



Lima, 05 de noviembre de 2018

Señores
PROCURADURIA DEL MIDIS
Av. Nicolás de Piérola N° 826,
Cercado de Lima.-

**Referencia: Arbitraje AGROMANÁ - Comité de Compra
Lambayeque 2 (Exp. N° 1166-228-16)**

De nuestra consideración:

Por medio de la presente, nos dirigimos a ustedes para saludarlos, y a la vez remitirles la Resolución N° 14 de fecha 29 de octubre de 2018, que contiene el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral, a fojas 38, recaído en el proceso arbitral N° 1166-228-16 seguido entre AGROMANÁ y Comité de Compra Lambayeque 2.

Lo que notificamos a ustedes con arreglo a ley.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS



Rubén Cotaquispe Cabra
Secretario Arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1260948
REGISTRO N° 00076556-2018
REGISTRADOR: ecazorla
FECHA: 05/11/2018 15:56:04
PP
Folios : 34

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Caso Arbitral N° 1166-228-16.

AGROMANA SAC.
-Demandante-

vs.


COMITÉ DE COMPRA LAMBAYEQUE 2 y
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
-Demandado-

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

JORGE PANDO VILCHEZ (Presidente del Tribunal Arbitral)
CHRISTIAN GUZMAN NAPURI (Árbitro)
MARKO ALEXIS MORALES MARTINEZ (Árbitro)

Secretaría Arbitral



Dr. Rubén Rolando Cotaquispe Cabra
Secretaria arbitral del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.

Lima, 30 de Octubre del 2018.



RESOLUCIÓN No. CATORCE

Lima, 29 de Octubre del 2018.

LAUDO

Demandante:

AGROMANA SAC. en adelante AGROMANA o EL DEMANDANTE.

Representante : Sr. Lendy Loao Salvador Vasquez.

Demandado:

COMITÉ DE COMPRA LAMBAYEQUE 2, en adelante EL COMITÉ.

Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW¹

Procurador público : Dr. Carlos Aurelio Figueroa Ibérico.

Tribunal Arbitral:

Dr. JORGE PANDO VILCHEZ, Presidente del Tribunal

Dr. CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, en calidad de árbitro

Dr. MARKO ALEXIS MORALES MARTINEZ, en calidad de árbitro

Secretario Arbitral:

Dr. Rubén Rolando Cotaquispe Cabra, Secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ El PNAEQW tiene la calidad de parte no signataria y, se encuentra representado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

El 21 de Enero del 2016, AGROMANA y el COMITÉ DE COMPRA LAMBAYEQUE 2, suscribieron el contrato No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS que tiene por objeto la provisión del servicio alimentario en la modalidad de productos a favor de los usuarios del PNAEQW en los niveles de Inicial y Primaria, según las especificaciones, características y cantidades establecidas en sus anexos.

De acuerdo a la cláusula vigésima del contrato, las partes acordaron lo siguiente:

Cláusula vigésima: solución de controversias

20.1 De ser necesario efectuar un proceso arbitral, éste se desarrollará en la ciudad de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP.

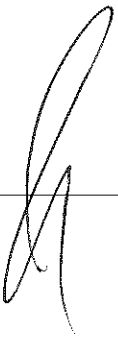
20.2 Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. Las controversias serán resueltas mediante arbitraje institucional por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, conforme a lo establecido en el presente Contrato. La parte interesada deberá solicitar el arbitraje al Centro de Arbitraje que corresponda según el presente Contrato, incluyendo el árbitro de parte designado y posteriormente la parte demandada responderá la solicitud, incluyendo el árbitro de parte designado; ambos árbitros de común acuerdo designarán al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso los árbitros designados no se pongan de acuerdo en el nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Arbitraje establecido en el presente Contrato.

*20.3 El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. El contrato establecerá los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses del **PNAEQW**.*

En la cláusula vigésima primera de dicho contrato, se incorporó la extensión del convenio arbitral a efectos de la participación del PNAEQW, de acuerdo a lo siguiente:

Cláusula vigésima primera: Extensión del convenio arbitral.



*A efectos de la participación del **PNAEQW** 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 No. 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 este relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del Contrato, según sus términos.*



En mérito al convenio arbitral suscrito por el COMITÉ DE COMPRA LAMBAYEQUE 2 y AGROMANA queda establecida la competencia arbitral para dirimir cualquier controversia que surja en la ejecución del citado contrato y, la participación del PNAEQW (Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma) como parte no signataria en el presente arbitraje.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Con la solicitud de arbitraje presentada el 7 de Julio del 2016 AGROMANA designó al doctor Christian Guzmán Napuri como árbitro de parte. Con

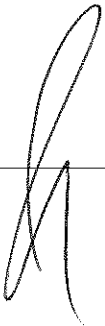


escrito presentado el 31 de Agosto del 2016 el Comité de compra Lambayeque 2 designó al doctor Marko Alexis Morales Martinez como árbitro de parte, asimismo, con escrito presentado el 12 de Setiembre del 2016 la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social en representación del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma brindó su conformidad a lo señalado por el Comité de Compra Lambayeque 2.

Por su parte, el doctor Jorge Pando Vilchez fue designado como Presidente del Tribunal Arbitral por el Consejo del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú mediante Carta de fecha 23 de noviembre de 2016.

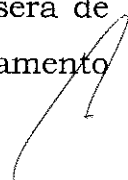
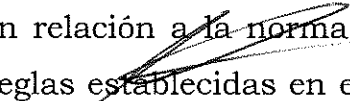
Los árbitros declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, aceptaron su designación, manifestaron no tener incompatibilidades, ni compromiso alguno con las partes y/o sus representantes por lo que, se obligan a desempeñar la función encomendada con probidad, imparcialidad e independencia.

III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.



En audiencia de fecha 18 de Enero del 2017 se instaló el Tribunal Arbitral, quedando con ello válidamente constituido, se estableció que el Centro de Arbitraje de la PUCP organizará y administrará el presente arbitraje. En relación al tipo de arbitraje se estableció que será institucional y de derecho de conformidad con el convenio arbitral suscrito entre las partes contenido en la cláusula vigésima del Contrato N° 003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS.

De otro lado, en relación a ~~la norma~~ aplicable se estableció que será de aplicación las reglas establecidas en el Acta de instalación, el Reglamento



de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante EL REGLAMENTO), la Ley de contrataciones del Estado, su Reglamento y en forma supletoria el Decreto Legislativo No.1071 y las normas del código civil.

El plazo para la presentación de la demanda será de 20 días, el mismo plazo para la contestación y, de ser el caso, para la reconvencción y la contestación a la reconvencción.

Se fijó como plazo para laudar 30 días hábiles contados desde la fecha en que se resuelve traer los autos para ser resueltos.

IV. RECONSIDERACIÓN

Mediante escrito presentado el 20 de Enero del 2017, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social reconsideró el extremo de las NORMAS APLICABLES al considerar que las controversias entre las partes se deben resolver conforme a las normas previstas en la cláusula décimo novena del citado contrato, que establece lo siguiente:

“El presente contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por el PNAEQW. Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil”

Luego del traslado efectuado, AGROMANA no absolvió la reconsideración, por lo que, el Tribunal Arbitral analizando los documentos presentados y, en especial, el contrato que motiva el inicio del arbitraje, mediante resolución No. DOS declaró fundada la reconsideración, en consecuencia, se modificó el extremo de la norma aplicable del Acta de instalación del Tribunal Arbitral de fecha ~~18~~ de Enero del 2017, quedando redactado de la manera siguiente:

“Que al encontrarse el contrato que da origen al presente arbitraje fuera del ámbito de las normas de contratación estatal serán aplicables al presente caso el Reglamento del CENTRO (en adelante el REGLAMENTO), el Manual de compras aprobado por el PNAEQW, las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial, el contrato No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE2/PRODUCTOS, las normas del código civil”.

V. EXCEPCIONES – OBJECIONES.

Sí bien, ninguna de las partes formuló excepción y/u objetó la composición de este Tribunal, antes de analizar la materia controvertida el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- 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.
- La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- Ninguna de las partes impugnaron o establecieron reclamación alguna respecto de las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- AGROMANA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Por su parte, la demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda; habiendo ejercido su derecho de contestar la misma.
- 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.
- 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.

- 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.

VI. POSICIÓN DE LAS PARTES

VI.1 DEL DEMANDANTE

Mediante escrito presentado el 15 de Febrero del 2017, AGROMANA presentó su demanda formulando las siguientes **pretensiones**:

- **Pretensión Principal:** Se revoque la penalidad impuesta mediante carta notarial de fecha 03 de Junio del 2016 (Carta No. 006-2016-CC LAMBAYEQUE 2) mediante la cual el Presidente del Comité de Compra Lambayeque 2, comunica la aplicación de penalidad por incurrir en causal de incumplimiento contractual, consistente en la no entrega de productos en una o más I.I.E.E., penalidad que fue impuesta hasta por la suma de S/ 25,557.92 (Veinticinco mil quinientos cincuenta y siete con 92/100 céntimos) respecto al Contrato de Compra de ~~Provisión de Alimentos~~ N° 003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/~~PRODUCTOS~~.

- **Pretensión accesoria:** El pago de costas y costos, entendidos como los honorarios profesionales de la asesoría legal que patrocina el presente proceso de arbitraje y los gastos administrativos que resulten del presente proceso, como el Pago al Tribunal Arbitral y a la Secretaría Arbitral.

VI.2 Fundamentos de hecho de la demanda.

- Con fecha 11/ENERO/2016 se publicó en el portal institucional del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (PNAEQW), la convocatoria al proceso de compra para la provisión del servicio alimentario en la modalidad de productos, destinado a los usuarios del Programa.
- De acuerdo a este proceso, el Comité de Compras Lambayeque 2 adjudicó a AGROMANÁ S.A.C. el ítem INCAHUASI 1, de acuerdo a los resultados de la evaluación y cuyos detalles y condiciones se encuentran especificados en el Contrato de Compra para la Provisión de Productos N° 003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS, suscrito el 21/ENERO/2016.
- Dentro de la Cláusula Cuarta del contrato, se estableció el Cronograma de Entrega de Productos, siendo la fecha de inicio de la primera entrega el 29/FEBRERO/2016 y su culminación el día 11/MARZO/2016, según las especificaciones, características, cantidades establecidas en los anexos del Contrato.
- El día 29 de febrero, a horas 4:00am se procedió a abastecer los vehículos de carga con los distintos productos especificados en el Anexo N° 03-A, y posteriormente partir hacia la comunidad

campesina de Incahuasi, donde se ejecutaría la prestación, consistente en entregar efectiva y probadamente los productos contratados a las Instituciones Educativas nominadas en el Anexo N° 01 del Contrato.

- Se sabe que, en el primer trimestre del año, las lluvias son INTENSAS en esa zona del departamento, razón por la cual las vías de acceso a esta se obstaculizan por constantes deslizamientos de tierra, fisura de trochas e incluso desprendimiento de corteza de las mismas, eventos que tornan muy difícil o imposible el acceso a la comunidad.
- Sin embargo, en pos del cumplimiento de nuestra obligación contractual, acudimos a la comunidad, estando encargado de las actuaciones en ese lugar el Sr. Melqui Saavedra García, quien es trabajador activo de nuestra empresa, cuyo cargo en ella es Supervisor II, específicamente para el ítem Incahuasi 1.
- Es así que siendo transportados hacia la comunidad de Incahuasi, tanto el personal de mi representada, como los vehículos de carga pesada encargados de transportar los productos, los cuales debían ser repartidos en las instituciones educativas de la zona, sufrieron los estragos del tiempo, traducidos en lluvias de fuerte intensidad, las cuales provocaron deslizamientos de tierra, excesiva acumulación de barro tanto en las carreteras como en las trochas, neblina espesa y desniveles en las vías de comunicación, TAL Y COMO SE DESPRENDE DEL CERTIFICADO DE FECHA 22 DE JUNIO DE 2016 EXPEDIDO POR EL SERVICIO NACIONAL DE METEOROLOGÍA E HIDROLOGÍA (SENAMHI) y de la CONSTANCIA EMITIDA POR EL JEFE DE LA OFICINA DE DEFENSA CIVIL DE LA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE INCAHUASI, documentos que fueron adjuntados a la solicitud arbitral.

- Los eventos referidos en el literal anterior, dieron como resultado EL VOLCAMIENTO DE UNO DE NUESTROS VEHÍCULOS DE CARGA PESADA, el cual transportaba específicamente productos lácteos, quedando estos esparcidos por toda la carretera, tal y como se aprecia en las tomas instantáneas que se obtuvieron en ese preciso instante y que también se adjuntaron a la solicitud arbitral.
- De este modo, siguieron suscitándose los referidos fenómenos meteorológicos, los cuales repercutían hondamente tanto en la ejecución de la obligación contractual vigente al momento, como en el espectro radioeléctrico, traducido en la falta de señal del operador Movistar, usado por nuestro personal, tanto en la línea telefónica como en el flujo de datos móviles (internet).
- Los Supervisores de las rutas Pítipo y Cañaris, ítems que también fueron adjudicados a mi representada, reportaron el mismo problema surgidos en el uso del aplicativo AYZAQP, el cual es usado por el Programa como MEDIO DE SINCRONIZACIÓN Y SEGUIMIENTO EFECTIVO de las reparticiones a las instituciones educativas, evento que también provocó retraso involuntario en el cumplimiento de nuestra obligación.
- Teniendo como fecha límite el 11/MARZO para la entrega de los productos a las instituciones educativas, y en vista de que no se había cumplido con repartir a todos los colegios tanto en el ítem Cañaris también por mal tiempo y desabastecimiento de productos (faltaban alrededor de 30 colegios) y el ítem Incahuasi 1 (faltaban 04 instituciones educativas exactamente), mi representada se

comunica vía telefónica con la Coordinadora Técnica del Programa, ING. NATALY DÁVILA TÁVARA, solicitando una ampliación del plazo para poder efectuar la repartición completa de productos en las instituciones educativas faltantes, obteniendo una respuesta positiva (el Programa AUTORIZÓ VÍA TELEFÓNICA A TRAVÉS DE LA COORDINADORA TÉCNICA, que podíamos repartir los días sábado 12 y domingo 13 de marzo), respuesta que el supervisor del ítem Cañaris, Sr. Julio César Ojeda Bayona comunica por vía telefónica al Supervisor de Incahuasi, Sr. Melqui Saavedra García, LUEGO DE INSISTIR DE MANERA REPETITIVA EN MÁS DE 20 OPORTUNIDADES, A FIN DE QUE PUEDA CONCRETARSE LA LLAMADA, ya que la señal de telefonía era escasa y/o nula en Incahuasi, procediendo ya con esta orden, con total tranquilidad a efectuar la repartición de productos en las instituciones educativas faltantes.

- Posteriormente el Sr. Saavedra tuvo SERIOS PROBLEMAS al tratar de trasladarse de la localidad de Uyurpampa hacia la ciudad de Cañaris, puesto que, habiendo terminado su labor en Incahuasi, al contar este con una camioneta de apoyo, debía acudir a Cañaris a suplir y/o apoyar a su similar en dicha localidad. Para poder habilitar las trochas que constituyen el camino para llegar a esa ciudad, SE TUVO QUE CONTRATAR A 11 PERSONAS ORIUNDAS DEL LUGAR, las cuales trabajaron durante 02 días para lograr el cometido.
- El Supervisor Saavedra García presentó a mi representada con fecha 26/MARZO, la Carta N° 011-2016-AGROMANA/MSG conteniendo en ella el Informe de la Primera Entrega de Productos en el Item Incahuasi 1, explicando lo expuesto líneas arriba y adjuntando la siguiente documentación sustentatoria:

- i. Documento suscrito por el Director de la Institución Educativa Sukchapitej, Sr. Sebastián Díaz Gómez, dejando constancia de que se ha hospedado en sus instalaciones los días 13, 14 y 15 de marzo debido al mal clima y al pésimo estado de las vías de acceso.
 - ii. Documento redactado y suscrito por el Juez de Paz de Única Nominación de la localidad de Canchachala, Sr. José Neyra Carrillo, el cual sustentaría y justificaría la inasistencia del repartidor Eswin Paico de la Cruz al Centro Poblado Marayhuaca debido al mal tiempo en la zona.
 - iii. Documento suscrito por el Sr. Gregorio Rodríguez Sánchez, miembro de la Red de Salud de Ferreñafe, en el que deja constancia de que el Repartidor Eswin Paico de la Cruz se hospedó en su domicilio debido al mal tiempo.
 - iv. Memorial suscrito por los 11 pobladores que prestaron sus servicios con la finalidad de habilitar los caminos y trochas que conectaban una localidad con otra.
 - v. Capturas fotográficas impresas que prueban lo acontecido en dichas localidades.
-
- En este orden de acontecimientos, con fecha 31/MARZO se presentó la Carta N° 062-2016/AGROMANA, alcanzando mediante esta el Expediente de Pago, haciendo algunas observaciones con respecto a errores involuntarios en el llenado de Actas por parte de los miembros de los Comités de Alimentación Escolar.
 - El Comité de Compras 2 responde la carta anteriormente citada, mediante la **Carta N° 027-2016-CCLAMBAYEQUE2** de fecha 05/ABRIL, advirtió observaciones con respecto a la fecha de recepción de las siguientes instituciones:

Institución Educativa	Código Modular	Fecha de Recepción
Asunción de la Virgen	N° 2678269	12/03/2016
11604	N° 1676105	12/03/2016
11604	N° 1363167	13/03/2016
11047	N° 1591726	13/03/2016

- Es a raíz de la comunicación referida anteriormente, que mi representada cursa la **Carta N° 067-2016/AGROMANA** de fecha 05/ABRIL hacia el Presidente del Comité de Compras Lambayeque 2, Sr. Oswaldo Sánchez Velásquez, justificando el retraso en las instituciones educativas referidas, aduciendo un **caso fortuito**, adjuntando a la misma fotos, publicaciones de medios de comunicación y un CD con fotos y videos registrados con respecto a lo acontecido en dichas fechas y localidades, comunicación que no obtuvo respuesta alguna por parte del Programa.
- En vista del caso omiso que se hizo a dicha carta, procedimos a remitir la **Carta N° 082-2016/AGROMANA** con fecha 29/ABRIL, la cual fue dirigida a la **Sra. María Mónica Moreno Saavedra, Directora Ejecutiva del PNAEQW (Programa Nacional de Educación Escolar Qali Warma)**, argumentando nuestra trayectoria intachable en cuanto a compromisos contractuales anteriores con el Programa, y argumentando el desconcierto que producía en mi representada la no aplicación de penalidad al ítem Cañaris y sí una para el ítem Incahuasi 1, ya que los hechos circunstanciales en ambos casos son similares, salvo la falta de cobertura móvil en Incahuasi, factor que impidió la comunicación entre el Supervisor de dicho ítem y la empresa. Inclusive, mediante

invitación del PNAE Qali Warma, y debido a, como repito, **NUESTRA INTACHABLE CONDUCTA CONTRACTUAL PARA CON EL PROGRAMA**, estábamos a la fecha de la emisión de dicha carta, presentándonos al Ítem Salas para atender bajo la misma modalidad, ya que se había declarado desierto después de 7 convocatorias, con la finalidad de que el Programa pueda cumplir con la atención al 100%. Nuevamente, no obtuvimos respuesta a dicha comunicación.

- En pos de agotar la vía regular para comunicar nuestra posición con respecto a los hechos acontecidos, remitimos con fecha 03/MAYO la **Carta N° 085-2016/AGROMANA dirigida a la Dra. Paola Bustamante Sánchez, Ministra de Desarrollo e Inclusión Social**, exponiendo los mismos argumentos que ya habían sido tomados en cuenta en las **Cartas N° 082-2016/AGROMANA y N° 067-2016/AGROMANA**, y aunado a eso, dejar constancia que, con fecha 25/ABRIL/2016, la Viceministra de Desarrollo e Inclusión Social, Sra. Normal Vidal Añaños, visitó los almacenes de mi representada, constatando el adecuado uso del aplicativo AYZAQP y de la importancia del SIGO Proveedor, tal y como se puede apreciar en el sitio web <http://www.qw.gob.pe/?noticias=viceministra-norma-vidal-superviso-instituciones-educativas-durante-visita-de-trabajo-en-lambayeque> . Dicha comunicación, nuevamente, no fue absuelta.
- Con fecha 16/MAYO se nos notifica la **Carta N° 005-2016-CC LAMBAYEQUE2 por conducto notarial**, cuyo fin era informarnos sobre la penalidad impuesta, según Memorando N° 01486-2016-MIDIS/PNAEQW-UTRC, calculada en 0.5% del monto total del contrato por dos días de no entrega (12 y 13 de marzo), cantidad ascendente a la suma de S/ 24,557.92 (Veinticuatro mil quinientos cincuenta y siete con 92/100 soles).

- Asimismo, la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2284-2016-MIDIS dio origen a la Carta N° 006-2016-CC LAMBAYEQUE2, remitida a mi representada vía conducto notarial el día 06/JUNIO, confirmando la penalidad impuesta, y a su vez dejando sin efecto la **Carta N° 005-2016-CC LAMBAYEQUE2**, suscribiendo la misma la nueva Presidente del Comité de Compras Lambayeque 2, Sra. Silvia Corrales Ruiz.

VI.3 Fundamentos de derecho de la demanda.

Respecto a las pretensión principal.

Se desprende del relato de los hechos y de los documentos intercambiados con el Programa, que **SE HA TOMADO EN CUENTA LA FORMA, MAS NO EL FONDO** de la controversia que conllevó al cumplimiento tardío de nuestra obligación contractual, bajo los siguientes argumentos:

- El artículo 1314 del Código Civil peruano reza lo siguiente:

*Artículo 1314.- “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, **TARDÍO** o defectuoso” (el énfasis y el subrayado son nuestros).*

Con el relato de los hechos efectuado líneas arriba, podemos enfrascarnos en el concepto de **caso fortuito** que nos llevó a cumplir tardíamente nuestra obligación contractual, definiendo al mismo como **un suceso que constituye una causa no imputable, y que alude solo a los accidentes naturales –lo que en el Derecho anglosajón se denomina “Act of God” (hecho de Dios)- que conlleva al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación.**

El requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía, o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obliga a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo. Pero **la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor.** El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación: la rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor. En nuestro caso, estábamos conscientes del mal tiempo que regularmente afecta en ese periodo a la zona de Incahuasi, pero **no contamos con que las precipitaciones sean tan fuertes que lleguen provoquen pistas intransitables, derrumbes, lodazales, fisuras y derrumbes en las trochas, etc.**

- Los hermanos Mazeaud, al distinguir entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa, expresan que *“para saber si existe ausencia de culpa, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado. Para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado. Así, cabe no haber incurrido en culpa alguna sin que exista fuerza mayor”*².

²MAZEAUD, Henry; MAZEAUD Jean; MAZEAUD, León y CHABAS, Francois. DERECHO CIVIL. TOMO 1. OBLIGACIONES. Editorial Zavalia, 1997. Pág. 347.

- ¿En qué casos podría un deudor no ser imputable por su incumplimiento? En principio, cuando habiendo actuado con la “diligencia ordinaria requerida” no ha cumplido satisfactoriamente con la prestación a su cargo. Esto implica, ciertamente, elaborar un análisis conceptual para estructurar el marco dentro del cual se considera que existe tal diligencia exoneratoria de responsabilidad.

Así lo hace el Dr. FELIPE OSTERLING, de la siguiente manera:

“El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa. En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación”³.

Asimismo, cabe resaltar que **el Supervisor del Item Incahuasi se encontraba completamente incomunicado** debido al mal tiempo, para poder estar al tanto de la autorización del

³OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

Programa que lo facultaba a entregar los productos a los colegios a los que no se pudo entregar dentro del plazo regular correspondiente a la duración de la primera entrega.

Como dato adicional, tomamos conocimiento de la expedición del Memorando Múltiple N° 020-2016-MIDIS/PNAEQW-UTRC el cual nos fue comunicado mediante Carta Circular N° 034-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB, el cual ahora, mediante una Coordinación Previa (que es lo que se realizó antes de efectuar la repartición de productos en nuestro caso) con el Comité de Alimentación Escolar, con información a la Unidad Territorial, se podían repartir los productos a los colegios faltantes.

Respecto al pago de Costas y Costos.

AGROMANA plantea esta pretensión, como accesorio a la principal, solicitando el pago de las costas y costos y, además solicita el pago de los gastos de cobranza que se vayan originando y aquellos que se originen hasta la culminación del proceso arbitral y el pago total de las pretensiones formuladas.

VI.4 Medios Probatorios que sustentan la demanda⁴

Para acreditar los presupuestos de la demanda, **AGROMANA** ofreció los medios probatorios ya presentados en la solicitud arbitral y de prueba:

1. Carta N° 062-2016/AGROMANA, de fecha 29/MARZO/2016, mediante la cual se alcanza el expediente de pago.
2. Carta N°027-2016-CCLAMBAYEQUE2, de fecha 05/ABRIL/2016, mediante la cual se advierten observaciones con respecto a las fechas de recepción de 04 instituciones educativas.

⁴ Si bien, estos medios probatorios fueron ofrecidos con la demanda, recién se presentaron el 28/FEB/2017.

3. Carta N° 067-2016/AGROMANA, de fecha 06/ABRIL/2016, mediante la cual se solicita la no aplicación de la penalidad, adjuntando a la misma fotos, publicaciones y CD con videos (este último no se adjunta).
4. Carta N° 082-2016/AGROMANA, de fecha 29/ABRIL/2016, dirigida a la Directora Ejecutiva del PNAEQW, sustentando nuestra posición.
5. Carta N° 085-2016/AGROMANA, de fecha 03/MAYO/2016, dirigida a la Ministra de Desarrollo e Inclusión Social, sustentando nuestra posición contractual.
6. Carta N° 095-2016/AGROMANÁ dirigida al Jefe de la Unidad Territorial Lambayeque, adjuntando a la misma la Carta N° 011-2016-AGROMANA/MSG conteniendo el Informe del Supervisor del ítem Incahuasi, para efectos sustentatorios.
7. Carta N° 005-2016-CC-LAMBAYEQUE2 remitida por conducto notarial con fecha 16/MAYO.
8. Carta N° 006-2016-CC-LAMBAYEQUE2 remitida por conducto notarial con fecha 06/JUNIO, dejando sin efecto la Carta N° 005-2016-CC-LAMBAYEQUE2 y confirmando la penalidad.
9. Certificado emitido por el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENAMHI) que certifica el registro de lluvias de intensidad fuerte durante el mes de Marzo de 2016.
10. Constancia emitida por el Jefe de la Oficina de Defensa Civil de la Municipalidad Distrital de Incahuasi, Tec. CC. Nelson Manayay Purihuamán, extendida con el objetivo de probar el mal tiempo y problemas graves de accesibilidad en dicha localidad.
11. Carta Circular N° 34-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB
12. Contrato N° 003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS.

VII. DE LA DEMANDADA

Mediante escrito presentado el 31 de Mayo del 2017, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS contesta la

demanda en representación del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en la cual, entre otros, señala:

VII.1 Fundamentos de la contestación:

- En relación a la pretensión principal, señaló que el marco legal del contrato, se determina en la cláusula décimo novena: *"El presente contrato se rige por el Manual de compras aprobado por Qali Warma . Las partes acuerdan que en defecto o vacío en las reglas o normativas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y supletoriamente las disposiciones del código civil"*.
- Por lo tanto, las partes se deberán someter su accionar a lo establecido en el Manual de Compras, a las disposiciones que establezca Qali Warma y en última instancia a las disposiciones del Código Civil.

En tal sentido, el artículo 1361 del Código Civil peruano establece que:

"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"

A mayor abundamiento la cláusula séptima de los contratos referida a las partes integrantes del mismo establece:

"El presente contrato está conformado por las bases integradas del proceso de compra por el PNAEQW, con todos sus anexos y formatos, las propuestas técnica y económica de EL PROVEEDOR, Manual de Compras, Bases y los procedimientos operativos que le sean aplicables, aprobados por el PNAEQW. (...)"

- En la cláusula octava del contrato, referida a las obligaciones del proveedor se estableció lo siguiente:

"(...)

8.2 Entregar a las instituciones educativas públicas los productos en las cantidades exactas, integradas y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

(...)

8.6 EL PROVEEDOR es el único responsable administrativo, civil y penal del cumplimiento idóneo de sus prestaciones."

- La cláusula décimo quinta referida a las penalidades establece en el numeral 15.6 que las penalidades se aplicarán de acuerdo al siguiente detalle:

1. "No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato".

- Conforme a la cláusula sexta del contrato se estableció que existe un plazo de entrega, que tiene lugar en las Instituciones Educativas, el cual debe efectuarse con la debida anticipación a efectos que se pueda atender oportunamente el servicio alimentario.

- El plazo de entrega debe distinguirse del plazo del período de atención que constituyen los días en los cuales se brindará efectivamente el servicio alimentario, por lo que para lograr la finalidad del programa social es necesario garantizar una atención del servicio alimentario oportuna, de calidad y con los estándares de inocuidad desde el almacenamiento de los productos alimenticios hasta su distribución final a las instituciones educativas.

- Ante ello, se encuentra claramente determinado que en caso de incumplimiento por parte del proveedor en la entrega de los productos en las instituciones educativas, procede la aplicación de penalidades; motivo por el cual ante la constatación que se había realizado la entrega extemporánea, la Unidad de Transferencia y Rendición de cuentas conforme a sus facultades y competencias determina que corresponde aplicar las penalidades por los dos días de retraso en la entrega de marzo del 2016.
- Conforme se puede advertir de la cláusula sexta del contrato de fecha 21 de enero del 2016, se estableció para la primera entrega el siguiente cronograma:

Entrega	Plazo de Entrega	Días de Atención	Periodo de Atención
1	Del 29 de Febrero de 2016 al 11 de Marzo de 2016	20	Del 14 de Marzo de 2016 al 12 de Abril de 2016.

- Posteriormente, mediante adenda No.01 se aprobaron los intercambios de productos sin modificarse el cronograma de entrega, el cual fue modificado por la adenda No. 02, sin embargo, esta adenda no modificó los plazos de la primera entrega antes referido.
- En ese orden de ideas conforme a la cláusula quinta del contrato para modificarse las condiciones contractuales se debe recurrir a la suscripción de la adenda correspondiente, lo cual no aconteció como se encuentra demostrado; pues las adendas que se suscribieron durante el plazo de la primera entrega no fue variado por las partes, por lo que el argumento referido a que por teléfono la coordinadora técnica autorizó la variación de las condiciones

contractuales carece de todo asidero legal y fáctico, pues este hecho no es demostrado por el proveedor y conforme a las disposiciones que rigen la presente relación obligacional, no existe ninguna disposición contractual o normativa que otorgue a la coordinadora técnica la competencia de modificar las condiciones contractuales telefónicamente, máxime si cuando el proveedor presenta su carta No.067-2016/AGROMANA el 06 de abril de 2016 en la que solicita la inaplicación de penalidades no menciona ésta supuesta autorización, justificando su incumplimiento únicamente en circunstancias climáticas que consideran un caso fortuito que impidió que la entrega se realizara dentro del plazo pactado.

- No existe disposición normativa, ni contractual alguna que establezca la competencia de un asesor legal de Qali Warma o de la Unidad Territorial para determinar si se está efectivamente ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que justifique la inaplicación de penalidades solicitada por el proveedor, pues tal competencia y atribución le corresponde única y exclusivamente a la Unidad de Transferencia y Rendición de cuentas de Qali Warma. Esta unidad orgánica y, no otra, la que se encarga de validar y/o negar la aplicación de penalidades en contra del contratista. Lo expuesto se aprecia en los instrumentos contractuales que se detallan a continuación:

a. Bases integradas:

VI. 7 Aplicación de penalidades.

b. Contratos:

“**Cláusula Duodécima:** Conformidad de recepción de productos. (...) 12.3 (...) En caso de presentar observaciones, corresponde a la Unidad Territorial la evaluación del expediente y emisión del informe respectivo, **proponiendo a la Unidad de Transferencia y Rendición de cuentas las**

penalidades y/o acciones que correspondan. La unidad de transferencia y rendición de cuentas aprobará las penalidades o acciones que corresponda”.

Cláusula décimo quinta: Penalidades

(...)

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. (...) EL COMITÉ, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento la inaplicación de penalidades, debiendo acompañar los elementos probatorios de la solicitud. EL COMITÉ debe trasladar su pedido en un plazo máximo de cuarenta y ocho (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 de EL COMITÉ”.*

- En consecuencia, la Unidad de Transferencia de Rendición de cuentas no solo tiene la atribución de pronunciarse sobre la propuesta de la Unidad territorial de aplicar penalidades, sino también la atribución de determinar si deben aplicarse o no penalidades cuando toma conocimiento del incumplimiento del proveedor mediante las acciones de supervisión; tal y como ocurrió en el presente caso y como fue pactado por las partes.
- A mayor abundamiento el numeral 94 del Manual de compras también establece que la única herramienta con la que cuenta el proveedor para eximirse de la aplicación de penalidades por incumplimientos contractuales justificados en un supuesto de caso

fortuito o fuerza mayor que debe ser evaluado por la Unidad de Transferencia de rendición de cuentas, es el procedimiento antes referido y establecido tanto en las bases como en el contrato.

- En ese sentido, conforme se acredita de autos y se recoge en el Memorando No.01486-2016-MIDIS/PNAEQW-UTRC el demandante solicitó extemporáneamente la inaplicación de penalidades, pues la referida carta 067-2016-AGROMANA fue presentada el 06 de abril del 2016 cuando el plazo para la entrega venció el 11 de Marzo de 2016, es decir: fue presentada 17 días hábiles después de ocurrido los supuestos hechos de caso fortuito o fuerza mayor.
- Sin perjuicio de ello, cuando el proveedor solicita la inaplicación de penalidades no adjunta los documentos probatorios idóneos que acrediten fehacientemente tales hechos, pues tal como lo hemos señalado en el escrito de tacha y oposición a los medios probatorios presentados por el proveedor con su demanda, se adjuntaron publicaciones periodísticas y fotografías que no acreditan fehacientemente que durante los días que debía realizarse la entrega de los productos haya ocurrido tales hechos que impidieran la entrega en las instituciones educativas objeto del contrato, por lo que nos remitimos a los argumentos expresados, debiendo precisar que el reporte del SENAMHI no fue presentado con dicha carta, ni con la carta No.011-2016-AGROMANA; medios probatorios que han sido presentados en sede arbitral y que han sido objeto de pronunciamiento por nuestra parte en el mencionado escrito, motivo por el cual se consideró que la penalidad se aplicó con arreglo a ley, conforme al siguiente cálculo:

$$2'455,791.48 \times 0.5 \times 2 \text{ días de retraso} = \text{S/}.24,577.92 \text{ soles}$$

- En cuanto a que se habría actuado con la diligencia ordinaria debemos señalar que ~~debemos~~ acudir a las definiciones que realizan

algunos autores respecto a la “diligencia ordinaria” como supuesto de exoneración de responsabilidad.

- Así Messineo⁵, al delimitar el concepto de “culpa contractual” precisa el significado del “deber de diligencia contractual” que no es otra cosa que la “diligencia ordinaria” de la siguiente manera: “El concepto de culpa contractual no se comprende, si no se pone en relación con el concepto de deber de diligencia (contractual), el cual significa el cuidado que el deudor debe emplear en el desarrollo de su actividad para ponerse en situación de cumplir exactamente la obligación (...) En efecto, la culpa contractual consiste en la omisión del deber de diligencia a que acabamos de referirnos o, en una sola palabra, en la negligencia (...)” El subrayado es del demandado.
- Del mismo modo Ferrero Costa⁶ se pregunta: “que se entiende por diligencia ordinaria” y citando a Messineo, se responde que es “aquel comportamiento del deudor que consiste en usar “todos los cuidados y las cautelas que – había consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia – lo pongan en condiciones de poder cumplir.” Así, este autor es de la opinión que el “deber de diligencia contractual” o “diligencia ordinaria” del deudor no implicaría otra cosa que “lo que normalmente se puede pretender que éste haga para lograr la satisfacción del acreedor”.
- Mientras que, Felipe Osterling en su Libro de Las Obligaciones luego de citar una serie de autores y extranjeros respecto al concepto de la culpa y a la evolución de la teoría de la culpa que, va desde

⁵ Messineo, Francesco. Derecho civil y comercial, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, Tomo IV, pág 234.

⁶ Ferrero Costa, Raul. Curso de derecho de las obligaciones, Lima. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, 3 edición actualizada, pág 325.

considerar que el deudor actúa con la diligencia ordinaria cuando actúa “como un buen padre de familia” o como un comerciante honesto y leal hasta llegar a la doctrina recogida por el código civil de 1936, que es reproducida por el artículo 1320 del vigente del código civil que, supone que quien administre justicia deba apreciar la naturaleza y circunstancias de la relación obligacional para poder determinar si el deudor ha procedido con la diligencia debida; es decir para determinar si un deudor fue diligente y exonerarlo de responsabilidad deberá apreciarse la naturaleza de la obligación y las circunstancias del obligado, de acuerdo a su rango social, intelectual, económico, etc y de acuerdo con el tiempo y lugar.

- En ese orden de ideas, debe analizarse si el proveedor actuó con la diligencia debida cuando con pleno conocimiento de que en el primer trimestre del año las lluvias son intensas, como lo indica el propio proveedor en el literal e) de los fundamentos fácticos de su demanda, no solicitó oportunamente la aplicación del plazo de entrega o cuando o cuando ocurrieron los hechos que supuestamente le impidieron cumplir con los plazos de entrega no solicitó la inaplicación de penalidades dentro del procedimiento establecido en las bases, en el manual de compras y en el contrato.
- Al respecto, el proveedor no ha acreditado haber actuado con la diligencia debida, al no realizar las gestiones pertinentes para modificar los plazos contractuales ni para solicitar en su momento dentro del plazo establecido y acompañando la prueba documental idónea a fin que se le exima de la aplicación de penalidades conforme a lo pactado.
- El proveedor que por sus características particulares acostumbra a brindar este tipo de servicios, tiene pleno conocimiento de las circunstancias climáticas del primer trimestre del año como él

mismo lo afirma, es decir estamos ante un evento previsible y no extraordinario que pudo ser evitado si es que el proveedor solicitaba con la debida anticipación la ampliación del plazo de entrega o de haberse constatado la imposibilidad de cumplir con los plazos seguir el procedimiento pactado por las partes, lo cual no aconteció quedando acreditado pues, que no actuó con la diligencia debida, y por lo tanto, no puede exonerársele de su responsabilidad, ya que el proveedor debió tomar todas las acciones que sean necesarias para cumplir exactamente su obligación.

- En consecuencia, en lo que respecta a la aplicación de la penalidad realizada por la Entidad, se puede concluir válidamente que ésta se realizó con arreglo a Ley, debiéndose desestimar su pretensión.
- En relación a la pretensión accesoria, el proveedor es el único causante de los gastos que se vienen irrogando y que se tendrá que incurrir por lo que, oportunamente se le deberá atribuir íntegramente el pago de todos estos conceptos a la parte demandante.

VII.2 Fundamentos de derecho de la contestación:

1. Bases integradas
2. Manual de compras
3. Contrato No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE2/PRODUCTOS Y
ADENDAS DEL 01 AL 07.
4. Decreto Legislativo 1071.
5. Código Civil

VII.3 Medios Probatorios que sustentan la contestación:

1. Los medios probatorios ofrecidos por el demandante.

2. Bases integradas
3. Manual de compras
4. Contrato No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE2/PRODUCTOS Y ADENDAS DEL 01 AL 07.
5. Memorandum 01486-MIDIS/PNAEQW-UTRC.

VIII. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS – FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Mediante Acta de fijación de Puntos Controvertidos de fecha 12 de Setiembre del 2017, se dejó constancia que las partes presentaron tanto su escrito de demanda y contestación, por lo que habiendo las partes fijado su posición, corresponde fijar los puntos que serán materia de pronunciamiento, así como determinar la admisibilidad de los medios probatorios.

Puntos controvertidos que serán objeto de pronunciamiento:

- **Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no revocar la penalidad impuesta mediante carta notarial de fecha 3 de Junio de 2016 (Carta No.006-2016-CC LAMBAYEQUE 2) mediante la cual el Presidente del Comité de compra Lambayeque 2, comunica la aplicación de penalidad por incurrir en la causal de incumplimiento contractual, consistente en la no entrega de productos en una o mas I.I.E.E. penalidad que fue impuesta por la suma de S/.25,557.92 respecto al contrato de compra de provisión de productos de Alimentos No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS

- **Segundo punto controvertido:** Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costas y costos, entendidos como los honorarios profesionales de la asesoría legal que patrocina el presente proceso de arbitraje y los gastos administrativos que resulten del presente proceso, como el pago del Tribunal Arbitral y la Secretaria Arbitral.

El tribunal se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere mas conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas en el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad.

VIII.2 Admisión de medios probatorios

De la demanda arbitral:

- Los medios probatorios contenidos en el acápite 6. Medios Probatorios, señalados con los numerales 6.1 al 6.14
- Las copias de los documentos denominados Carta No.062-2016-AGROMANA, Carta No.011-2016-AGROMANA/MSG y copia de los correos enviados al representante del programa de QaliWarma, el señor Luis Enrique Mendoza Jimenez.

Se dejó constancia que PNAEQW formuló tacha contra diversos medios probatorios ofrecidos por AGROMANA, la cual fue resuelta oportunamente.

De la contestación de demanda:

- Los medios ~~documentos~~ señalados en el acápite IV Medios Probatorios del escrito de contestación de demanda presentado por el PNAEQW.

VIII. ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORMES FINALES.

El Tribunal Arbitral fijó a audiencia de Informes Orales para el día 17 de Mayo del 2018, la cual se llevó en la fecha prevista conforme a la grabación que obra en autos y, la cual se tiene en consideración al resolver la presente controversia. Posteriormente, ambas partes presentaron sus alegatos e informes finales.

IX. SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA RESOLVER LA TACHA y EL PLAZO PARA LAUDAR.

Mediante resolución No. DOCE se fijó el plazo para Laudar en 30 días; posteriormente, mediante resolución No. TRECE se amplió el plazo para Laudar por 30 días hábiles adicionales.

X. POSICIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Determinar si corresponde o no revocar la penalidad impuesta mediante carta notarial de fecha 3 de Junio de 2016 (Carta No.006-2016-CC LAMBAYEQUE 2) mediante la cual el Presidente del Comité de compra Lambayeque 2, comunica la aplicación de penalidad por incurrir en la causal de incumplimiento contractual, consistente en la no entrega de productos en una o mas I.I.E.E. penalidad que fue impuesta por la suma de S/.25,557.92 respecto al contrato de compra de provisión de productos de Alimentos No.003-2016-CC-LAMBAYEQUE 2/PRODUCTOS.

1. Teniendo en consideración dicha pretensión es necesario determinar cuando estamos ante un incumplimiento atribuible o no al

contratista susceptible de imponerle alguna penalidad, así como la existencia de algún procedimiento que determine la liberación de su responsabilidad en caso no cumpla con los plazos previstos en el contrato.

2. La cláusula décimo novena⁷ del contrato se remite de manera supletoria al Manual de compras a las disposiciones que emita el PNAEQW y al Código Civil para regular la relación jurídica así como los incumplimientos y/o controversias que surjan en su ejecución.

Este manual de compras, lleva como título: MANUAL DE COMPRAS DEL MODELO DE COGESTIÓN PARA LA ATENCIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO DEL PROGRAMA Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma. Aprobado mediante resolución de Dirección Ejecutiva No. 8869-2015-MIDIS/PNAEQW de fecha 30 de Noviembre del 2015. Presentado por LA PROCURADURÍA como anexo 1.e de su escrito de contestación de demanda.

En su capítulo I. Disposiciones generales, regula su **AMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDO** y, señala: *el presente Manual de compras es un instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los integrantes de los Comités de compra, postores, proveedores y personal del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en adelante PNAEQW y son aplicables a las contrataciones que se realicen para la provisión del servicio alimentario a los usuarios de las instituciones educativas públicas, en adelante IIEE, atendidas por el PNAEQW, en el marco del modelo de congestión.*

⁷ Cláusula décimo novena: **MARCO LEGAL DEL CONTRATO**

El presente Contrato se rige por el Manual de compras aprobado por el PNAEQW. Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

En relación a la **APLICACIÓN DE PENALIDADES**, en el punto 91) señala:

“91) 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 contrato respectivo y, aquélla responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan.

92) La Unidad de Transferencia y Rendición cuentas verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial.

La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de compra. El Comité de compra notificará al proveedor, las penalidades impuestas, vía carta notarial.

93) 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 presente Manual de compras.

94) 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 deberá presentar por escrito al comité de compra dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de la solicitud. El comité de compras debe trasladar el pedido en un plazo máximo de cuarenta y ocho (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. ..."

Lo cual, es congruente con lo establecido en la cláusula décimo quinta del contrato celebrado por ambas partes.

3. Respecto al procedimiento para la aplicación de penalidades, se desprende lo siguiente:

- ✓ El PNAEQW 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.
- ✓ En caso el PNAEQW aplique penalidades, lo comunicará a la Unidad Territorial para que ésta informe al Comité de Compras.
- ✓ Luego, se el Comité notificará al proveedor, vía carta notarial, las penalidades impuestas.

4. 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 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.

5. Sin embargo, tanto el Manual de compras y el contrato celebrado prevén:

...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 deberá presentar por escrito al comité de compra dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades ...”*

6. De los otros medios probatorios presentados por el demandante se puede concluir fehacientemente que el evento que le habría impedido ejecutar su prestación ocurrió antes del 11 de Marzo del 2016 (plazo previsto para ejecutar la primera entrega) y, que mediante carta **N° 067-2016/AGROMANA** de fecha 05/ABRIL dirigida al Presidente del Comité de Compras Lambayeque 2, AGROMANA justifica la demora de la ejecución de su prestación y, solicita se le exonere del pago de la penalidad.

Analizada la carta No. 067-2016 tenemos que esta es una respuesta a la carta No. 027-2016-LAMBAYEQUE 2 con la cual el Comité de compras le comunicó las observaciones a su expediente de conformidad de entrega.

Ambos documentos generan la convicción que AGROMANA recién comunica el evento -que le habría impedido ejecutar su prestación- cuando el propio Comité lo advirtió, ya que antes de dicha carta (No. 027-2016-LAMBAYEQUE 2) no se aprecia documento alguno por el cual se comunique el evento y/o se solicite la exoneración del pago de penalidad; ante ello, se puede concluir que AGROMANA no actuó de manera diligente al comunicarle al PNAEQW la demora en la ejecución de su prestación.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA** la pretensión principal del demandante.

XII. POSICIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costas y costos, entendidos como los honorarios profesionales de la asesoría legal que patrocina el presente proceso de arbitraje y los gastos administrativos que resulten del presente proceso, como el pago del Tribunal Arbitral y la Secretaria Arbitral.

Al tener esta pretensión la calidad de accesoria a la principal, conforme fue propuesta por AGROMANA, corresponde que se declare infundada esta pretensión, en consecuencia, corresponde a AGROMANA el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaria arbitral.

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 pretensión principal de la demanda presentada por Agromana SAC.

SEGUNDO: INFUNDADA la pretensión accesoria a la pretensión principal de la demanda presentada por Agromana SAC.

TERCERO: 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.

Caso Arbitral N° 1166-228-16.

Tribunal Arbitral:

Jorge Pando Vilchez

Christian Guzman Napuri

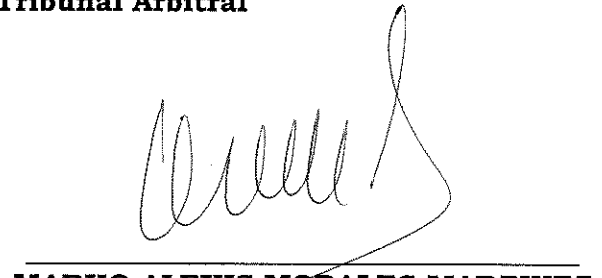
Marko Alexis Morales Martinez



JORGE PANDO VILCHEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



CHRISTIAN GUZMAN NAPURI
ARBITRO



MARKO ALEXIS MORALES MARTINEZ
ARBITRO