



Caso: CONSORCIO UCAYALINO vs. COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (CONTRATO N° 9-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES)

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 20 de julio de 2018

Señores

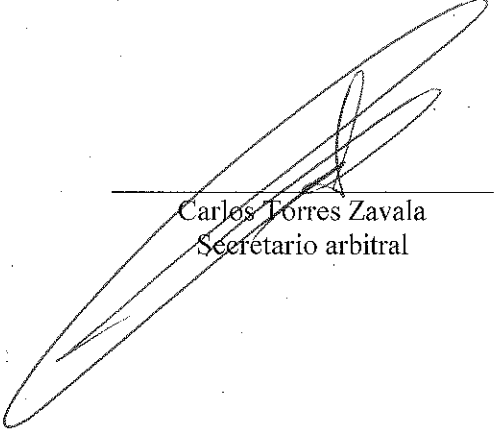
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

Av. Nicolás de Piérola N° 826 – Cercado de Lima - Lima

Presente.-

De mi consideración,

Por medio del presente, le saludo cordialmente, con la finalidad de remitirle un (01) juego del Laudo Arbitral que resuelve el Arbitraje Ad Hoc seguido por el CONSORCIO UCAYALINO vs. COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 y el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (CONTRATO N° 9-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES); el mismo que consta de 39 folios.



Carlos Torres Zavala
Secretario arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1182912
REGISTRO N° 00052092-2018
REGISTRADOR: tcubam
FECHA: 20/07/2018 15:05:55
PP
Folios : 21

70-2018-0001
1/1/18

Arbitraje de Derecho seguido entre

CONSORCIO UCAYALINO
(DEMANDANTE)

y

COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA
(DEMANDADOS)

LAUDO ARBITRAL

(CONTRATO N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES)

TRIBUNAL ARBITRAL

J
JOSÉ MANUEL PAZ VERA (Presidente)
JUAN MANUEL BANDA BARRIONUEVO
LUIS ENRIQUE AMES PERALTA

SECRETARIO ARBITRAL
CARLOS TORRES ZAVALA

En representación del Demandante
Dr. Carla Bereniz Corimanya Bautista

En representación del Demandado
Dr. Carlos Aurelio Figueroa Iberico
Procurador Público

Resolución N° 11

En Lima, a los 12 días del mes de julio 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, escuchado los argumentos esgrimidos de las mismas y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin –por decisión de las partes– a la controversia planteada.

I. CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral se encuentra en la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES, suscrito con fecha 16 de abril de 2015 (en adelante, EL CONTRATO).
2. Asimismo, en la Cláusula Vigésima de EL CONTRATO, se ha considerado la figura de la Extensión del Convenio Arbitral, a fin de que terceros puedan participar en el arbitraje, en ese sentido, dicha cláusula señala:

“A efectos de la participación de QALI WARMA en la resolución mediante arbitraje de todo litigio y controversia derivado o resultante de este contrato, se aplicará lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, mediante el cual se extiende el convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Con fecha 20 de julio de 2017, se citó al Comité de Compras Ucayali 02 y al Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral para el día 31 de julio de 2017, a las 15:30 horas; y con fecha 21 de julio 2017 convocó al Consorcio Ucayalino a la referida audiencia.
4. Con fecha 31 de julio de 2017, se llevó a cabo el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc del arbitraje derivado del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES, con la presencia de los representantes de las partes. En esta Audiencia, los miembros del Tribunal ratificaron haber sido designados conforme a ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con éstas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.
5. En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería nacional y de derecho, se designó como secretario arbitral al abogado Carlos Torres Zavala, señalando como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, siendo la sede arbitral las oficinas ubicadas en Av. República d Panamá N° 3418, oficina 301 – “Torre Barlovento”, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.
6. De igual manera, se establecieron las reglas procedimentales aplicables al presente arbitraje, esto es, las reglas establecidas en el Acta de Instalación y, en su defecto, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017; asimismo, el Manual de Compras aprobado por el Programa Qali Warma; y, en caso de deficiencia o vacío de reglas que anteceden, el Colegiado resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales de derecho.
7. Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reconsideró ningún extremo del contenido de la referida Acta de Instalación, por lo que se dio por

instalado el presente arbitraje y otorgó a la parte demande un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda.

III. DEMANDA Y ARGUMENTOS DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR LAS PARTES

8. Con escrito de fecha 21 de agosto de 2017, el Consorcio Ucayalino, dentro del plazo otorgado, presentó su demanda arbitral, correspondiente al arbitraje derivado del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES, presentando los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su demanda, así como sus pretensiones arbitrales y los medios probatorios correspondientes.

9. Con escrito de fecha 13 de setiembre de 2017, el Programa QaliWarma, dentro del plazo otorgado, contestó la demanda arbitral e interpuso reconvenición.

10. El Consorcio Ucayalino no absolvió el traslado de la reconvenición.

IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ARBITRAJE DERIVADO DEL CONTRATO N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES:

11. Con fecha 20 de setiembre de 2017, mediante Acta de Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Pruebas, se determinaron los Puntos Controvertidos, según el siguiente detalle:

DE LA DEMANDA:

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la penalidad aplicada al Consorcio Ucayalino por el monto ascendente a S/ 160,330.66 más los intereses legales y moratorios; y determinar si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma efectuar el pago al Consorcio Ucayalino por el monto S/ 160,330.66.

*Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta*

- Determinar si corresponde o ni ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma pagar al Consorcio Ucayalino el monto S/ 600,000.00 más los intereses legales por concepto de indemnización (daño emergente y lucro cesante).
- Determinar si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma asumir el pago del 100% de las costas y costos del arbitraje.

DE LA RECONVENCIÓN¹:

- Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio Ucayalino el pago de cualquier otra penalidad que se encuentre pendiente de determinación y/o aplicación, producto y generado del incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI/RAC.
- Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio Ucayalino asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación para su mejor defensa en el proceso arbitral.

POSICIÓN DEL CONSORCIO UCAYALINO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

“Que se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la penalidad aplicada al Consorcio Ucayalino por el monto ascendente a S/ 160,330.66 más los intereses legales y moratorios; y que en consecuencia se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma efectúe el pago al Consorcio Ucayalino el monto S/ 160,330.66”

¹ Cabe precisar que mediante escrito de fecha 02 de mayo de 2018, los demandados se desistieron de la primera pretensión principal de su reconvencción, solicitud que fue aceptada por el Tribunal mediante Resolución N° 9 de fecha 24 de mayo de 2018, cuyo punto controvertido era: *“Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio Ucayalino el pago de cualquier otra penalidad que se encuentre pendiente de determinación y/o aplicación, producto y generado del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RAC.*

12. La cláusula décimo quinta del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES establece el procedimiento para la inaplicación de penalidad:

“CLAUSULA DECIMO QUINTA: PENALIDADES

*15.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bass y/o en el presente Contrato, y aquella responde a circunstancias imputables a **EL PROVEEDOR**. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria de **EL COMITÉ** y de las acciones legales que correspondan.*

*15.2 La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determina que el monto de las penalidades y la deducción correspondiente, en los casos que el **PNAEQW** aplique penalidades, comunicara a la Unidad Territorial para que ésta la comunique al **COMITÉ**. La opinión del **PNAEQW** es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**. El **COMITÉ** notificará al **PROVEEDOR** las penalidades impuestas vía carta notarial.*

15.3 Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el Manual de Compra. La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determinará la forma y oportunidad de la aplicación de la penalidad.

*15.4 No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor **EL PROVEEDOR** se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en la condiciones pactadas. En este caso, **EL PROVEEDOR** podrá solicitar por escrito a **EL COMITÉ** dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. **EL COMITÉ** trasladará el pedido, en un plazo máximo de 48 horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, llevará [SIC] el expediente a la Unidad de Transferencia y rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La opinión del **PNAEQW** es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de **EL COMITÉ**.”*

13. De acuerdo a lo indicado por el demandante, de la citada cláusula del contrato se advertiría los siguientes puntos:

“(…)

(i) *Que es la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW quien determina el monto de las penalidades.*

(ii) *Que, no se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor EL PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario.*

(iii) *Que, EL PROVEEDOR podrá solicitar por escrito a EL COMITÉ dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud.*

(iv) *Que existe un procedimiento para que se resuelva la solicitud de inaplicación de penalidades el cual es el siguiente: EL COMITÉ trasladará el pedido, en un plazo máximo de 48 horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencia y rendición de Cuentas para su pronunciamiento.*

(v) *Que la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas quien se pronunciará respecto a la solicitud de inaplicación de penalidades, dicho pronunciamiento debe ser comunicado al proveedor.*

Sin embargo, a pesar de que existe un procedimiento establecido por el mismo PNAEQW para que se resuelva la solicitud de inaplicación de penalidades, éste no ha sido respetado y de manera arbitraria e ilegal se le ha impuesto penalidades a mi representada vulnerando el debido procedimiento, lo cual trae como consecuencia que las penalidades aplicadas y comunicadas mediante la Carta N° 043-2016.COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 resulten ineficaces.

De la Carta N° 043-2016-COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 se advierten ciertas deficiencias que acreditan que las penalidades aplicadas son ineficaces e inválidas, pues siendo la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW la encargada de determinar el monto de las penalidades ha sido la Unidad Territorial de Ucayali quien las ha determinado. Lo manifestado tiene

sustento pues en la *citada carta de aplicación de penalidades se señala como documentos sustentatorios los emitidos por la Unidad Territorial Ucayali y ninguno de los de la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW(Unidad encargada de determinar los montos de penalidades según EL CONTRATO y el Manual de Compras)*

- *Informe N° 158-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUCAY-CTT*
- *Informe N° 199 Y 200-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-CTT*
- *Informe N° 208-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-CTT*
- *Informe N° 221-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-CTT*
- *Informe N° 246-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-CTT*
- *Informe N° 032-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-SP&A-MAEB*
- *Informe N° 256 Y 260-2015-MIDIS/PNAEQW-UTUAY-CTT*

14. Por otro lado, el demandante señala que la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma no se ha pronunciado sobre sus solicitudes de inaplicación de penalidades por caso fortuito, que fueron las siguientes:

- *Carta N° 00123-2015-CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 04 de setiembre del 2015.*
- *Carta N° 0215-2015-CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 04 de setiembre del 2015.*
- *Carta N° 0233-2015-CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 09 de noviembre de 2015.*
- *Carta N° 0257-2015-CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 18 de noviembre del 2015.*
- *Carta N° 0270-2015-CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 23 de noviembre del 2015.*
- *Carta N° 0280-2015/CU recibida por la Unidad Territorial de Ucayali el 26 de noviembre del 2015.*

15. Asimismo, el demandante señala que en el presente caso no se ha cumplido con los requisitos y formalidades para la aplicación de penalidades, los cuales serían los siguientes:

“(i) La Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del PNAEQW no ha sido quien ha determinado el monto de las penalidades, lo cual contraviene el numeral 15.2 de la cláusula décimo quinta de EL CONTRATO y el numeral 92) del Manual de Compras.

“(ii) La Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del PNAEQW no se ha pronunciado respecto a nuestras solicitudes ni hemos tenido respuesta alguna por parte de ellos, lo cual contraviene el numeral 94) del Manual de Compras.

“(iii) EL COMITÉ no ha sesionado para aplicar las penalidades siendo un requisito obligatorio, lo cual contraviene el literal d) del numeral 15) del Manual de Compras.

“(iv) La decisión de aplicar penalidades no consta en Actas, lo cual contraviene el numeral 13) del Manual de Compras.”

POSICIÓN DEL PROGRAMA QALI WARMA RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

16. El demandado indica en su escrito de contestación que en la Cláusula décimo quinta del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RAC se establece un procedimiento para la aplicación de penalidades, las cuales fueron las siguientes:

“(a) EL COMITÉ notificará al PROVEEDOR las penalidades impuestas vía carta notarial, previamente identificadas por la UT determinada y deducida por la Unidad de Transferencia del programa.

- *Requisito que se satisfizo con el envío mediante conducto notarial de la Carta Nro. 043-2016-COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 con fecha 02.02.16 en la cual se hizo de conocimiento la aplicación de penalidades en las*

valorizaciones 14°, 15°, 16°, 17°, 21°, 22°, 23° y 24° de entrega, valorizaciones las cuales como lo establece el Manual de Compras en su numeral 86) y en la cláusula 15.2 del contrato son realizadas por la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del programa (...)

Por lo tanto es erróneo lo manifestado por el contratista en cuanto manifestar que la imposición de penalidades fue determinada por la Unidad Territorial de Ucayali estando está a cargo de la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas en las valorizaciones respectivas en la cuales serán deducidas de los pagos correspondientes a cada entrega de conformidad con la cláusula 15.3 del contrato (...)”

19. Asimismo, el demandado manifiesta que los informes adjuntos a la carta notarial, mediante la cual comunicó sobre las penalidades al Consorcio Ucayalino, son los documentos que sirvieron para acreditar la identificación y sustentación de las penalidades, por parte de la Unidad Territorial Ucayali, conforme a lo establecido en la cláusula décimo quinta del Contrato N° 09-2015-CC-UCAAYALI2/RAC.

20. De otro lado, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma indica que el numeral 15.4 de la cláusula décimo quinta del Contrato N°09-2015-CC-UCAAYALI2/RAC establece el procedimiento para solicitar la inaplicación de penalidades, cuyo texto es el siguiente:

“(…)

15.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el presente Contrato, y aquella responda a circunstancias imputables a EL PROVEEDOR. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria de EL COMITÉ y de las acciones legales que correspondan.

15.2 La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determina que el monto de las penalidades y la deducción correspondiente, en los casos que el PNAEQW aplique penalidades, comunicara a la Unidad Territorial para que ésta la comunique al COMITÉ. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por

*Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta*

parte del COMITÉ. El COMITÉ notificará al PROVEEDOR las penalidades impuestas vía carta notarial.

15.3 Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el Manual de Compra. La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determinará la forma y oportunidad de la aplicación de la penalidad.

15.4 No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor EL PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, EL PROVEEDOR podrá solicitar por escrito a EL COMITÉ dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. EL COMITÉ trasladará el pedido, en un plazo máximo de 48 horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencia y rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de EL COMITÉ.

15.5 En caso que el monto de las penalidades aplicadas en un determinado Contrato superen los montos pendientes de pago, las mismas serán pagadas con cargo a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento o de la Retención del 10% en caso de MYPE."

21. Así, el demandado manifiesta que las cartas enviadas por el Consorcio Ucayalino, solicitando la inaplicación de penalidades, no se ajustaron al procedimiento dispuesto por el contrato, señalando lo siguiente:

"(...)

- *El Contratista manifiesta que: "la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del PNAEQW no se ha pronunciado respecto a nuestras solicitudes ni hemos tenido respuesta alguna por parte de ellos", en ese sentido y de la transcripción de la cláusula respectiva, acreditaremos que las cartas enviadas por el contratista solicitando la inaplicación de penalidades no se ajustaron al procedimiento establecido por el contrato y por lo tanto resultan ineficaces en cuanto al fondo del asunto:*

Primer Paso:

No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor EL PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio en las condiciones pactadas. En este caso EL PROVEEDOR podrá solicitar por escrito a EL COMITÉ dentro de las 48 horas de ocurrido el evento

- *Como podrá apreciar el colegiado el procedimiento correcto para solicitar la inaplicación de penalidades era con la comunicación por escrito AL COMITÉ.*
- *De la revisión de las Cartas mediante las cuales se solicita esta inaplicación de penalidades, el tribunal podrá apreciar que TODAS Y CADA UNA de ellas son dirigidas al Jefe de la Unidad Territorial y no al Presidente del Comité de Compras Ucayali 2, teniendo sello de recepción de la Unidad Territorial de Ucayali , por lo tanto, al incumplirse con el procedimiento establecido, no existe una comunicación válida al comité y por ende se tiene por consentidas las penalidades aplicadas.*

Segundo Paso:

- *Que, debido a este hecho (el inválido conocimiento por parte del Comité de Compras de la solicitud de inaplicación de penalidades) el contratista no puede argüir una falta de pronunciamiento de la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas a sus solicitudes de inaplicación de penalidades y el incumplimiento por parte del comité de comunicar el mismo a la Unidad Territorial en el plazo de 48 horas (cuando no fue válidamente notificado) más aún la cláusula en desarrollo tampoco establece que la unidad en mención tenga que "comunicar su pronunciamiento al proveedor".*

(...)

- *Finalmente el contratista manifiesta que: "Por otro lado, como tercer incumplimiento del PNAEQW a su propio procedimiento es que EL COMITÉ no ha sesionado para aplicar las penalidades siendo un requisito obligatorio según el*

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta

literal d) del numeral 15) del Manual de Compras”; a este extremo de los fundamentos de la demanda queremos absolver lo siguiente:

La redacción de la norma en mención es como sigue:

15) El Comité de Compra sesiona de forma obligatoria en los supuestos siguientes:

“d. Para implementar, a solicitud del Jefe de la Unidad Territorial para, entre otras acciones, las opiniones técnicas que el PNAEQW emite sobre incumplimientos contractuales que conlleven a resoluciones, nulidades, penalidades y/o requerimientos de suscripción de adendas por incremento o reducción de prestaciones.”

De la lectura integral de este numeral del manual de Compras se puede establecer claramente que el Comité de Compra sesionará siempre y cuando exista una solicitud expresa del jefe de la Unidad Territorial, requisito sine qua non para que esta sesión tenga carácter obligatorio, y que en el presente proceso no se ha dado; bastando por la aplicación de penalidades ceñirse al procedimiento establecido en la Cláusula Décimo Quinta del contrato y numeral V.6 Aplicación de Penalidades del Manual de Compras, instrumento en él que no se establece como parte del procedimiento la sesión obligatoria del Comité como requisito de validez del procedimiento.

- De lo señalado, ha quedado debidamente acreditado la inexistencia de una causa objetiva para amparar la solicitud de declarar la nulidad, invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas, válidamente comunicadas notarialmente mediante Carta Nro. 043-2016-COMITÉ DE COMPRAS UCAYALI 2; debe tener en cuenta el tribunal que no existe disposición alguna que exija para la validez de las penalidades aplicadas, que se deba poner a conocimiento del proveedor, los informes y documentos que sustenten la penalidad aplicada, lo que no implica que no estén debidamente motivadas y que el proveedor tome conocimiento de las razones por las cuáles se le aplicaron las penalidades y a cuánto ascienden estas, bastando que se configure la situación de incumplimiento prevista para que se

aplique la penalidad automáticamente, no estableciéndose en ninguna disposición aplicable a la presente relación contractual algún plazo para informar de la aplicación de tales penalidades.”

POSICIÓN DEL CONSORCIO UCAYALINO RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

“Que se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma pague al Consorcio Ucayalino el monto de S/ 600,000.00 más intereses legales por concepto de indemnización (daño emergente y lucro cesante)”

22. El demandante solicita que se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma el pago de una indemnización por el monto total de S/ 600,000.00, por concepto de daño emergente y lucro cesante, señalando los siguientes argumentos:

“El artículo 1969° del Código Civil Peruano señala que: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”.

El artículo 1985° del Código Civil Peruano establece el contenido de la indemnización señalando lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

En ese sentido, atendiendo a lo establecido en nuestro Código Civil peruano solicitamos el pago de indemnización más intereses legales a nuestro favor por el concepto de daño emergente y lucro cesante, para lo cual, a continuación, procederemos a desarrollar los fundamentos de la presente pretensión.

*Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta*

La indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia: (i) Contractuales son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento y (ii) Extracontractuales son aquellas que no proceden de un contrato porque su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provocar un daño a otras personas.

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.

Ahora, existen diferentes tipos de daños reparables, pero el daño cualquiera que sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro pero cierto.

*En el presente caso, al haber demostrado que **EL COMITÉ** aplicó a mi representada penalidades sin sustento y sin eficacia se demuestra también que se nos ha generado un daño cierto, pues, a causa de la aplicación de dichas penalidades se nos ha retenido la suma de S/. 160,330.06, monto dinerario que correspondía a la contraprestación por los servicios brindados y que estaba destinado como capital para desarrollar los negocios en lo que **EL CONSORCIO** se ve inmerso.*

Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño. La emergencia se produce en distinta épocas pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima ya tenía. Por consiguiente, el daño emergente comprende tanto daños inmediatos como daños futuros.

El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de PAULI se completa con la idea del lucro cesante: quantum mihi abest quantum que lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gane debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente.

Además de los requisitos de la responsabilidad civil como son la conducta antijurídica y el daño causado, es necesario un tercer requisito de orden fundamental denominado "relación de causalidad", que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal indemnizar.

Esto significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor.

La relación de causalidad es pues un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. La diferencia reside en que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa.

Habiendo establecido la necesidad de ese tercer requisito de la responsabilidad civil, corresponde ahora determinar el sentido de la noción de causa adecuada para poder entender el significado de la relación causal en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido, ¿cuándo se debe entender que una conducta es causa adecuada de un determinado daño? La respuesta a esta interrogante es la siguiente: para que una

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta

conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto.

El factor in concreto debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o materia, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado deber ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este favor, pues es necesaria la concurrencia del facto in abstracto para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: La conducta antijurídica abstractamente considerada de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

*Considerando lo expuesto, en el presente caso concurren los dos factores tanto el in concreto como el in abstracto. El factor in concreto se configura con la Carta N° 043-2016-COMITE DE COMPRA UCAYALI 2 mediante la cual se comunica a mi representada las penalidades aplicadas, la cuales se aplicaron de manera ilegal al no haberse seguido el procedimiento establecido en EL CONTRATO Y Manual de Compras, lo que origina que el monto de las mismas se me retenga de las valorizaciones y en consecuencia no se le pague al Consorcio y no pueda contar con ese dinero para utilizarlo como capital para los negocios en los cuales se ve inmerso **EL CONSORCIO**. El factor in abstracto se configura de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, pues lo usual es que si un consorcio no recibe parte de la contraprestación por los servicios brindados, su patrimonio disminuya y no le permita desarrollarse en el ámbito empresarial pues no contaría con el capital suficiente para ejecutar futuros contratos con otras empresas o Entidades.*

*De esa forma, habiendo demostrado que se configuran los requisitos de indemnización y que hemos demostrado la relación de causalidad, solicitamos al Tribunal Arbitral declare **FUNDADA** nuestra segunda pretensión principal de la demanda.*

POSICIÓN DEL PROGRAMA QALI WARMA RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

23. El demandante sustenta esta pretensión en el supuesto perjuicio económico que se le ha producido al habersele aplicado indebidamente penalidades; al respecto, debemos precisar que la decisión del tribunal arbitral requiere la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a disposición de las partes del proceso o de tercero.

24. El demandado indicar que a lo largo de su contestación de la demanda ha demostrado y sustentado que los argumentos del demandante carecen de todo valor fáctico y jurídico, estando acreditado en el expediente que, el demandante incurrió en las causales de aplicación de penalidades, previstas en el contrato, y en el Manuel de Compras; por lo que la presente pretensión carece de todo sustento legal que pueda demostrar daño alguno generad por nuestra parte, respecto de lo cual debemos decir que:

ESTA POBRADO a lo largo del presente escrito que, al suscribirse un contrato con el proveedor, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales, estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de imposición de penalidades.

ESTÁ PROBADO que, el contratista incumplió con los procedimientos establecidos por el marco normativo del contrato para solicitar la inaplicación de las penalidades, quedando estas consentidas.

25. Debemos manifestar que no se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo; lo cierto a todo esto es que el proveedor deberá 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 generado, por lo que a la fecha se encuentra carente de todo valor lo expuesto en la presente pretensión por el demandante ya que no prueba con medio probatorio alguno que los daños causados asciendan a S/. 600,000.00, siendo estos por Daño Emergente (por la aplicación válida de las penalidades) y Lucro Cesante (por la supuesta ganancia dejada de percibir).

26. En efecto la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la conducta califique como antijurídica, elemento objetivo (ii) que el daño sea imputable ó es decir el vínculo de causalidad, elemento subjetivo y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

27. En ese orden de ideas como se puede advertir de los argumentos y medios probatorios ofrecidos por el demandante que sustentarían esta pretensión, no se encuentran acreditado ninguno de los presupuestos que se requieren para que proceda la indemnización por daños y perjuicios.

28. Es por estas consideraciones que solicitamos se sirva evaluar nuestros fundamentos y oportunamente DECLARAR INFUNDADA la presente pretensión planteada.

POSICIÓN DEL CONSORCIO UCAYALINO RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

“Que se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma que asuma el pago del 100% de las costas y costos del presente arbitraje”

29. El Consorcio Ucayalino solicita que se declare fundada la pretensión debido a que ha demostrado que las pretensiones planteadas en su demanda tienen sustento legal, las cuales sugiere que se declaren fundadas.

POSICIÓN DEL PROGRAMA QALI WARMA RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

30. El Programa Qali Warma señala que el demandante no ha manifestado fundamento alguno en su demanda, asimismo, adiciona que los gastos incurridos por el Consorcio Ucayalino devienen por causas atribuibles a éste último, mas no a la entidad, por lo que solicita que la pretensión se declare infundada y se le atribuya el pago de costas y costos del arbitraje al demandante.

POSICIÓN DEL PROGRAMA QALI WARMA RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

“Que se ordene al Consorcio Ucayalino el pago de cualquier otra penalidad que se encuentre pendiente de determinación y/o aplicación, producto y generado del incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI/RAC.

31. El demandado, a efectos de no incurrir en innecesarias repeticiones, solicita que respecto de los fundamentos de hecho de esta pretensión, se tenga presente los puntos de vista expuestos en los fundamentos de hecho de la contestación de la primera pretensión de la demanda, en lo que fuera pertinente.

POSICIÓN DEL PROGRAMA QALI WARMA RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

“Que se ordene al demandante asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en el proceso arbitral”

32. El demandado solicita que sea el demandante quien asuma el pago de los gastos arbitrales.

V. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES DEL ARBITRAJE DERIVADO DEL CONTRATO N° 09-2015-CC-UCA YALI 2/RAC

33. Con fecha 19 de abril de 2018, se realizó la Audiencia de Informes Orales.

VI. PLAZO PARA LAUDAR

33. Con fecha 24 de mayo de 2018, mediante Resolución N° 9, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles, contados desde *el día siguiente de notificadas dichas resoluciones, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Tribunal Arbitral. Dicha resolución fue notificada al Consorcio Ucayalino, al Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma el 23 de junio de 2017; y al Comité de Compra Ucayali 2 el 24 de mayo de 2018.*

34. Con fecha 27 de junio de 2018, mediante Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, contados desde el vencimiento del plazo fijado anteriormente; por lo que, **el plazo para laudar vence el 17 de agosto de 2018.**

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

34. Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

a) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.

b) La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.

- c) Ni el Consorcio Ucayalino ni la Entidad impugnaron o establecieron reclamación alguna respecto de las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- d) El Consorcio Ucayalino presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Por su parte, la Entidad fue debidamente emplazado con dicha demanda; habiendo ejercido su derecho de contestar la misma e incluso reconvenir la demanda.
- e) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- f) El Tribunal Arbitral, para resolver la presente controversia ha efectuado revisión y valoración de cada uno de los medios probatorios presentados por las partes. De modo que, la no referencia a alguno de ellos no implica que el mismo no haya sido objeto de valoración por parte del colegiado.
- g) El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo sobre cada uno de los puntos controvertidos sustentados en la demanda teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas, su valoración conjunta, sus consecuencias y aquello que haya sido o no probado en el marco de lo expuesto por cada una de las partes. Destacando de ese modo, que la carga de la prueba le corresponde a quien alega un hecho a efecto de lograr convicción en el juzgador al momento de resolver la presente controversia.

En tal sentido, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje debe considerarse la aplicación del Principio de **“Comunidad o Adquisición de la Prueba”** por el que debe entenderse que con independencia de quien ofreció la prueba en el arbitraje, luego de incorporadas las mismas pertenecen al proceso y serán utilizadas para acreditar los hechos, incluso cuando ello vaya en contra de la parte que la ofreció.

“(…) La actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que se beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó”²

35. El Consorcio Ucayalino (en adelante, “El Demandante”) y el COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 (en adelante, “EL COMITÉ”), suscribieron con fecha 16 de abril de 2015 EL CONTRATO, para la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones a favor de los usuarios del PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (en adelante, “EL PROGRAMA”) de los niveles inicial y primaria del Ítem CALLERÍA 1, según las especificaciones, características y cantidades establecidas. El monto contractual ascendió a la suma de S/ 1'714,108.56 para el Contrato N° 09-2015-CC-UCAYALI2/RACIONES; el mismo que incluyó el precio unitario de cada producto, fletes, gastos administrativos y operativos, impuestos, a excepción de lo establecido en la Ley N° 27037 – Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía; siendo el plazo de ejecución de EL CONTRATO de ciento cincuenta y dos (152) días.

36. En la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO se pactó que la relación jurídica contractual se sujetará al Manual de Compra aprobado por EL PROGRAMA, en su defecto o vacío se aplicaran supletoriamente las disposiciones emitidas por EL PROGRAMA para su regulación especial y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil, por lo que, es obligatorio remitirse a estas normas y a los principios que los inspiran para la aplicación de las Cláusulas del CONTRATO y su correcta interpretación en caso de vacíos legales o contractuales.

²Paramona Hernández, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed. Rodhas, 1994, p. 35.

37. En ese sentido, el Tribunal Arbitral precisa que al momento de evaluar y resolver el presente caso ha tenido en cuenta la prelación normativa dispuesta en EL CONTRATO, así como las normas modificatorias aplicables, de ser pertinentes.
38. Asimismo, el Colegiado manifiesta que constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba.-

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

39. Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
40. Que, conforme a la demanda, contestación de la demanda, Fijación de Puntos Controvertidos y Audiencia de Informes Orales, se ha determinado la controversia y, por tanto, los temas que serán materia del laudo.
41. Cabe precisar que el Tribunal Arbitral dejó establecido en el Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Posiciones que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente.
42. Asimismo, se dejó indicado que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque

guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión.

43. Finalmente, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que se podría omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, estando las partes de acuerdo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA NULIDAD, INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA PENALIDAD APLICADA AL CONSORCIO UCAYALINO POR EL MONTO ASCENDENTE A S/ 160,330.66 MÁS LOS INTERESES LEGALES Y MORATORIOS; Y DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENER AL PRGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA EFECTUAR EL PAGO AL CONSORCIO UCAYALINO POR EL MONTO DE S/ 160,330.06.

44. Dado los hechos, es pertinente analizar previamente cuál es el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades derivadas del incumplimiento de EL CONTRATO; así como el procedimiento dispuesto para la inaplicación de las mismas. Ello con la finalidad de determinar si tales procedimientos fueron observados o no por EL PROGRAMA al momento de la imposición e inaplicación de las penalidades cuestionadas en el presente proceso arbitral, y en consecuencia, verificar si las penalidades impuestas devienen o no en nulas, invalidas y/o ineficaces.

45. En primer lugar, se debe considerar que la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO establece que este se rige primordialmente por el Manual de Compras, siendo que en caso de defecto o vacío de dicha norma se aplicarán las

disposiciones emitidas por EL PROGRAMA para su regulación especial y, de manera supletoria, las disposiciones del Código Civil.

46. Siendo así las cosas, el Manual de Compras y en la cláusula décimo quinta de EL CONTRATO establecen lo siguiente sobre la aplicación de penalidades:

<u>MANUAL DE COMPRAS</u>	<u>CONTRATO</u>
<p><i>“VI.6 Aplicación de Penalidades</i></p> <p><i>91. Las penalidades aplicables son identificadas y sustentada por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan.</i></p> <p><i>92) La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determina el monto de las penalidades y de la deducción correspondiente. En los casos que el PNAEQW aplique penalidades, comunicará a la Unidad Territorial para que ésta lo comunique al Comité de Compras. La Opinión del PNAEQW es vinculante y obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compras. El Comité de Compras notificará al proveedor, las penalidades impuestas, vía carta notarial.</i></p> <p><i>93. Cada penalidad se calculará de forma</i></p>	<p><i>“Cláusula décimo quinta: Penalidades</i></p> <p><i>15.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentada por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el presente contrato, y aquella responda a circunstancias imputables a EL PROVEEDOR. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria de EL COMITÉ y de las acciones legales que correspondan.</i></p> <p><i>15.2 La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determina el monto de las penalidades y de la deducción correspondiente, En los casos que el PNAEQW aplique penalidades, comunicará a la Unidad Territorial para que ésta la comunique al COMITÉ. La Opinión del PNAEQW es vinculante y obligatorio cumplimiento por parte del COMITÉ. EL COMITÉ notificará al PROVEEDOR, las penalidades impuestas, vía carta notarial.</i></p> <p><i>15.3 Cada penalidad se calculará de forma</i></p>

<p><i>independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el presente Manual. La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determinará la forma y la oportunidad de la aplicación de la penalidad.</i></p> <p><i>94) No se aplicarán penalidad cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, al Comité de Compras dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Comité de Compras debe trasladar el pedido, en un plazo máximo de 48 horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La Opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compra.</i></p> <p><i>(...)"</i></p>	<p><i>independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el presente Manual de Compras. La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determinará la forma y la oportunidad de la aplicación de la penalidad.</i></p> <p><i>15.4 No se aplicarán penalidad cuando por caso fortuito o fuerza mayor EL PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, EL PROVEEDOR podrá solicitar por escrito a EL COMITÉ dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. EL COMITÉ debe trasladar el pedido, en un plazo máximo de 48 horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La Opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compra.</i></p> <p><i>(...)"</i></p>
---	--

47. De lo antes citado, se advierte que ambos dispositivos normativos contemplan el mismo procedimiento para la aplicación de penalidades, el cual es el siguiente:

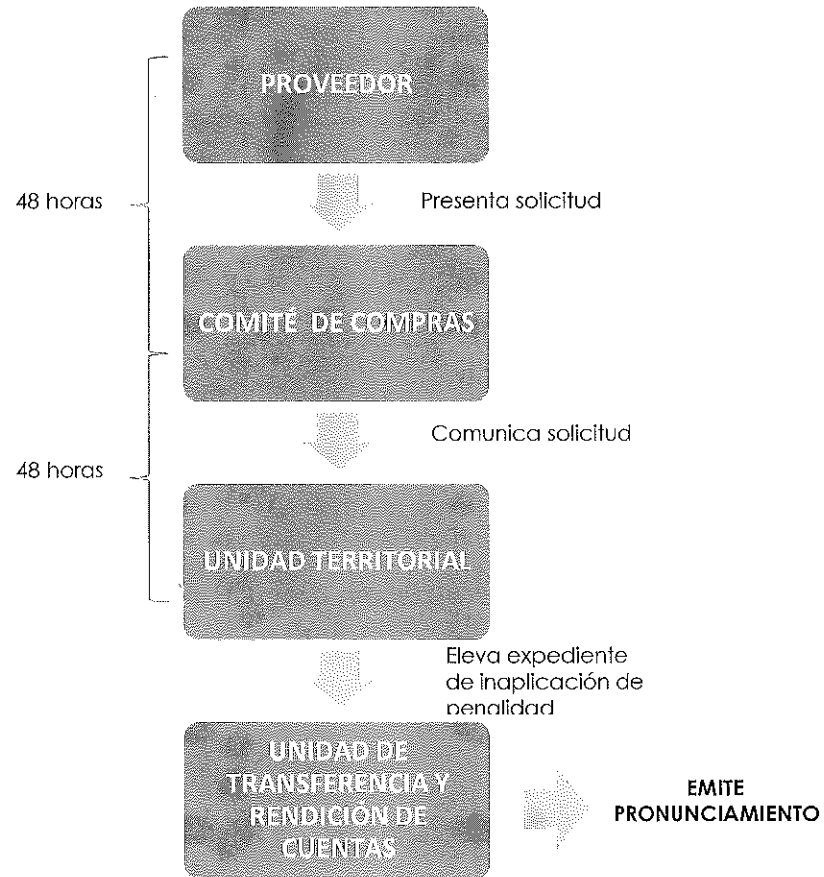
- (i) EL PROGRAMA determina la aplicación de penalidades, siendo la Unidad Territorial correspondiente la encargada de identificarlas y sustentarlas, mientras que la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas se encargará de determinar el monto de las mismas y la deducción correspondiente.
- (ii) En caso EL PROGRAMA aplique penalidades, lo comunicará a la Unidad Territorial para que ésta informe al COMITÉ.
- (iii) Posteriormente, el COMITÉ notificará al proveedor, vía carta notarial, las penalidades impuestas.

48. De otro lado, en cuanto al procedimiento para la inaplicación de penalidades se debe tener en consideración que el Manual de Compras y el CONTRATO también contemplan la posibilidad de que el proveedor (en este caso, el Demandante) pueda solicitar que se le exima del cobro de penalidad alguna cuando haya existido un evento de caso fortuito o fuerza mayor que haya imposibilitado el cumplimiento de su prestación.

49. En efecto, de la lectura los dispositivos normativos antes mencionados se desprende que el procedimiento para la inaplicación de penalidades es el siguiente:

- (i) El proveedor solicita por escrito al COMITÉ, dentro de las 48 horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades, adjuntando a su pedido los documentos probatorios correspondientes.
- (ii) El COMITÉ, dentro de las 48 horas de recibida la documentación, traslada la solicitud de inaplicación de penalidades a la Unidad Territorial.
- (iii) El jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, eleva el expediente originado como consecuencia de la solicitud de inaplicación de penalidades, a la Unidad de Rendición de Transferencias y Rendición de Cuentas para pronunciamiento.

50. A mayor abundamiento, a continuación se cita el siguiente flujograma que ilustra el procedimiento para la inaplicación de penalidades contemplado en el Manual de Compras y el CONTRATO celebrado por las partes:



51. En el caso materia de análisis, el Demandante señala que el PROGRAMA no ha respetado el procedimiento establecido para la inaplicación de penalidades, imponiéndole de manera arbitraria e ilegal las mismas.

52. Asimismo, el Demandante manifiesta que las cartas mediante las cuales solicitó la inaplicación de las penalidades por caso fortuito no fueron respondidas por la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas del PROGRAMA.

53. Adicionalmente, el Demandante señala que todas las cartas de inaplicación de penalidades fueron presentadas con los respectivos documentos probatorios dentro del plazo de 48 horas de ocurrido el evento fortuito, de conformidad con lo establecido en la cláusula décimo quinta del CONTRATO.
54. El Demandante también indica que se debe tener en cuenta que al ser la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas quien se pronunciara respecto a la solicitud de inaplicación de penalidades, dicho pronunciamiento debe ser comunicado al proveedor.
55. Por su parte, el PROGRAMA manifiesta que las cartas remitidas por el Demandante solicitando la inaplicación de penalidades no se ajustaron al procedimiento establecido en el contrato, por lo que las mismas devienen en ineficaces.
56. Así, el PROGRAMA indica que las cartas mediante las cuales se solicitó la inaplicación de penalidades fueron dirigidas al Jefe de la Unidad Territorial de Ucayali, mas no al presidente del COMITÉ, teniendo las mismas el sello de recepción de la Unidad Territorial, por lo que al incumplirse el procedimiento establecido, no existió una comunicación válida al COMITÉ.
57. Asimismo, el PROGRAMA señala que la cláusula décimo quinta del CONTRATO no establece en ninguno de sus extremos que la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas tenga que comunicar su pronunciamiento al proveedor.
58. En consideración a lo manifestado por las partes -tanto en sus respectivos escritos de demanda arbitral y contestación a la misma - y en observancia de los instrumentos probatorios ofrecidos por ambas, el Tribunal Arbitral manifiesta lo siguiente respecto al Primer Punto Controvertido:
- a. Que, en cuanto a la inaplicación de las penalidades comunicadas mediante Carta N° 043-2016-COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2, de la revisión de las

cartas remitidas por el Demandante que obran en el expediente arbitral verificamos lo siguiente:

CARTA N°	DIRIGIDA A	ATENCIÓN	RECEPCIONADA POR
123-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	-	Unidad Territorial Ucayali
215-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	Comité de Compa Ucayali 2	Unidad Territorial Ucayali
233-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	Comité de Compa Ucayali 2	Unidad Territorial Ucayali
257-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	-	Unidad Territorial Ucayali
270-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	Comité de Compa Ucayali 2	Unidad Territorial Ucayali
280-2015-CU	Jefe de unidad territorial Ucayali	Comité de Compa Ucayali 2	Unidad Territorial Ucayali

b. De lo antes señalado, se advierte que todas las solicitudes de inaplicación de penalidades fueron dirigidas por el Demandante al Jefe de la Unidad Territorial Ucayali y recibidas por dicha unidad.

c. Sobre lo antes referido, resulta relevante tener presente que de acuerdo al procedimiento establecido en el Manual de Compras y en el CONTRATO, la solicitud de inaplicación de penalidad deberá ser presentada por el proveedor ante el Comité de Compras, para que este de manera posterior comunique a la Unidad Territorial correspondiente sobre dicho pedido.

- d. En el presente caso, conforme se advierte de los medios probatorios presentados por el Demandante, queda acreditado que éste no cumplió con presentar sus solicitudes de inaplicación de penalidades ante el COMITÉ, en tanto que de las cartas que obran en la demanda se advierte que las mismas fueron dirigidas al Jefe de la Unidad Territorial Ucayali y recibas por la referida unidad.
- e. Cabe indicar, que si bien en algunas cartas objeto de análisis se advierte que se hace referencia al “COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2”, dicha situación no enerva el hecho de que tales solicitudes no fueron recibidas por el COMITÉ, sino por la Unidad Territorial de Ucayali, lo cual pone en evidencia el incumplimiento formal por parte del Demandante del procedimiento preestablecido para la inaplicación de penalidades.
- f. Ahora bien, resulta pertinente mencionar que la cláusula vigésimo segunda del CONTRATO establece que *“Las partes declaran que a los domicilios establecidos en la introducción del presente documento se cursarán todas las notificaciones durante la ejecución del Contrato”*.
- g. En efecto, en la parte introductoria del CONTRATO, el Comité fija como su domicilio legal en *“Pasaje Julio C. Tello N° 184, Pucallpa, distrito de Calleria, provincia de Coronel Portillo”*. No obstante ello, en las cartas bajo análisis no se aprecia la dirección a la cual fueron remitidas dichas solicitudes, por lo que tampoco se tiene certeza si las mismas fueron enviadas al domicilio legal del Comité.
- h. Sobre lo antes referido, resulta pertinente precisar que de acuerdo con el artículo 1314° del Código Civil, norma aplicable supletoriamente al CONTRATO conforme a la cláusula décimo octava, *“quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardía o defectuoso”*

- i. En este caso la diligencia ordinaria a cargo del Demandante, estuvo centrada en que dicha parte se comprometió a remitir al domicilio legal del Comité cualquier notificación durante la ejecución del contrato, es decir, en el caso en concreto, el Consorcio Ucayalino debió cerciorarse de que las solicitudes de inaplicación de penalidades fueran notificadas al domicilio fijado por el Comité, hecho sobre el cual este Tribunal Arbitral no tiene certeza, máxime si en las cartas aportadas por el demandante no se advierte la dirección a la cual fueron enviados tales documentos, lo cual a pesar de ser de pleno conocimiento del Demandante, éste no realizó alguna acción para revertir dicha situación
- j. Por otro lado, respecto a si corresponde ordenar al PROGRAMA efectuar el pago al Demandante por el monto de S/ 160,330.66, es pertinente mencionar que todo proceso se rige por el principio de la Carga de la Prueba, el cual se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria al CONTRATO.
- k. En el presente caso, el Demandante lejos de acreditar a través de medios probatorio la deducción de las penalidades impuestas sobre el total del pago que le correspondería recibir por parte del PROGRAMA, únicamente se limita a alegar que se ordene el reembolso de las penalidades impuestas, cuando bien puedo presentar en el presente proceso arbitral documentos que acrediten la referida deducción. Sin embargo, ello no ha ocurrido, pese a que el Demandante se encontraba en mejor posición para acreditar sus afirmaciones, las cuales al no contar con sustentos probatorios que las respalden, devienen en meras declaraciones de parte que este Tribunal Arbitral no puede tener en cuenta respecto al punto controvertido bajo análisis.
- l. Por lo motivos expuestos, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la primera pretensión principal del Demandante.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA PAGAR AL CONSORCIO UCAYALINO EL MONTO S/ 600,000.00 MÁS LOS INTERESES LEGALES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE).

La responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: la primera es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente: *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre”*.

Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente:

Primero: Debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz y que, en el presente caso efectivamente existe.

Segundo: Debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño.

Tercero: Debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor.

Cuarto: Deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

El Tribunal Arbitral, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que el Demandante pretende una indemnización por daño emergente y lucro cesante por la aplicación de las penalidades cuestionadas en la pretensión principal anterior. Al respecto, nos remitimos a lo analizado por el Tribunal Arbitral en el primer punto

controvertido, en el cual se declaró infundada dicha pretensión, generándose que las penalidades no sean nulas, inválidas ni ineficaces.

En ese sentido, el artículo 1331° del Código Civil, señala lo siguiente: *“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”*.Entonces, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual.

Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño es el Consorcio Ueayalino.

Así las cosas, de los medios probatorios aportados en la demanda, no se puede determinar la ocurrencia de un daño emergente ni lucro cesante, más aún si es que se ha descartado la invalidez, nulidad e ineficacia de las penalidades aplicadas. Es por ello que este Colegiado considera que no debe ser amparado este punto controvertido.

Por lo motivos expuestos, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la segunda pretensión principal del Demandante.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA TERCERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA ASUMIR EL PAGO DEL 100% DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE.

El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Al respecto, este Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual dio origen al presente arbitraje.

En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero, razón por la que este colegiado es de la opinión que cada una de las partes debe asumir en forma directa los gastos en los que incurrió, así como las costas y costos generados en el proceso, los cuales deberán ser adjudicados en forma equitativa para ambos.

Por lo motivos expuestos, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA** la tercera pretensión principal del Demandante.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA PRIMERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:**

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL CONSORCIO UCAYALINO EL PAGO DE CUALQUIER OTRA PENALIDAD QUE SE ENCUENTRE PENDIENTE DE DETERMINACIÓN Y/O APLICACIÓN, PRODUCTO Y GENERADO DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 09-2015-CC-UCAYALI/RAC.

Respecto este punto controvertido el Tribunal Arbitral no se pronuncia, por cuanto la Entidad mediante escrito de fecha 02 de mayo de 2018, se desistió de la presente pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL CONSORCIO UCAYALINO ASUMIR EL ÍNTEGRO DE LAS COSTAS ARBITRALES Y DEMÁS GASTOS EN QUE TENGA QUE INCURRIR EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN PARA SU MEJOR DEFENSA EN EL PROCESO ARBITRAL.

Al respecto, nos remitimos a lo analizado en la tercera pretensión principal de la demanda, por lo que, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la pretensión del Demandado.

El Tribunal Arbitral advierte del propio expediente que EL PROGRAMA, realizó el pago en subrogación de los honorarios que le correspondía pagar al demandante, por lo que ordena que el Consorcio Ucayalino proceda al reembolso ascendente a la cantidad de S/ 17,537.00 (Diecisiete mil quinientos treinta y siete y 00/100 soles), incluido tributos (que corresponde a la suma de honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 13,531.35

soles y del secretario arbitral: S/ 4,005.65 soles) a favor del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

SE RESUELVE:

Por las consideraciones que preceden, de acuerdo a lo establecido por las disposiciones legales que han sido citadas; como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral LAUDA declarando:

PRIMERO: INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda del Consorcio Ucayalino.

SEGUNDO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda del Consorcio Ucayalino.

TERCERO: INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda del Consorcio Ucayalino.

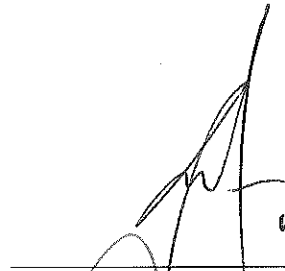
CUARTO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

QUINTO: ORDENAR el reembolso que deberá realizar el Consorcio Ucayalino ascendente a la cantidad de S/ 17,537.00 (Diecisiete mil quinientos treinta y siete y 00/100 soles), incluido tributos (que corresponde a la suma de honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 13,531.35 soles y del secretario arbitral: S/ 4,005.65 soles), a favor del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, por el pago en subrogación que realizó la Entidad en su oportunidad.

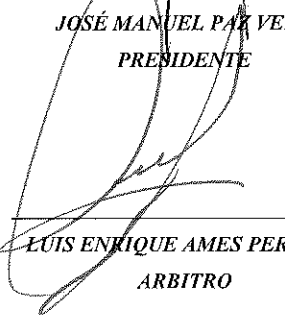
Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Juan Manuel Banda Barrionuevo
Luis Enrique Ames Peralta

SEXTO: DISPONER que la Secretaría Arbitral, cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes, de conformidad con el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.


SETIMO: DISPONER que el presente laudo es inapelable y tiene carácter vinculante para las partes y produce los efectos de cosa juzgada. En consecuencia, firmado, notifiqúese para su cumplimiento.



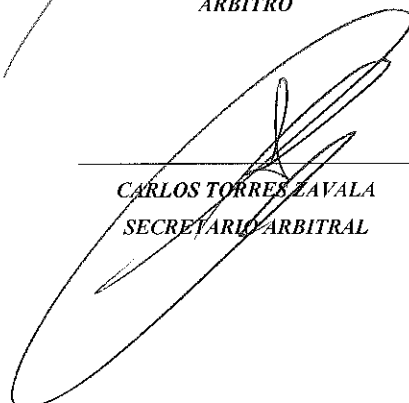
JOSÉ MANUEL PAZ VERA
PRESIDENTE



LUIS ENRIQUE AMES PERALTA
ARBITRO



JUAN MANUEL BANDA BARRIONUEVO
ARBITRO



CARLOS TORRES ZAVALA
SECRETARIO ARBITRAL