cuya exigencia de pago se está haciendo a través del presente proceso arbitral, fue consumida por los beneficiarios, antes de que se presente el problema de alerta sobre dicha carne, que fue en otra provincia, de modo que corresponde a los demandados asumir la obligación de pago, puesto que el producto fue entregado y consumido por los beneficiarios.

2.32 Señala ONDAC que ante sus pedidos de que les devuelvan el dinero retenido que corresponde a la valorización 05, del mes de junio del 2015, con fecha 30 de marzo del 2016, Qali Warma a través de la Carta N° 068-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, a pesar de que DIGESA había emitido el Auto Directoral de sanción a la

Empresa MILSPEC FOODS SAC., se niega de realizar el pago, aduciendo lo siguiente:

"(...) para proceder con el pago respectivo, es necesario el pronunciamiento de la Autoridad Sanitaria, respecto a la aptitud o no del producto".

- 2.33** Manifiesta ONDAC que aún no se ha pagado la valorización que corresponde a la carne molida y que los argumentos esgrimidos por Qali Warma, carecen de sustento legal, puesto que primero señalaron que pagarían una vez emitido el pronunciamiento de DIGESA; sin embargo, dicha Entidad emitió su pronunciamiento de sanción y aún no se ha efectuado el pago. Asimismo, Qali Warma sostiene que está a la espera del pronunciamiento de la Autoridad de Salud.
- 2.34** Manifiesta además ONDAC que no existe ningún acto administrativo o documento alguno que justifique la retención del dinero de la valorización 05, que corresponde a la carne molida, por lo que esta retención resulta ser arbitraria e ilegal. Si bien hubo una fiscalización sobre el lote del producto, Qali Warma no justificó mediante documento alguno la decisión de disponer la retención del dinero correspondiente a la valorización 05.
- 2.35** Las decisiones en la administración se sustentan en el *Principio de Legalidad*; sin embargo, la decisión de retención de la demandada no se sustenta en ninguna norma legal, pues simplemente decidieron retener porque tuvieron conocimiento que en otra provincia había una alerta de control sobre la carne molida, a pesar de que el producto a la fecha de la retención ya había sido consumido sin que haya generado ningún daño a los beneficiarios.
- 2.36** Asimismo, ONDAC añade que el pronunciamiento de DIGESA sanciona a la Empresa que fabrica la carne molida, el cual no es el rubro de ONDAC, puesto que son comercializadores de diversos productos, por lo tanto, después de la sanción que se aplicó, debieron haber devuelto el dinero; sin embargo, mediante excusas y sin ningún sustento legal, persisten en retener dicho dinero, cuando han transcurrido

más de 19 meses de que el producto –carne molida- ha sido consumido por los beneficiarios.

2.37 Sostiene ONDAC que no existe ningún proceso sancionador en su contra, ni proceso judicial en el que se haya ordenado la retención del dinero, por lo que la decisión de retención resulta arbitraria.

2.38 Además, señala que debe tenerse en cuenta que Qali Warma dispuso la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, previa la conformidad sobre el cumplimiento del contrato, lo cual incluye la cantidad de productos que deberían ser entregados en las Instituciones Educativas, así como el cumplimiento del Cronograma de entrega.

2.39 En ese sentido, conforme a la teoría de los actos propios, ONDAC señala que si Qali Warma otorgó la conformidad sobre el cumplimiento del contrato, existe la obligación de la demandada de cumplir con el pago.

Sobre la Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal.- El Tribunal Arbitral, en mérito al Equilibrio Económico – Financiero en la contratación, apruebe el Reconocimiento e Indemnización Por Concepto De Enriquecimiento Sin Causa, por la suma de S/. 90,454.00 soles, por productos que fueron entregados en su oportunidad y consumidos por los beneficiarios del programa, sin que estos hayan generado daño alguno en los beneficiarios.

2.40 ONDAC señala que Qali Warma reconoce haber ejecutado la retención de una parte de la valorización N° 05, correspondiente al mes de Junio del 2015 (S/. 90,454.00 soles), decisión que resulta arbitraria debido a que no se sustenta en ninguna norma, ni en ningún acto administrativo que justifique legalmente dicha retención.

2.41 Asimismo, ONDAC señala que todos los productos requeridos dentro de los cuales estuvo la carne molida fueron entregados a las Instituciones Educativas en su oportunidad según el cronograma de entrega, por lo que existe la obligación de Qali Warma de reconocer el pago por los productos consumidos en su totalidad.

Asimismo, señalan que debido a ello se otorgó la conformidad en la recepción de las cantidades y calidades requeridas por el programa y, en consecuencia, se entregó la garantía de fiel cumplimiento a ONDAC, por lo que existe la obligación del programa de reconocer el pago por los productos consumidos.

2.42 Al respecto, ONDAC indica que el Código Civil, en su artículo 1954º, establece que *“aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*, con lo cual se reconoce la acción por enriquecimiento sin causa que constituye un mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable.

2.43 Asimismo, ONDAC señala que para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, la doctrina reconoce que es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: *“a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento”*.

2.44 Sobre el particular, ONDAC indica que los productos –carne molida- fueron entregados en las cantidades requeridas y fueron consumidos por los beneficiarios dentro del periodo de atención del programa, es decir entre el 04 de Junio al 02 de Julio del 2015, periodo en el cual no existió ningún problema respecto de los alimentos, por lo que solicitan la devolución de la retención ejecutada por el valor de la carne molida. De no amparar dicha pretensión, ONDAC solicita, alternativamente, que se reconozca la indemnización por enriquecimiento sin causa por la suma de S/. 90,454.00 soles, derivados de la entrega de productos a favor del programa y que han sido consumidos por la población beneficiaria.

Sobre la Pretensión de Indemnización por Daños y Perjuicios. - Reconocimiento y Pago de la Indemnización por Daños y Perjuicios por Lucro Cesante y Daño Emergente, por la suma de S/. 20,000.00 nuevos soles, que deberá pagar la demandada por la actuación ilegal sobre la retención de parte de la valorización N° 05, correspondiente al mes de junio del 2015.

2.45 ONDAC señala que corresponde a Qali Warma reconocer los daños y perjuicios por lucro cesante por la retención ilegal de la suma de S/. 90,454.00, teniendo en cuenta que el contrato corresponde al año 2015, por lo que han transcurrido más de 19 meses.

2.46 Asimismo, ONDAC Indica que sustenta su pedido en el Principio de Equilibrio Económico – Financiero, por el cual se debe ordenar la devolución del monto retenido en forma ilegal.

III. DE LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL COMITÉ Y QALI WARMA

3.1 Mediante los escritos presentados el 1 de marzo de 2017 tanto el Comité como Qali Warma contestan la demanda arbitral, señalando lo siguiente:

FUNDAMENTOS DE HECHO

Respecto de la primera pretensión principal para que el Tribunal disponga que Qali Warma cumpla con el pago del reintegro de la valorización correspondiente a junio de 2015, en lo que respecta al producto carne molida por la suma de S/. 90,454.00, monto que fuera retenido sin justificación legal alguna, más los intereses moratorio y compensatorio desde julio de 2015.

3.2 El demandado establece y/o delimita el marco legal aplicable a la presente relación contractual, conforme a la cláusula séptima de los Contratos, de la siguiente manera:

“El presente CONTRATO está conformado por «*las Bases Integradas por QALI WARMA, con todos sus anexos y formatos, la propuesta técnica y económica del Proveedor, Manual de Compras, así como cualquier documento derivado del proceso de compra que establezca obligaciones para las partes. (...)*»

3.3 Asimismo, señalan que la cláusula décimo novena de los Contratos señala lo siguiente:

"El presente contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por QALI WARMA. Las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normativas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca QALI WARMA para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil."

3.4 Afirman por lo tanto que, de acuerdo al régimen legal especial expuesto, existe una cogestión entre el Comité de Compra (conformado por el Gerente de Desarrollo Social de los gobiernos locales, el Director de las redes de salud, el gobernador y representantes de padres de familia) y el Programa QALI WARMA (entidad pública), a fin de atender la alimentación escolar a nivel nacional; es decir no se debe confundir que el Comité de Compra es una persona jurídica de derecho privado mientras que Qali Warma es un programa social adscrito al MIDIS.

3.5 Indican que, en efecto, conforme a lo pactado por las propias partes en el contrato que es ley entre las partes, la presente relación contractual no se encuentra regulada por la Ley N° 27444 como lo sostiene erróneamente el proveedor, por lo que las disposiciones y principios a los que hace referencia el proveedor en su demanda, en las páginas 3, 4 y 5 no resultan aplicables al presente caso por decisión de ambas partes, las cuales han acordado someterse a la normativa antes descrita.

3.6 Añaden que, incluso en el Manual de Compra aplicable al presente caso, se establece de manera expresa en el numeral 3 que las contrataciones celebradas por el Comité de Compra no se encuentran sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado, consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus modificatorias y normas complementarias.

3.7 Respecto de los fundamentos de la primera pretensión principal de la demanda, la parte demandada advierte que el demandante afirma que no se ha emitido ningún documento que justifique la retención realizada por la suma de S/. 90,454.00, y que el

descuento se realizó con la valorización de junio de 2015, el mismo que resultaría arbitrario dado que los productos fueron distribuidos y consumidos, máxime si la sanción se realizó a la empresa fabricante del producto analizado por DIGESA y no a ellos.

3.8 Sobre el particular, la parte demanda señala que es de pleno conocimiento del proveedor las razones por las cuales se le realizaron los descuentos, pues tal como lo indica en su demanda hubo una alerta sanitaria el 3 de julio de 2015 respecto del producto carne molida de res producido por la empresa MILSPEC FOODS SAC en una institución educativa de la provincia de Santiago de Chuco; es decir, respecto del mismo producto que adquirió el demandante de la referida empresa productora para la atención de los contratos materia de controversia, por lo que se dispuso la inmovilización de los productos. Es por ello que con fecha 17 de agosto de 2015 el proveedor remite la Carta N° 133-2015-OSRL de fecha 17 de agosto, mediante la cual reconoce conocer del problema suscitado con el mencionado producto y solicita que en la valorización quinta no se le retenga el íntegro del pago sino solo el valor del producto, en tanto se pronuncie DIGESA.

3.9 Afirma la parte demandada que por dicha razón se realiza la valorización por la quinta entrega conforme a los informes del 19 de agosto de 2015, en donde se procede a descontar el valor del producto cuestionado, por los mismos importes que indicó el proveedor en la referida Carta N° 133-2015-OSRL, como se puede advertir del expediente de valorización, siendo el monto total de los descuentos realizados S/. 90,454.00.

3.10 Posteriormente, indican que con fecha 26 de enero de 2016 la DIRESA emitió el Auto Directoral N° 0048-2016/DHAZ/DIGESA/SA en la que respecto al producto en cuestión dispone el retiro del mercado y la destrucción del producto carne molida en conservas MRE FOODS, distribuidos a nivel nacional y fabricados desde la emisión de la Resolución Directoral N° 2409-2014/DHAZ/DIGESA/SA, de fecha 16 de julio de 2014.

3.11 En ese orden de ideas, la parte demanda señala que se evidencia que la retención realizada tiene plena justificación y no resulta arbitraria, estando a que finalmente el órgano competente para determinar la inocuidad e idoneidad del producto cuestionado determinó que tales productos debían retirarse del mercado y destruirse, estableciendo las sanciones a la empresa productora, de lo cual tuvo pleno conocimiento el proveedor, quien incluso propuso el descuento del valor del producto cuestionado hasta que se produzcan los resultados finales de DIGESA.

3.12 En tal sentido, la parte demanda señala que si bien el proveedor no es quien produce tales conservas, conforme al numeral 8.6 de la cláusula octava de los Contratos, él es el único responsable administrativo, civil y penal del cumplimiento idóneo de sus prestaciones, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el artículo 1325° del Código Civil, de aplicación supletoria, que establece que quien se vale de terceros para cumplir con su prestación, como acontece en el presente caso, responde por los hechos dolosos y culposos de este; por lo que, en todo caso, le corresponde al proveedor accionar legalmente contra el productor que le proveyó de tales conservas.

3.13 Sostienen que, en cuanto a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, los contratos fueron liquidados, razón por la cual conforme a la última parte de la cláusula décima de los contratos se procedió a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, lo que implica que los contratos fueron cumplidos, pero no necesariamente en su integridad, pues justamente en la valorización referida a la quinta entrega se realizaron los descuentos del valor de las conservas cuestionadas, es decir, el hecho de que se haya devuelto la garantía de fiel cumplimiento no supone per se que se haya otorgado la conformidad al 100 %, como sostiene el demandante, pues en el caso concreto al detectarse conservas entregadas en mal estado, lo que se hizo fue descontar el valor de este producto cuestionado hasta que se expida el informe de DIRESA, tal como lo solicitó el propio proveedor, informe que no hizo más que confirmar la entrega de un producto que no era inocuo, lo cual justifica plenamente la retención realizada.

3.14 En consecuencia, la parte demandada sostiene que se encuentra acreditado que ante la entrega de productos que no era inocuo se procedió a realizar el

descuento del valor de tales productos, razón por la cual solicita que se declare fundada la primera pretensión principal.

Respecto de la primera pretensión alternativa a la primera pretensión principal para que el tribunal, en caso desestime la primera pretensión principal, apruebe el reconocimiento e indemnización por enriquecimiento sin causa, por la suma de S/. 90,454.00, por productos que fueron entregados, consumidos y que no causaron daño alguno en los beneficiarios

3.15 El demandante sostiene que se verifican las siguientes condiciones: a) el enriquecimiento del sujeto demandado y empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.

3.16 Sobre el particular, la parte demandada señala que se deberá tener en cuenta que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución¹.

3.17 Asimismo, señalan que los desplazamientos patrimoniales deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa, por lo que resulta contrario a la equidad que un sujeto pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa o *in rem verso*, la misma que es residual y excluyente, en defensa de su patrimonio que sufrió un desmedro injusto.

3.18 En tal sentido, la parte demandada señala que todos los desplazamientos patrimoniales requieren de una causa que los justifique jurídicamente. De acuerdo

¹ DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, pp. 89-90.

con Trimarchi³, los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

- a. Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños: En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.
- b. Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, pueden tratarse:
 - De hechos del mismo empobrecido, quién por error entregue a otro sujeto un bien no debido;
 - De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil); o,
 - De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.

3.19 La parte demandada sostiene que cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños, el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. Este principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece: "*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*".

Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones distinta al contrato

3.20 La parte demandada sostiene que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una fuente de obligaciones distinta al contrato, en los artículos 1954°

³ TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto Privato*, quindicésima Edizione, Milano, Giuffrè, 2003, p. 332.

y 1955° del Código Civil³. Asimismo, señala que la legislación peruana reconoce la autonomía de dicha institución basándose en la idea de que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de conmutatividad, de tal manera que las prestaciones y contraprestaciones se traten de atribuciones que sean consecuencia de actos jurídicos lícitos y válidamente celebrados.

- 3.21** En ese sentido, sostiene que el fundamento del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad de que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa. De esta manera, la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Así, sostiene Ameal lo siguiente:

“(...) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la doctrina ha caracterizado- como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada”⁴.

- 3.22** Añade la parte demandada que lo mencionado, justifica que legislativamente el enriquecimiento sin causa se presente como una fuente de obligaciones distinta, autónoma e independiente al contrato; regulándose mediante normas sancionadoras que buscan revertir todo enriquecimiento injusto. En palabras de Luis Díez-Picazo:

“Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que

³ La parte demandada señala que nuestro Código Civil reconoce como fuente de obligaciones: i) Contrato, ii) el enriquecimiento sin causa, iii) responsabilidad extracontractual y iv) la gestión de negocios.

⁴ AMEAL, Oscar, “Enriquecimiento sin Causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción”, en: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Directores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1997, p. 1064.

*elimine el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido*⁶.

Sobre el carácter residual del enriquecimiento sin causa

- 3.23** La parte demandada señala que, de conformidad con el artículo 1955° del Código Civil, la procedencia de la acción se encuentra condicionada a la inexistencia de una vía alternativa para resguardar el derecho:

"La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

- 3.24** A partir de esta disposición la parte demanda señala que se puede sostener lo siguiente:

*"(...) la acción general del enriquecimiento sin causa tiene naturaleza complementaria y subsidiaria, pudiendo ser ejercitada cuando falte un título específico sobre el cual pueda fundarse un derecho de crédito"*⁷.

- 3.25** De esta forma, manifiesta que, de existir una acción alternativa a disposición del afectado para hacer valer su crédito, no resultará procedente la acción por enriquecimiento sin causa.

- 3.26** Añaden que el artículo 1955° del Código Civil peruano, según la exposición de motivos, indica sobre la acción de enriquecimiento sin causa que:

"(...) solo procede cuando no es posible accionar por otro motivo (...) ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 30-31.

⁷ ASTONE, Francesco, *L' arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 211.

*empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción no tiene opción para elegir entre las dos procedentes*⁸.

3.27 En consecuencia, la parte demandada sostiene que no se producen los prepuestos necesarios para que proceda el enriquecimiento sin causa, pues por un lado ha quedado demostrada la existencia de una justificación válida para los descuentos realizados, los cuales incluso fueron solicitados por el proveedor y corroborados con lo resuelto por DIGESA, mientras que, por otro lado, por su carácter residual origina su improcedencia debido a que el sistema jurídico le reconoce al proveedor otra vía a efectos de hacer valer su pretensión, lo cual efectivamente realiza en la segunda pretensión principal al solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

3.28 Por estas consideraciones la parte demandada solicita que se declare la Improcedencia de la pretensión alternativa de enriquecimiento sin causa de ONDAC.

Respecto de la segunda pretensión principal para que el tribunal arbitral reconozca una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente por la suma de S/ 20,000.00 que deberá pagar la demandada, por la retención arbitraria, sin mediar documento justificatorio alguno

3.29 La parte demandada señala que carece de todo valor fáctico y jurídico la pretensión por indemnización, debido a que no es posible generar un daño por el solo hecho de mencionarlo; por el contrario, el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, por lo que se procedió a la resolución del contrato de pleno derecho en atención al numeral 16.10 de la cláusula décimo sexta de cada contrato.

3.30 Sostienen que el proveedor debe demostrar que ha sufrido un daño, dado que no es suficiente el dicho de lo expuesto, sino que debe existir la prueba indubitable que lo acredite, por cuanto hablar sin existir hechos concretos no hace suponer un daño cuantificable, dado que para cuantificar es importante determinar cuál es el daño

⁸ REVOREDO, Delia, *Código Civil*, Lima, Okura, 1985, T. VI, pp. 778-779.

generado, por lo que a la fecha se encuentra carente de todo valor lo expuesto en la presente pretensión.

- 3.31** Añade la parte demandada que la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de cuatro presupuestos: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño y (iv) que exista relación de causalidad.
- 3.32** Al respecto, señalan que en términos jurídicos la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.
- 3.33** Señala que, en términos constitucionales, el "daño" que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extra patrimonial.
- 3.34** En tal sentido, la parte demandada señala que los daños pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales y daños extra patrimoniales, las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.
- 3.35** Asevera la parte demandada que la legislación civil, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos dentro del ámbito de la denominada, responsabilidad civil extracontractual.

- 3.36** Por otro lado, la parte demandada sostiene que Giovanna Visintini manifiesta que evaluar el daño derivado de un incumplimiento y del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: an debeat) y en, segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: quantum debeat).
- 3.37** Al respecto, afirman que la primera operación consistente en la individualización del daño resarcible, presupone ya resuelta la cuestión de la imputación de la obligación del resarcimiento a un responsable y la estimación en términos de injusticia de la lesión sufrida por el damnificado, y está sujeta a directivas legislativas y jurisprudenciales dirigidas a circunscribir el área de los perjuicios resarcibles. Por otro lado, respecto de la segunda operación de cuantificación del daño señala que no siempre acompaña a la primera: puede ser enviada a un momento posterior.
- 3.38** Sostiene la parte demandada que cuando se habla de daño injusto, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interés tutelado; en cambio cuando se habla de daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencias al daño resarcible, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, lucro cesante y los sufrimientos morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros.
- 3.39** Sostiene que el lucro cesante debe ser evaluado con equitativa apreciación de las circunstancias del caso, pues no es posible una determinación precisa del daño al ser un daño que se proyecta en el futuro.
- 3.40** Asimismo, señala que, si bien las dos figuras como son el daño emergente y lucro cesante no constituyen criterios para la determinación y la apreciación del daño a los fines del resarcimiento, únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible.
- 3.41** Indica la parte demandada que la diferencia entre estos dos elementos respecto al daño emergente está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras

que el lucro cesante corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento. Por lo que se ha dicho que el concepto jurídico de daño emergente es más amplio que el concepto económico. Así el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar, configura un daño emergente y no lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación.

3.42 Agrega que el daño emergente, según lo define Luis Moisset de Espanés es el *“perjuicio efectivo sufrido en perjuicio de la víctima que ha perdido un bien o un derecho”* o, como lo define Ricardo Luis Lorenzetti, *“es la pérdida o disminución de valores económicos existentes en el patrimonio del acreedor”*

3.43 Asimismo, conforme lo señala Giovana Visintini:

“La doctrina también ha aclarado, a propósito de la figura del daño emergente, que la disminución patrimonial correspondiente se produce no sólo cuando la utilidad perdida estaba ya adquirida, en la material disponibilidad del sujeto damnificado, sino también cuando es objeto de un derecho a incorporar en el patrimonio. Y por eso, se ha dicho, el concepto jurídico de daño emergente es más amplio que el concepto económico. Así, el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar, configura un daño emergente y no un lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación.”

3.44 Ahora bien, la parte demandada afirma que, tratándose de responsabilidad civil lo que corresponde no es sólo sustentar el daño emergente, sino además el cumplimiento efectivo de los cuatro elementos que dan lugar a reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

3.45 Señalan que el daño puede siempre expresarse como emergente y como lucro cesante, y la única deferencia entre los dos elementos está en la mayor dificultad de

prueba inherente a este último, con el resultado de que esta figura se presta más fácilmente para ser sometida a una apreciación equitativa.

3.46 Agregan que en el marco del lucro cesante se hace reingresar, desde hace un tiempo, a nivel de derecho aplicado, la noción de pérdida de chance, en la medida en que se trata de un tipo de daño proyectado en el futuro, esto sirve para penetrar en el lugar del daño patrimonial resarcible, un perjuicio que a menudo es incierto, es decir, vinculado no en modo cierto, sino sólo muy probable, al evento dañoso. Como tal, requiere el recurso al juicio equitativo y se sustrae a la aplicación del principio de la reparación integral que caracteriza el resarcimiento del daño patrimonial.

3.47 Al respecto, la parte demandada cita al Dr. Carlos Fernández Sessarego, quien señala que la referencia al daño a la persona es atribuible, diferenciándolo del daño moral, pues para este autor, existe una clara distinción entre el concepto de “daño a la persona” y el concepto de “daño moral”. Además, distingue el “daño al proyecto de vida” como una grave limitación al ejercicio de la libertad – en que consiste el ser humano – y un componente del denominado daño a la persona.

3.48 Refiere que en opinión del jurista citado el daño moral se enfoca en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que conlleva al sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, *“es un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico”*, por lo que considera que no tiene sentido otorgarle autonomía y en su opinión, se encuentra conceptualmente subsumido dentro de lo que es el daño a la persona, que incide además sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, lo que afecta directamente la manera en que la persona había decidido vivir, trunca su destino perdiendo el sentido mismo de su existencia.

3.49 Sobre el particular, la parte demandada señala que los daños morales son:

“(…) aquellos que se concretan (...) en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.

“Daño moral: Afecta la vida sentimental del ser humano, consistente en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestando dicho estado anímico en el quebrantamiento de la paz y la tranquilidad del espíritu, existe consenso, de otro lado, en que el daño moral aborda la afectación de aquellos sentimientos considerados socialmente dignos, legítimos, por tanto, merecedores de tutela jurídica”

- 3.50 Agrega la parte demandada que, sobre este concepto indemnizatorio, el autor Leysser León Hilario define el daño a la persona de la siguiente manera:

“El daño a la persona es mucho más sencillo de entender; es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. (...)”

- 3.51 Habiendo desarrollado doctrinariamente el daño emergente, el lucro cesante y el daño extrapatrimonial, la parte demandada señala que, de lo expuesto por el contratista, este no acredita con medio probatorio alguno el supuesto daño emergente y lucro cesante que se habrían irrogado, y menos que estos asciendan a la suma de S/. 20,000.00 y S/. 90,454.00, respectivamente; sin perjuicio, de no haber cumplido además con acreditar los demás presupuestos necesarios para que se ampare esta pretensión.

- 3.52 Por las consideraciones expuestas, Qali Warma y el Comité solicitan que se declare infundada la presente pretensión planteada.

Respecto de la tercera pretensión principal relacionada a que el Tribunal Arbitral condene al demandado al pago de la totalidad de los costos arbitrales, que se generen en el presente proceso arbitral.

- 3.53 La parte demandada sostiene que los conceptos que el demandante pretende trasladarles son atribuibles a dicha parte; por lo que solicita que esta pretensión se declare infundada y atribuible íntegramente el pago de todos estos conceptos a la parte demandante.

IV. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 17 de abril de 2017, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia de las partes, fijándose como puntos controvertidos los siguientes:

Respecto a la demanda presentada por ONDAC SRL de fecha 31 de enero de 2017 y las contestaciones de la demanda presentadas por el Comité de Compra la Libertad 1 y Qali Warma el 1 de marzo de 2017.

Primer Punto Controvertido.- Determinar si el Tribunal Arbitral debe disponer que el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (Comité De Compra La Libertad 1 Del Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma), debe cumplir con el pago del Reintegro de la Valorización correspondiente al mes de Junio del 2015, en lo que respecta al producto (Carne Molida), por la suma de S/.90,454.00 soles, así como la eventual condena de los intereses devengados moratorios y compensatorios, desde el día de su incumplimiento, esto es Julio del 2015.

Segundo Punto Controvertido. - Determinar si el Tribunal Arbitral en mérito al Equilibrio Económico – Financiero en la contratación, en caso de desestimar la primera pretensión debe ordenar la aprobación del Reconocimiento e Indemnización por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, por la suma de S/. 90,454.00 soles, por productos que fueron entregados en su oportunidad y consumidos por los beneficiarios del programa.

Tercer Punto Controvertido. - Determinar si corresponde reconocer y ordenar a la demandada el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios por Lucro Cesante y Daño Emergente, por la suma de S/. 20,000.00 nuevos soles.

Cuarto Punto Controvertido. - Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga el Reconocimiento y Pago, de los costos arbitrales, en forma íntegra por parte del PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA - UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD (Comité De Compra La Libertad 1 Del Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma), por ser quienes habrían generado recurrir a esta vía arbitral para exigir el reconocimiento de nuestros derechos patrimoniales.

V. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

a) De la demanda presentada por ONDAC SRL:

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda de fecha 31 de enero de 2017, los cuales fueron señalados en el numeral VII. "MEDIOS PROBATORIOS" identificados como anexos del literal "c" al "k".

a) De las contestaciones a la demanda presentadas por el Comité y la Procuraduría, de fecha 01 de marzo de 2017:

Los documentos ofrecidos y presentados en sus escritos de contestación de demanda los cuales fueron señalados en ambos casos en el numeral III. "MEDIOS PROBATORIOS", identificados como anexos del 1-A al 1-D, en el caso del Comité y 1C al 1-F, en el caso de la Procuraduría.

Asimismo, cabe precisar que mediante resolución N° 12, de fecha 31 de enero de 2018, se admitió de oficio el laudo presentado por Qali Warma el 10 de noviembre de 2017.

VI. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

Mediante Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 17 de abril de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso declarar cerrada la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles para que cumplan con presentar sus alegatos escritos.

Con fecha 2 de mayo de 2017, Qali Warma presenta sus alegatos escritos, el cual se tuvo presente mediante resolución N° 5, de fecha 5 de julio de 2017. Asimismo, en dicha resolución se tuvo por no presentados los alegatos escritos por parte de ONDAC.

VII. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Con fecha 25 de julio de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y las partes, con la finalidad de que éstas informen oralmente sus alegatos escritos.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante resolución N° 15, de fecha 19 de junio de 2018, notificada a ambas partes el 21 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral.

IX. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Resolución N° 16, el Tribunal Arbitral consideró conveniente hacer uso del derecho de la prórroga y amplió el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del día hábil siguiente de vencido el término original.

X. CONSIDERANDOS:

I. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 1. DETERMINAR SI EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE DISPONER QUE EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 1 DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA), CUMPLA CON EL PAGO DEL REINTEGRO DE LA VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE JUNIO DEL 2015, EN LO QUE RESPECTA AL PRODUCTO CARNE MOLIDA, POR LA SUMA DE S/. 90,454.00 SOLES, MONTO QUE FUERA RETENIDO SIN JUSTIFICACIÓN LEGAL ALGUNA, ADEMÁS CON LA CONDENA DE LOS INTERESES DEVENGADOS MORATORIOS Y COMPENSATORIOS, DESDE EL DÍA DE SU INCUMPLIMIENTO, ESTO ES JULIO DEL 2015.**

Considerando lo alegado por las partes respecto a este punto controvertido, es preciso señalar en primer lugar que el demandante sustenta su pretensión alegando que el demandado no ha cumplido con lo pactado en el contrato al no efectuar el

pago de la valorización correspondiente al mes de junio en lo que respecta a la entrega del producto de carne molida.

Por su parte el demandado alega que se ha retenido el total de pago de la valorización correspondiente al mes de junio porque el demandante no había cumplido con la debida diligencia al entregar el producto carne de res molida y que este mismo pidió los descuentos.

En ese sentido corresponde a este tribunal arbitral ver si, en efecto, alguna de las partes ha incumplido, para poder así determinar la procedencia de la pretensión del demandante.

Entonces del caso en concreto y de lo sostenido por el demandante como del demandado respecto a este punto controvertido se desprende que la controversia en este extremo gira en torno a la retención del total del pago de la valorización correspondiente al mes de junio.

Asimismo, se observa del cronograma de entrega el cual es parte integrante de los contratos que la demandante debía entregar del 28 de mayo al 3 de junio los productos que tenían que ser consumidos por los beneficiarios en el periodo del 04 de junio al 02 de julio del 2015. Cabe precisar que respecto a esto el demandante ha sostenido que ha cumplido con dicho cronograma, asimismo no se observa que haya sido cuestionada por la parte demandada.

Es menester también mencionar que de acuerdo a lo sostenido por las partes el día 03 de julio del 2015 se dio una alerta sanitaria en una institución educativa de la provincia de Santiago de Chuco respecto al producto de carne molida cocida en conserva producida por la empresa MILSPEC SAC. Distribuido por el demandante y que a raíz de ello DIGESA emitió el auto 0048-2016/DHAZ/DIGESA/SA del 26 de enero del 2016 mediante el cual ordena el retiro del mercado del producto de carne molida cocida en conserva MR FOODS y su destrucción.

Es por lo expuesto en el anterior párrafo y por lo establecido en el manual de compras del PROGRAMA aplicable al presente caso, en él está previsto que el

proveedor es el único responsable de la inocuidad y calidad de los productos que debía entregar, que el PROGRAMA sustenta la retención del pago de la valorización 05.

Dicho todo lo anterior, este Tribunal Arbitral considera pertinente considerar para resolver la presente controversia lo previsto por el Decreto Legislativo 1062- Ley de Inocuidad de los Alimentos que en su anexo define la inocuidad de alimentos de la siguiente manera:

Inocuidad de alimentos. - La garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman de acuerdo con el uso a que se destinan.

Bajo esa premisa, este Tribunal Arbitral concuerda que quien tenía la responsabilidad de garantizar la inocuidad de los alimentos (producto carne molida res en conserva) era el demandante.

Asimismo, se advierte del manual de compras del PROGRAMA, que el numeral VI.1 "Obligaciones del Proveedor", literal "g" establece "que el único responsable de inocuidad y calidad de las raciones y/o productos que entrega o distribuye".

Entonces, de las normas antes citadas y de los documentos presentados como medio probatorios, tales como el auto 0048-2016/DHAZ/DIGESA/SA, emitido por DIGESA, que conforme al artículo 14⁹ del Decreto Legislativo 1062, es la entidad competente a nivel nacional en materia de inocuidad de los alimentos destinado al consumo humano, este tribunal Arbitral concluye que los productos entregados por el demandante en el mes de junio no cumplían con las condiciones de salubridad.

Cabe precisar asimismo que otro argumento del DEMANDANTE bajo el cual ampara esta pretensión es que los productos que entregó en el mes de junio fueron consumidos por los beneficiarios, argumento que este Tribunal Arbitral considera erróneo toda vez que después de analizar las normas citadas anteriormente y de

⁹ El Ministerio de Salud a través de la Dirección General de Salud Ambiental es la autoridad de salud de nivel nacional y tiene competencia exclusiva en el aspecto técnico, normativo y de supervigilancia en materia de inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano, elaborados industrialmente, de producción nacional o extranjera. (...)

los resultados que arrojó la intervención de DIGESA es claro que el DEMANDANTE incumplió con la prestación del mes de junio, al no entregar los productos con las condiciones de salubridad requeridas ya que este tribunal considera que tratándose de productos que estaban destinado al consumo humano existe la responsabilidad del DEMANDANTE más allá de la sola entrega de los productos, velar por que estos se encuentren en buen estado. Lo que evidentemente no ha cumplido el DEMANDANTE.

Sin perjuicio del desarrollo conceptual de las prestaciones que deben de realizar las partes en el presente contrato, debemos de señalar que el contratista mediante las vías competentes reclamar que su proveedor MILSPEC S.A.C la entrega de productos defectuosos que no son aptos para el consumo humano.

Cabe precisar que nos encontramos ante un incumpliendo no solo cuando la obligación se incumpla de forma total, sino también cuando esta se cumple de manera parcial, tardía o defectuosa tal y como se desprende del artículo 1321 del Código Civil que en su segundo párrafo señala:

*“el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o **defectuoso** (...)” (El subrayado en negrita es del Tribunal Arbitral).*

Por otro lado, el DEMANDANTE alegó que la retención del pago correspondiente a la valorización N° 05 resultaba arbitraria al no contar un sustento legal o un acto administrativo que así lo dispusiera, por su parte el PROGRAMA respondió a esto alegando que no son de aplicación al presente caso la ley 27444- ni la ley de Contrataciones del Estado por lo que el PROGRAMA no tiene por qué sujetarse a lo dispuesto a dichas normas y que además de ello DIGESA ya había determinado que los productos (carne molida de res en conserva) no contaban con las condiciones de salubridad, por lo que la retención del pago no sería arbitraria.

En ese sentido corresponde a este Tribunal Arbitral verificar si el PROGRAMA actuó dentro de los parámetros legales que no conviertan en arbitraria la retención del pago de la valorización 05.

Conforme se ha señalado en el presente laudo la normativa aplicable a la presente controversia son el manual de compras del PROGRAMA y de forma supletoria el Código Civil, por lo que no corresponde hacer referencia y muchos menos tener en consideración la ley N° 27444 y la ley de contrataciones con el estado.

Y que habiéndose acreditado mediante la intervención de DIGESA la responsabilidad del demandante al no cumplir con la inocuidad de los productos que entregó en el mes de junio y por ende acreditado el incumplimiento del DEMANDANTE de la prestación del mes de junio, al hacerlo de forma defectuosa, este Tribunal Arbitral resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda en este extremo por lo que no corresponde disponer que el programa nacional de alimentación escolar Qali Warma (comité de compra la libertad 1 del programa nacional de alimentación escolar Qali Warma), cumpla con el pago del reintegro de la valorización correspondiente al mes de junio del 2015, en lo que respecta al producto carne molida, por la suma de s/. 90,454.00 soles, monto que fuera retenido sin justificación legal alguna, además con la condena de los intereses devengados moratorios y compensatorios, desde el día de su incumplimiento, esto es julio del 2015.

2. DETERMINAR SI EL TRIBUNAL ARBITRAL EN MÉRITO AL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LA CONTRATACIÓN, EN CASO DE DESESTIMAR LA PRIMERA PRETENSIÓN SE SOLICITA SE APRUEBE EL RECONOCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, POR LA SUMA DE S/90,454,00 SOLES, POR PRODUCTOS QUE FUERON ENTREGADOS EN SU OPORTUNIDAD Y CONSUMIDOS POR LOS BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA.

Cabe recordar que, respecto a este punto controvertido, el DEMANDANTE ha señalado que, pese a que los productos que entregó en el mes de junio fueron consumidos por los beneficiarios, EL PROGRAMA no ha procedido hasta la fecha a realizar el pago correspondiente a la valorización N° 05 del mes de junio y es por ello que solicita S/90,454,00 soles por enriquecimiento sin causa.

Corresponde entonces a este Tribunal precisar lo que se entiende por Enriquecimiento sin causa, en ese sentido en primer lugar debemos hacer mención que el Código Civil contempla esta figura en su libro VII "Fuentes de obligaciones" en su sección cuarta de la siguiente manera:

Art 1954.- definición

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Art. 1955.- Improcedencia de la Acción

La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

Por su parte la Doctrina señala que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución, denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado, sin justa causa, una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.¹⁰

Asimismo Ludwig nos dice que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello en que injustificadamente se enriqueció¹¹.

Ahora bien, la doctrina también se ha encargado de desarrollar los elementos que deben concurrir para la procedencia de una indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo estas las siguientes¹²:

¹⁰ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

¹¹ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 2.ª Ed., Volumen Segundo, p.

¹² LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 380.

- (i) el enriquecimiento del demandado;
- (ii) el empobrecimiento del demandante;
- (iii) la relación causal entre esos hechos;
- (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y, finalmente,
- (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Respecto a ello, este Tribunal Arbitral considera que si bien es cierto el PROGRAMA no ha contradicho el hecho de que los productos (carne molida de res en conserva) entregados por el demandante en el mes de junio fueron consumidos, también es cierto que del análisis de los medios probatorios y de los resuelto en el primer punto controvertido que se ha acreditado fehacientemente que dichos productos no estaban en condiciones de ser consumidas dado su mal estado, configurando así una potencial amenaza para la salud de los beneficiarios.

Es así que si bien es cierto existe un aparente beneficio para el Programa, y enriquecimiento al no responder recíprocamente el empobrecimiento del demandante que se vio afectado en su patrimonio por la retención del pago de la valorización N° 05, este Tribunal Arbitral arribó a la conclusión de que ello es atribuible únicamente al demandante por el solo hecho de ser el único responsable de velar por la inocuidad de los productos que entregaba, en ese sentido consideramos que si existe una causa que justifique la retención de dicho pago.

Entonces, podemos observar que los tres primeros elementos se dan en el presente caso, sin embargo, el cuarto elemento no se presenta por lo que carecería de relevancia analizar la concurrencia del último elemento, dado que para la procedencia de la indemnización por enriquecimiento sin causa es necesario que los elementos se presenten de forma conjunta.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores se debe declarar **INFUNDADA** la demanda en este extremo por lo que no corresponde aprobar el reconocimiento e indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa a favor del demandante, por la suma de S/ 90,454,00 soles, por productos que fueron entregados en su oportunidad y consumidos por los beneficiarios del programa.

3. DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR A LA DEMANDADA EL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE, POR LA SUMA DE S/. 20,000.00 NUEVOS SOLES.

Respecto a este punto cabe precisar, en primer lugar, que los daños pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales, entendiéndose por los primeros como aquellas lesiones a los derechos patrimoniales; y, los segundos, a lesiones a los derechos de naturaleza no patrimonial, como es el caso del daño moral¹³.

Asimismo, debemos precisar que, en el presente caso nos encontramos frente a lo que la doctrina llama daño patrimonial; y, en se sentido, debemos anotar que éste se subdivide en dos categorías; el daño emergente y el lucro cesante, entendiéndose por el primero como 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”¹⁴ del dañado.

El lucro cesante es aquel que está constituido por los ingresos que se ha dejado de percibir como consecuencia del incumplimiento de la obligación del demandado.

El concepto de lucro cesante se refiere a una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, ilícito o perjuicio ocasionado o imputado a un tercero.

Cabe mencionar que sobre el tema el artículo 1321° del Código Civil establece:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

¹³ TABOADA CORDOBA, Lizardo, “Elementos de la Responsabilidad Civil”, edit. Jurídica Grijley, 2da edición 2003, p.62.

¹⁴ Massimo BIANCA, *op. cit.*, 116.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Teniendo en consideración lo desarrollado en líneas arriba, corresponde que este Tribunal Unipersonal corrobore en el presente punto controvertido si es que existe o no daño causado por parte de la Entidad al Contratista; en ese sentido, se debe verificar que los presupuestos de la responsabilidad civil contractual se cumplan; y, como consecuencia de ello, evaluar la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios a favor del contratista.

En cuanto a los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual la doctrina¹⁵ ha considera cuatro:

a) **Antijuricidad.**- (...) algo es antijurídico no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad. (...).

En el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta de incumplimiento total de una obligación, o del cumplimiento tardío o moroso.

b) **El daño causado.**- se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo (...). Se sostiene que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil (...).

c) **La relación de causalidad.**- este es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típicas o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

¹⁵ TABOADA CORDOBA, Lizardo, "Elementos de la Responsabilidad Civil", edit. Jurídica Grijley, 2da edición 2003,

d) **Factores de atribución.**- *son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil una vez que se han presentado los requisitos antes mencionados (...) en el campo de la responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa y está a la vez se clasifica en culpa leve, culpa grave o inexcusable y el dolo (...)*”.

Cabe recordar también que, en el presente caso, nos encontramos frente a un pedido de indemnización por daños y perjuicios, y la doctrina se ha encargado de ser específica en cuanto a ello, señalando que los daños y perjuicios procederá cuando se presenten de forma copulativa los siguientes presupuestos¹⁶:

- a) La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;
- (b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y
- (c) El daño.

Respecto a la inejecución de la obligación, este Tribunal Arbitral ha podido advertir que la obligación del Programa consistía en pagar lo correspondiente por la entrega de los productos que realizó el demandante en el mes de junio, sin embargo tal y como ha quedado acreditado, el PROGRAMA retuvo dicho pago por el cumplimiento defectuoso de la obligación que tenía el demandante - Lo cual como ha precisado este Tribunal arbitral- nos pone en un marco de incumplimiento de contrato, y que ello evidencia que quien incumplió el contrato fue el demandante.

En ese sentido, este colegiado aprecia que el primer supuesto, para que proceda una indemnización por daños y perjuicios a favor del demandante, sería que el PROGRAMA haya incumplido el contrato y que dicho incumplimiento le haya causado daños al demandante, caso, que en la presente controversia no ha

¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe, “La indemnización de daños y perjuicios” S.f., p.398.

sucedido, toda vez que ha quedado acreditado que quien incumplió el contrato al no velar por la inocuidad de los productos que entregaba fue el demandante, por lo tanto, este tribunal Arbitral advierte que el elemento objetivo para la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios no se da en el presente caso.

Siendo ello así, no corresponde pronunciarse sobre los otros elementos, dado que la no presencia de uno solo de ellos, basta para que esta pretensión no se ha amparada, por lo tanto, debe declararse **INFUNDADA** la demanda en este extremo, no correspondiendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente, por la suma de s/. 20,000.00 nuevos soles a favor del demandante.

4. DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DISPONGA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO, DE LOS COSTOS ARBITRALES, EN FORMA ÍNTEGRA POR PARTE DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA-UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD (COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 1 DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA), POR SER QUIENES HAN GENERADO RECURRIR A ESTA VÍA ARBITRAL PARA EXIGIR EL RECONOCIMIENTO DE NUESTROS DERECHOS PATRIMONIALES.

MD
[Signature]
Cabe precisar en primer lugar que el Reglamento de Arbitraje del CENTRO en su artículo 104° establece que el Arbitro se pronunciaría en el Laudo sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo lo pactado en el convenio arbitral y si en caso no exista dicho pacto, será de cargo de la parte vencida en el proceso Arbitral.

Sin perjuicio de ello, en su segundo párrafo del artículo precitado del reglamento de Arbitraje del CENTRO, señala que los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje.

Por su parte el Decreto Legislativo N° 1071, ley que norma el Arbitraje, en el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución los costos indicados en su artículo 70°.

Del mismo modo, el numeral 1) del artículo 73° de la misma normativa, señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de la parte vencida.

Ahora bien, considerando que en el presente caso el convenio arbitral no establece nada respecto a los costos y conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, este Tribunal Arbitral considera que durante todo el desarrollo del proceso ambas partes han actuado en igualdad de condiciones, defendiendo ambas sus respectivas posiciones respecto a la controversia, por lo que este tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago íntegro de los gastos del proceso arbitral, en ese sentido cada parte deberá asumir en forma proporcional los costos del proceso arbitral.

XI. LAUDA:

PRIMERO: declarar **INFUNDADA** la primera pretensión no correspondiendo disponer la demandada cumpla con el pago del reintegro de la valorización correspondiente al mes de junio del 2015, en lo que respecta al producto carne molida, por la suma de s/. 90,454.00 soles a favor del demandante.

SEGUNDO: declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión por lo que no corresponde aprobar el reconocimiento e indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa a favor del demandante, por la suma de S/. 90,454.00 (noventa mil cuatrocientos cincuenta y cuatro con 00/100 soles).


TERCERO: declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión no correspondiendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño

emergente, por la suma de S/. 20,000.00 soles (veinte mil con 00/100 soles) a favor del demandante.

CUARTO: DISPONER que el pago de los costos del proceso arbitral sea asumido en forma proporcional por el demandante y demandada.



Roberto Carlos Benavides Pontex
Presidente del Tribunal Arbitral



Milton Israel Ampudia Barrera
Árbitro

Liliana Carolina Cabrera Moncada
Árbitro