



Caso: CONSORCIO UCAYALINO vs. COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (CONTRATO N° 25-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES).

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 23 de enero de 2019

Señores

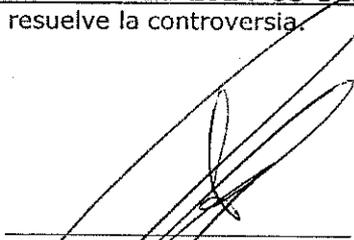
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

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

Presente.

De mi consideración,

Por medio del presente, les saludo cordialmente, respecto al caso seguido por el CONSORCIO UCAYALINO vs. COMITÉ DE COMPRA UCAYALI 2 Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (**CONTRATO N° 25-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES**), a fin de notificarle el Laudo Arbitral, que resuelve la controversia.



Jorge Zavala
Arbitro Arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1317159
REGISTRO N° 00002614-2019
REGISTRADOR: ecazorla
FECHA: 23/01/2019 12:55:30
PP
Folios : 47

a 301 - "Torre Barlovento" - San Isidro - Lima - Lima
i con la Av. Canaval y Moreyra - San Isidro - Lima)

zm | celular: 973881280

2-2018 06/1/2019

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° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES)

TRIBUNAL ARBITRAL

JOSÉ MANUEL PAZ VERA (Presidente)

HÉCTOR RUBIO GUERRERO

LUIS ENRIQUE AMES PERALTA

SECRETARIO ARBITRAL

CARLOS TORRES ZAVALA



Resolución N° 09

En Lima, a los 08 días del mes de enero de 2019, 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 Vigésima Cláusula del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, suscrito con fecha 14 de agosto de 2015 (en adelante, EL CONTRATO):
2. Asimismo, en la Cláusula Vigésima Primera 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."

3. A través de esta cláusula y con Resolución N° 3 de fecha 15 de mayo de 2018, se permite la intervención de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS, encargada de la defensa de los intereses del programa QALI WARMA en la presente controversia.

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Con fecha 28 de febrero de 2018, se citó al Comité de Compras Ucayali 02, al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y al Consorcio Ucayalino a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral para el día 09 de marzo de 2018, a las 16:00 horas.
5. Con fecha 09 de marzo de 2018, se llevó a cabo el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc del arbitraje derivado del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, con la presencia del representante de los demandados, encontrándose ausente la parte demandante, dejándose constancia en el acta la inasistencia del Consorcio Ucayalino, pese a haber sido válidamente notificado. En esta Audiencia, los miembros del Tribunal presentes 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 estas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.
6. 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 de

Panamá N° 3418, oficina 301 – “Torre Barlovento”, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

7. De igual manera, se establecieron las reglas procedimentales aplicables al presente arbitraje, las cuales serían **(a)** Las reglas establecidas en el Acta de Instalación; en su defecto **(b)** Regirán las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje); **(c)** El Manual de Compras, aprobado por el Programa Qali Warma Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 25-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES. En supuesto de vacío o deficiencia el Tribunal Arbitral podrá resolver la controversia en atención de los principios generales del derecho.
8. 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 demandante un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda.

III. DEMANDA PLANTEADA POR LA PARTE DEMANDANTE

9. Con escrito de fecha 03 de abril de 2018, el Consorcio Ucayalino, dentro del plazo otorgado, presentó su demanda arbitral, correspondiente al arbitraje derivado del contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, presentando los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su demanda, así como sus pretensiones arbitrales y los medios probatorios correspondientes.
10. Con escrito de fecha 09 de mayo de 2018, la Procuraduría Pública del Ministerio de Inclusión Social, en representación del PROGRAMA QALI WARMA, contesta la demanda, interpone reconvencción e interpone excepción.

11. El Consorcio Ucayalino no contestó la reconvencción de la entidad, a pesar de encontrarse válidamente notificado; lo cual consta en la Resolución N° 04.

IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL ARBITRAJE DERIVADO DEL CONTRATO N° 25-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES:

12. Con fecha 20 de julio de 2018, 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 Resolución del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES.
- Determinar si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma la devolución de la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/ 68,684.92 más intereses legales y moratorios que fue retenida.
- Determinar si corresponde o no ordenar al Programa Nacional Qali Warma pagar al Consorcio Ucayalino el monto S/ 200,000.00 más intereses legales por concepto de indemnización.
- 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 RECONVENCIÓN:

- Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, al no haber sido impugnada en su oportunidad la resolución contractual por el Consorcio Ucayalino.
 - a. Determinar si corresponde o ordenar el pago de la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/ 68,684.92 derivados del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, al encontrarse consentidas las resoluciones de los contratos por causal imputable al contratista.
- Determinar si corresponde o no ordenar el pago al Consorcio Ucayalino a favor del Programa Qali Warma de las sumas de S/ 34,342.46 por concepto de penalidades aplicadas al Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES.
- Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio Ucayalino asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás pagos en que tenga que incurrir el Programa Qali Warma 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 Resolución del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES"

"El Programa Qali Warma ha resuelto el Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES a mi representada sin comunicarme formalmente las razones de dicha resolución, lo cual es arbitrario".

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

“1.2.1. En primer lugar, el demandante no ha especificado la causal de nulidad aplicable al presente caso; asimismo no ha realizado fundamentación alguna ni de hecho y derecho para acreditar la presente pretensión, por lo que, de conformidad con el artículo 196° del CPC. siendo obligación de quien imputa un hecho demostrarlo, nos reservamos el derecho de ampliar nuestra contestación de demanda conforme el demandante acredite los hechos que impute.

1.2.2. Asimismo, el colegiado debe tener presente que el marco normativo del contrato materia de la presente controversia establece en su cláusula Décimo Sexta cuales sería las causales por las cuales el comité podría resolver el contrato de pleno derecho, por lo que el comité se vale de una **cláusula resolutoria de pleno derecho**, pactada voluntariamente por las partes, correspondiendo recordar lo regulado en el artículo N° 1430 del Código Civil.

1.2.3. Al respecto, cabe precisar, que en el supuesto de una cláusula resolutoria expresa, no se tiene como eje ni base el interés en mantener la relación jurídica creada ante el incumplimiento contractual, sino, por el contrario, fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira entorno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada de la voluntad de las partes.

1.2.4. *Así por convenio expreso de las partes, (el artículo 1430° del Código Civil es norma de aplicación supletoria, que faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimiento específico que de producirse eliminen el interés del acreedor en continuar con la relación y lo liberen de ella; por ello la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara) y cuyo sustento es el interés del acreedor quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.*

1.2.5 *Queremos dejar en claro que la autonomía privada o autonomía de la voluntad es concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contando para ello con la libertad para contratar y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato.*

1.2.6. *Con forme a este principio, nadie está obligado a contratar; uno contrato porque quiere, con quien quiere y como quiere. Es conveniente precisar que la libertad de contratación se encuentra reconocida como un derecho fundamental de toda persona (artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política del Perú de 1993).*

1.2.7. *Por otro lado, el artículo 1361° del Código Civil peruano establece que: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presumen que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".*

1.2.8 *En esta norma encontramos positivado el principio de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt servanda, conforme al*

cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia.

1.2.9. Por todo lo expuesto, solicitamos al Tribunal Arbitral declare INFUNDADA la presente pretensión al no encontrar en ella fundamento alguno para ser amparada al no haberse aportado medio alguno para acreditar su amparo de conformidad con el art. 196° del CPC citado."

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

"Que se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma la devolución de la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/ 68,684.92 más intereses legales y moratorios que fue retenida"

"Ahora, la cláusula de GARANTÍA del Contrato N° 025-2014 señala que EL PNAEQW está facultado para disponer definitivamente de la garantía de fiel cumplimiento cuando: "La resolución del Contrato por causa imputable a EL PROVEEDOR haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato"

En ese sentido, al no existir resolución de contrato por causa imputable al proveedor que haya quedado consentida, corresponde que EL PNAEQW devuelva la garantía de fiel cumplimiento de LOS CONTRATO ascendente a S/ 68,684.92 Soles.

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

"1.3.1 La CLÁUSULA UNDÉCIMA (Ejecución de Garantías) estipulada en el contrato materia de controversia establece lo siguiente:

El PNAEQW está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando:

La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente al PNAEQW, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

1.3.2. Entonces teniendo un proceso arbitral en curso y no existiendo laudo arbitral consentido y ejecutoriado, así como de los fundamentos al contestar la primera pretensión de la demanda, la retención de la garantía de fiel cumplimiento resulta siendo legítima por esta pactado contractualmente en el contrato suscrito entre El Consorcio y El Comité, más aún, como se desarrollará en nuestra pretensión en reconvención sobre esta controversia, este monto no fue materia de retención por parte de la entidad y por la que solicitaremos su recuperación.

1.3.3. En tal sentido, solicitamos al Tribunal Arbitral declare INFUNDADA la presente pretensión.

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

"Que se ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma pagar al Consorcio Ucayalino el monto S/ 200,000.00 más intereses legales por concepto de indemnización"

"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.

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 a 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 provoca 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.

La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

PAULUS define el daño emergente como quantum mihi abest, es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento.

Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño. La emergencia se produce en distintas 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 PAULUS completa con la idea del lucro cesante: quantum mihi aves quantum

que lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo ganó debido al daño). Por consiguiente, mientras en el 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 mismos 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 extra contractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entender 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 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 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 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 TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

"1.4.1. El demandante no sustenta esta pretensión de forma ni modo alguno limitándose a desarrollar conceptualmente el concepto de indemnización sin establecer cual es nexo con el supuesto daño causado; 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 terceros.

1.4.2. Debemos indicar que a lo largo de nuestra contestación de demanda hemos demostrado y sustentado que el demandante no ha esgrimido argumento alguno (ni de hecho ni derecho) que fundamenten las pretensiones de su demanda, por lo que, lo solicitado en el presente caso carece de todo sustento legal que pueda acreditar su amparo por el colegiado.

1.4.3. Asimismo, 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 los 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/ .200,000.00, siendo estos por Daño Emergente (por la aplicación válida de las penalidades) y Lucro Cesante (por la supuesta ganancia dejada de percibir).

1.4.4. *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 o es decir el vínculo de causalidad, elemento subjetivo y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.*

1.4.5. *En ese orden de ideas como se puede advertir de los argumentos que sustentarían esta pretensión, no se encuentran acreditado ninguno de los presupuestos que se requieren para que proceda la indemnización por daños y perjuicios.*

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 CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

"Que se ordene al Programa Qali Warma asumir el pago del 100% de las costas y costos del arbitraje"

"El artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de arbitraje) señala que el tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje"

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

que comprenden, entre otros: (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral y (ii) los honorarios y gastos del secretario.

El inciso 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje) señala lo siguiente: 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 (...).

En ese sentido, al no existir entre las partes acuerdo alguno respecto a la imputación o distribución de los costos del arbitraje solicito en cumplimiento al Decreto Legislativo N° 1071 que el 100% de las costas y costos del presente arbitraje le sean imputables al PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA, debido a que hemos demostrado que las pretensiones planteadas en la presente demanda tienen sustento legal, por lo que, deberán ser declaradas FUNDADAS.

Por lo expuesto, solicito a ustedes señores miembros del Tribunal declaren FUNDADA la tercera pretensión principal de nuestra demanda”

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

“Respecto a la presente pretensión, el demandante no ha manifestado argumento alguno válido en el escrito de su demanda, sin embargo. Cabe mencionar que es evidente que los gastos que viene incurriendo el proveedor devienen por causas atribuible a él mismo y no a la Entidad; por ende dicha pretensión de pago de Costas y Costos debe ser declarada INFUNDADA y atribuirle íntegramente dicho pago a la parte demandante.”

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

"Que se declare consentida la resolución del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, al no haber sido impugnada en su oportunidad la resolución contractual por el Consorcio Ucayalino.

- a. Que se ordene el pago de la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/ 68,684.92 derivados del Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, al encontrarse consentidas las resoluciones de los contratos por causal imputable al contratista."**

"Respecto a la primera pretensión principal:

(...)

4.1. Previamente al desarrollo de la presente pretensión, y a fin de que el Tribunal Arbitral tenga en claro el objeto de controversia en el presente arbitraje, dejamos constancia que mediante el presente arbitraje no estamos solicitando se valide el procedimiento de resolución contractual, ni mucho menos que se verifique si el incumplimiento del contratista se dio o no, o si este le es imputable o no, sino que mediante el presente arbitraje tan sólo estamos solicitando un pronunciamiento meramente declarativo por parte del Tribunal Arbitral, en el extremo que se pronuncie si la resolución contractual ya se encuentra consentida o no.

4.2. Estando a lo antes señalado, en el presente caso este Tribunal Arbitral debe de tomar en consideración que a la fecha, ha transcurrido en exceso el plazo contemplado en el último párrafo

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

de la Cláusula Décimo Sexta sin que el Contratista haya cuestionado la resolución contractual efectuada por nuestra parte.

4.3. Es así que, la referida Cláusula establece que:

Cualquier controversia relacionada con la resolución del presente Contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del Contrato ha quedado consentida.

4.4. Estando a lo expuesto hasta el momento tenemos que:

- La resolución contractual se efectuó por Carta Notarial N° 63-2015 de fecha 15 de enero del 2015 y notificada al proveedor con fecha 20 de enero del 2015.*
- El proveedor tenía plazo para impugnar hasta el día 10 febrero del 2015.*
- A partir del 11 de febrero del 2015 la resolución contractual efectuada por Carta Notarial N° 63-2015 se encuentra consentida.*

4.5. Por las consideraciones antes señaladas, solicitamos se declare fundada la presente pretensión.

Respecto a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal:

(...)

Tribunal Arbitral

José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

4.6. En la Cláusula Décima de los Contratos, se estableció que el Comité debía retener el 10% del monto total del contrato para constituir el fondo de garantía, el mismo que ascendía a S/. 68,684.92 (Sesenta y ocho mil seiscientos ochenta y cuatro con 92/100 Soles).

4.7. Sin embargo, y conforme se puede apreciar en nuestros fundamentos de hecho, no se pudo retener dicho monto porque no se efectuó valorización alguna, debido a la resolución del contrato motivada por el incumplimiento contractual del Contratista relacionado a la falta de entrega de las raciones a los usuarios del PNAEQW.

4.8. Por ello, de declararse fundada la primera pretensión principal, es decir, consentida la resolución del contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, amparamos nuestro pedido de pago y/o ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en la Cláusula Undécima: Ejecución Garantía (MYPE) del Contrato, que señala lo siguiente:

CLAUSULA UNDECIMA: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

EL PNAEQW está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía cuando:

La resolución del contrato por causa imputable a EL PROVEEDOR haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente al PNAEQW, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

4.9. Por otro lado, para un correcto resolver por parte de este ilustre Tribunal Arbitral, se debe de tomar en consideración lo establecido en los numerales 59) y 88) del Manual de Compras:

Para suscribir el contrato, el postor ganador deberá presentar los siguientes requisitos obligatorios:

(...)

b) *Garantía de fiel cumplimiento por el 10% del valor adjudicado del ítem, la misma que será materializada a través de una carta fianza (...) La garantía debe extender su vigencia hasta 30 días posteriores a la culminación del período de atención. En el caso específico de la MYPE, podrán solicitar acogerse al mecanismo de retención de dicho porcentaje de acuerdo a lo establecido en el contrato (...)*

(...)

100) *QALIA WARMA está facultada para solicitar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, a su requerimiento cuando:*

(...)

b) *La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a QALI WARMA independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado*

Nótese que según el Manual de Compras, la Garantía de Fiel cumplimiento es una sola, la misma que asciende a la suma del 10%

del monto del contrato, esto independientemente de las facilidades que se les otorga a la MYPES para que pueda acceder a un contrato con el Estado.

4.10. Tal y como se puede apreciar, las referidas normas señalan que:

- *La garantía de fiel cumplimiento asciende a la suma de 10% del monto del contrato.*
- *En el caso de MYPES, se permite que el monto de la garantía de fiel cumplimiento se financie a través de retenciones a las valorizaciones de pago.*
- *En el supuesto de resolución de contrato por causa imputable al contratista, se faculta al PNAEQW a procurarse con las mismas en su integridad.*
- *Que, el término garantía contiene en esencia la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre algo, Es por ello, que el Manual de Compra busca que la contratación de raciones para los beneficiarios del programa puedan cumplir con las funciones encomendadas, por lo que, es esencial el requerimiento y presentación de la garantía.*
- *La garantía exigida por el contrato y el manual de compras tiene por finalidad desincentivar el incumplimiento injustificado del contratista, así como asegurar a la entidad una reparación económica en caso este incumpla el contrato.*

4.11. De lo señalado y reseñando las motivaciones y deliberaciones realizadas por otros tribunales arbitrales al ampro de esta pretensión, es claro que la garantía cumple una doble función compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones establecidas en el contrato y/o Manuel de Compras, y, en su caso, a la ejecución de la garantía presentada por el. Es

resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

4.12. Este tipo de garantía posee como característica, fundamental de vigencia la cual establece hasta la liquidación del contrato, por cuanto, de existir algún incumplimiento se pueda contar con una reparación económica; y dado que, el contratista manifestó su condición MYPES, se le dio la facilidad de sustituir la carta fianza de fiel cumplimiento por el mecanismo de retención de valorizaciones, retenciones la cuales no se pudieron efectivizar porque no se efectuó valorización ni pago alguno al contratista debido a la resolución contractual, hecho que no enerva la posibilidad de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, por cuanto, al haber optado el contrato por la retención de las valorizaciones en vez de otorgar una carta fianza, no le exime de obligación de integrar este fondo mediante el pago del 10% de l valor del contrato, a fin de que la garantía sea ejecutada, caso contrario se estaría desnaturalizando la función de la garantía compulsiva y resarcitoria.

4.13. Graficando lo señalado hasta el momento, tenemos que:



4.14. Por las consideraciones antes señaladas, solicitamos se declare fundada la presente pretensión.

POSICIÓN DEL CONSORCIO UCAYALINO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

El Consorcio Ucayalino no contestó la reconvencción, a pesar de haber sido debidamente notificada, tal cual consta en la Resolución N° 04.

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

"Que se ordene el pago al Consorcio Ucayalino a favor del Programa Qali Warma de las sumas de S/ 34,342.46 por concepto de penalidades aplicadas al Contrato N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES."

"4.15. Previamente al desarrollo de la presente pretensión, el Tribunal Arbitral debe de tomar en consideración que no corresponde análisis alguno sobre la forma en que se han impuesto las penalidades, ya que de declararse el consentimiento de la resolución contractual (por incumplimiento de la entrega de raciones a los usuarios del PNAEQW) automáticamente se estaría validando la posición de penalidades.

4.16. Sin perjuicio de lo antes señalado, se debe tener presente la imposición de penalidades se ha dado dentro de las obligaciones pactadas en el Contrato, y que se ha seguido estrictamente las formalidades pactadas para su correcta imposición.

4.17. Es así que, la cláusula penal o penalidad es definida como:

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las

partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

4.18. Estando a la definición señalada, tenemos que la cláusula penal o la penalidad es un mecanismo contractual a través del cual las partes, de manera previa al surgimiento de cualquier controversia, establecen mecanismos indemnizatorios frente a posibles incumplimientos contractuales. Siendo ello así, resulta bastante obvio que para la aplicación de la penalidad sólo resulta necesario acreditar la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada, esto conforme a lo señalado por los profesores Osterling y Castillo Freyre:

En primer lugar, se requiere la existencia de una obligación principal válida, pues dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que ella se aplique. La segunda condición es la validez de la pena estipulada.

4.19. Siendo ello así, a fin de acreditar el correcto actuar por parte del Comité debemos de señalar que la obligación principal válida incumplida por parte del Contratista es la falta de entrega de las raciones, esto tal y como se encuentra detallado en nuestro apartado de "Fundamentos de Hecho".

4.20. Respecto a este último punto, el Tribunal Arbitral deberá de tomar en consideración lo pactado en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, en donde se establece de manera bastante clara:

Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

(...)

<i>Causales de incumplimiento</i>	<i>Penalidad</i>
<i>Incumplimiento en la entrega de raciones en las instituciones educativas/no entrega raciones)</i>	<i>1% del monto total contrato por día.</i>

Tal y como puede apreciar el Tribunal Arbitral, la obligación principal válida es la entrega de las raciones en la fecha establecida en el contrato, obligación que era de pleno conocimiento de nuestra contraparte ya que la misma se encontraba estipulada en la Cláusula Cuarta y en la Cláusula Octava del Contrato.

4.21. *Por otro lado, nos ratificamos en la validez de la penalidad impuesta. Para ello, antes de realizar un análisis de los hechos acontecidos, pasamos a realizar un análisis "in abstracto" de la cláusula penal pactada: "Incumplimiento en la entrega de raciones en las instituciones educativas/no entrega raciones), la misma que:*

- *Ha sido pactada por agentes capaces, ya que tanto el Contratista como el Comité han sido debidamente representados.*
- *Existe un fin lícito y jurídicamente posible, ya que las partes están pactando una indemnización (tanto en hecho como en cuantificación) de manera previa a su acontecimiento, para de esta manera reducir los costos transaccionales de los contratos.*

- *Existe un fin lícito, ya que no está pactando contra ninguna norma de carácter imperativo o prohibitivo, sino que por el contrario se está pactando una indemnización frente a la comisión de un hecho futuro e incierto.*

Tal y como puede apreciar el Tribunal Arbitral, la penalidad pactada por las partes no adolece de ningún vicio respecto a sus requisitos esenciales, lo cuales la hace plenamente válida.

4.22. Por las consideraciones antes señaladas, solicitamos se declare fundada la presente pretensión."

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

El Consorcio Ucayalino no contestó la reconvencción, a pesar de haber sido debidamente notificada, tal cual consta en la Resolución N° 04.

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

"Que se ordene al Consorcio Ucayalino asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás pagos en que tenga que incurrir el Programa Wali Warma para su mejor defensa en el proceso arbitral."

"4.23. De lo expuesto a lo largo de todos los apartados, este Tribunal Arbitral puede apreciar que la razón nos asiste, tanto en hechos como en derecho.

4.24. *Siendo ello así, corresponderá que nuestra contraparte asuma el 100% de los gastos arbitrales al haberse negado a cumplir con las obligaciones contractuales a las que se obligó."*

V. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES DEL ARBITRAJE DERIVADO DEL CONTRATO N° 025-2014-CC-UCAYALI 2/RAC

14. Con fecha 29 de agosto de 2018, se realizó la Audiencia de Informes Orales.

VI. PLAZO PARA LAUDAR

15. Con fecha 24 de octubre de 2018, mediante Resolución N° 7, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles y mediante Resolución N° 8 fue prorrogado el plazo, por treinta (30) días hábiles adicionales, contados desde el vencimiento del plazo para laudar fijado (10 de diciembre de 2018); por lo que **el plazo para laudar vence el 23 de enero de 2019.**

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

16. 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.

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

- 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"¹

17. El Consorcio Ucayalino (en adelante, "EL DEMANDANTE") y el COMITÉ DE COMPRA UCAYALI2 (en adelante, "EL COMITÉ"), suscribieron con fecha 14 de agosto de 2014 EL CONTRATO, para la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones a favor de los usuarios del PROGRAMA NACIONAL ALIMENTARIO EDUCACIONAL QALI WARMA (en adelante, "EL PROGRAMA") de los niveles inicial y primaria del Ítem CALLERÍA 5, según las especificaciones, características y cantidades establecidas. El monto contractual ascendió a la suma de S/. 686.849.22 para el Contrato N° 025-2014-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 ochenta y un (81) días.
18. 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 aplicarán supletoriamente las disposiciones emitidas por EL PROGRAMA QALI WARMA para su

¹ Taramona Hernández, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed. Rodhas, 1994, p. 35.

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.

19. 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.
20. 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".

21. 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.
22. 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.
23. Cabe precisar que el Tribunal Arbitral dejó establecido en el Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Pruebas

que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente.

24. 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.
25. 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.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA NULIDAD, INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES.

26. Al respecto, EL DEMANDANTE en su escrito de demanda que EL CONTRATO fue resuelto sin comunicarle formalmente las razones de la misma.
27. Por su lado, EL COMITÉ señala que el Consorcio Ucayalino no ha aportado medio probatorio alguno ni ha realizado fundamentación alguna para demostrar la presente pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

28. En consideración a lo manifestado por las partes - tanto en sus respectivos escritos de demanda arbitral y contestación a la misma; así como la reconvención - y en observancia de los instrumentos probatorios ofrecidos por ambas, el Tribunal Arbitral manifiesta lo siguiente respecto al Primer Punto Controvertido:

- a. En primer lugar, resulta pertinente destacar que ninguna de las partes desconoce que el Contrato se perfeccionó oportunamente. No obstante ello, ambas han manifestado su clara discrepancia en torno a la resolución del CONTRATO.
- b. Sobre este punto controvertido, el Consocio Ucayalino ha afirmado que el Programa Qali Warma resolvió el CONTRATO sin comunicarle formalmente las razones de dicha situación, aduciendo que dicha resolución contractual deviene en arbitrario.
- c. Por su parte, la Entidad sostiene que el DEMANDANTE no ha especificado la causal de nulidad aplicable al presente caso, y que tampoco ha demostrado las afirmaciones de su pretensión.
- d. Al respecto, es preciso señalar que todo proceso se rige por el principio de la Carga de la Prueba, el cual se encuentra recogido en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria al CONTRATO.
- e. En tal sentido, de la revisión del expediente, este colegiado advierte que, el DEMANDANTE lejos de aportar medio probatorio alguno que demuestre que EL CONTRATO fue resuelto arbitrariamente, únicamente se limita a alegar que se ordene la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución del referido instrumento, cuando bien puedo presentar en el presente proceso arbitral documentos que

acrediten dicha situación, si quiera de manera indiciaria. 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.

- f. Tan es así, que EL DEMANDANTE ni siquiera ha contradicho o cuestionado lo alegado por la entidad, respecto a que aquél no habría aportado prueba alguna que respalde su pretensión. Es más, mediante Acta de Audiencia de Informes Orales notificada a la parte demandante el 06 de setiembre de 2018, se le ordenó al Consorcio Ucayalino presentar cualquier documentación relacionada a sus pretensiones, si lo considera conveniente; sin embargo, EL DEMANDANTE no cumplió con remitir la información requerida.
- g. Por tales razones, corresponde declarar infundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD LA DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO ASCENDENTE A S/ 68,684.92 MÁS INTERES LEGALES Y MORATORIOS QUE FUE RETENIDA.

13. El DEMANDANTE señala que al no existir resolución de EL CONTRATO por causa imputable a él, corresponde que QALI WARMA le devuelva la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/ 68, 684.92.

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

14. EL COMITÉ, por su parte, indica que la cláusula undécima del contrato, referida a la ejecución de garantías, se señala que QALI WARMA está facultado a disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando la resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolverlo. Así, añade que el monto de la garantía no fue materia de retención por parte de la entidad, por lo que en su pretensión de reconvención solicitan la recuperación del mismo.
15. El Tribunal Arbitral comprueba que la cláusula décima de EL CONTRATO señala que una vez liquidado éste, el COMITÉ procederá con la devolución de esta garantía de fiel cumplimiento.
16. De otro lado, si bien EL DEMANDANTE afirma que correspondería que le devuelvan la garantía de fiel cumplimiento en la medida de que no existe resolución contractual por causa imputable a él, ello no resulta ser suficiente para este Colegiado, toda vez que el Consorcio Ucayalino no ha demostrado de manera fehaciente tales afirmaciones, máxime si es éste quien se encuentra en una mejor posición para acreditar sus argumentos.
17. Por ello, este Tribunal Arbitral considera que la segunda pretensión principal de la demanda debe ser declarada infundada, debido a que EL DEMANDANTE no ha demostrado que le corresponde la devolución del fondo de la garantía de fiel cumplimiento.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

“Determinar si corresponde o no ordenar al Programa Nacional Qali Warma pagar al Consorcio Ucayalino el monto S/ 200,000.00 más intereses legales por concepto de indemnización.”

18. Sobre el particular, tratándose de un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral considera pertinente recalcar que nuestro sistema jurídico ha dividido la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

- a. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c. El factor de atribución, es decir, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

19. Ahora bien, toda persona que alega un daño debe probarlo. Este daño, según la doctrina, es el menoscabo que – a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado – sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.

20. En el presente caso, lejos de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, EL DEMANDANTE indica que EL COMITÉ aplicó penalidades sin sustento alguno, lo cual le habría causado un daño cierto y que al no recibir la contraprestación por los servicios brindados no le permitiría desarrollarse en el sector empresarial.

21. Asimismo, cabe indicar que si bien el artículo 1332° del Código Civil permite que el juez utilice una valoración equitativa para fijar el monto de la indemnización, ello no implica que la parte que solicita dicha indemnización no deba cumplir con la carga de la prueba y probar el daño sufrido, así como los demás elementos mencionados.
22. Así, en la medida de que El DEMANDANTE no ha probado fehacientemente el supuesto daño ocasionado, la presente pretensión debe ser declarada infundada.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, AL NO HABER SIDO IMPUGNADA EN SU OPORTUNIDAD LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR EL CONSORCIO UCAYALINO.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

23. Sobre este punto controvertido, este Colegiado considera que resulta relevante determinar si la resolución del CONTRATO fue efectuada conforme a la normativa aplicable al mismo.
24. Así, tenemos que en cuanto al marco legal de EL CONTRATO, en la Cláusula Décimo se establece que dicho instrumento se rige por las disposiciones del Manual de Compra aprobado por el PROGRAMA QALI WARMA. Asimismo, ambas partes acordaron que en defecto o vacío de reglas o normas establecidas, se podrá aplicar de manera supletoria las disposiciones emitidas por Qali Warma para su regulación y supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

25. En efecto, de la lectura de la Cláusula en mención, se entiende que el orden de prelación para la aplicación de la normativa del Contrato es el siguiente:

- 1) Manual de Compras
- 2) Disposiciones especiales del PROGRAMA QALI WARMA.
- 3) Código Civil, ante vacío o defecto de las 2 primeras.

26. En tal sentido, corresponde remitirnos al Manual de Compras el cual regula el procedimiento para la resolución del CONTRATO en los numerales 85 y 86 de su Acápito VI.7 Causales de Resolución Contractual, el mismo que señala lo siguiente:

"VI.7 Causales de Resolución Contractual

(...)

85. En cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando EL COMITÉ comunique a EL PROVEEDOR que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.

86. Para proceder con la resolución de un contrato, la Unidad Territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión."

27. De otro lado, la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO contempla los supuestos en los cuales EL COMITÉ se encuentra facultado para resolver de pleno derecho dicho instrumento.

28. En ese sentido, para que se resuelva válidamente el CONTRATO es necesario que concurren dos requisitos: (i) la comunicación por parte del COMITÉ de la resolución del contrato; y (ii) el informe técnico previo emitido por la Unidad Territorial.

29. Siendo así las cosas, de la revisión del expediente este Colegiado verifica que mediante Carta Notarial N° 63-2015 EL COMITÉ comunicó

al Consorcio Ucayalino sobre la resolución del CONTRATO. De igual manera, se advierte que obra en el expediente el informe emitido por el Jefe de la Unidad Territorial, donde se concluye que el contrato fue resuelto por causa imputable al contratista.

30. Por todo lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que, al haber comprobado la validez de la resolución del CONTRATO, corresponde declarar fundada la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O ORDENAR EL PAGO DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO ASCENDENTE A S/ 68,684.92 DERIVADOS DEL CONTRATO N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES, AL ENCONTRARSE CONSENTIDAS LAS RESOLUCIONES DE LOS CONTRATOS POR CAUSAL IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

31. Respecto a esta pretensión, se debe precisar que, de acuerdo a la Cláusula Undécima del Contrato las partes acordaron lo siguiente:

"Qali Warma está facultado para disponer definitivamente del fondo de la garantía cuando:

- 1.1 La resolución de contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la calificación del daño efectivamente irrogado.*

32. En efecto, fue el Contratista quien incumplió con las prestaciones acordadas en el Contrato, originándose la resolución del contrato. Por

ello, al haber incumplimiento contractual y, al haberse resuelto válidamente el contrato resulta legal que las garantías de fiel cumplimiento sean retenidas por el Comité, por lo que el Tribunal Arbitral considera declarar fundada la pretensión accesoria de la primera pretensión de la reconvención.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR EL PAGO AL CONSORCIO UCAYALINO A FAVOR DEL PROGRAMA QALI WARMA DE LAS SUMAS DE S/ 34,342.46 POR CONCEPTO DE PENALIDADES APLICADAS AL CONTRATO N° 025-2014-CC-UCAYALI2/RACIONES.

Sobre este punto, es preciso señalar los numerales 80), 81) y 82) del Manual de Compras, que dispone lo siguiente:

"80. Las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configura una situación de incumplimiento prevista en el presente manual y en el contrato respectivo, y aquélla 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.

81. No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma evaluará los argumentos descritos por el proveedor y, mediante informe técnico, se pronunciará sobre su procedencia de manera previa a la

remisión del expediente de pago a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas de Qali Warma.

82. Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el numeral 80) del presente manual.” (Subrayado y resaltado es nuestro)

De la revisión de los actuados en el arbitraje, se advierte que se cuenta con los documentos de la Unidad Territorial de Qali Warma que sustentan la aplicación de las penalidades; las cuales son automáticas, según las reglas especiales de las compras del PROGRAMA QALI WARMA y que fueron aceptadas por el DEMANDANTE, al postular al proceso de compra; y que no ha sido contradicho ni cuestionado por el DEMANDANTE durante el proceso arbitral.

Es más, de los actuados, no se advierte que EL DEMANDANTE haya cumplido con el procedimiento especial de solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que corresponde declarar fundada la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.

RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

En este extremo, el Tribunal Arbitral verifica que el contenido de la pretensión de la demanda y la reconvención se encuentran orientados a establecer la condena de costas y costos del proceso, razón por la que resolverá ambos de manera conjunta.

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.

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

33. 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.
34. 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.
35. 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.
36. 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 motivó el 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.

37. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 señalando lo siguiente *"Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)"*².
38. Respecto al concepto de "gastos razonables", Huáscar Ezcurra Rivero señala que *"(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento"*³.
39. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de la Entidad y el Consorcio a lo largo del presente arbitraje.
40. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del

² EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

³ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

presente arbitraje por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos; en tanto los costos por servicios legales deben ser asumidos por cada parte, según corresponda.

41. Sin embargo, el Tribunal Arbitral advierte del propio expediente que EL PROGRAMA QALI WARMA, 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 a favor del PROGRAMA QALI WARMA por el monto neto total de **S/ 12,555.00** (Doce Mil Quinientos Cincuenta y Cinco); que comprende lo siguiente:

- a. El monto neto de **S/ 9,586.50** (Nueve Mil Quinientos Ochenta y Seis con 50/100 Soles), que corresponde a la suma de honorarios del Tribunal Arbitral (el honorario neto de cada árbitro fue de S/ 3,195.50).
- b. El monto neto de **S/ 2,968.50** (Dos Mil Novecientos Sesenta y Ocho con 50/100 Soles) que corresponde a la suma neta de honorarios del secretario arbitral.

SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución del CONTRATO.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, no corresponde ordenar al PROGRAMA QALI WARMA y al COMITÉ que devuelvan la garantía de fiel cumplimiento.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, no corresponde ordenar al PROGRAMA QALI WARMA y al COMITÉ que paguen al Consorcio Ucayalino una indemnización por el monto de S/ 200,000.00.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvencción; y, en consecuencia, declarar consentida la resolución del CONTRATO.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvencción; y, en consecuencia, ordenar el pago de la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvencción; y, en consecuencia, ordenar el pago al CONSORCIO UCAYALINO a favor del PROGRAMA QALI WARMA de las sumas de S/ 34,342.46 por concepto de penalidades aplicadas al CONTRATO.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda y la tercera pretensión principal de la reconvencción y **DISPONER** que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

OCTAVO: ORDENAR el reembolso que deberá realizar el CONSORCIO UCAYALINO a favor del PROGRAMA QALI WARMA por el monto neto total de **S/ 12,555.00** (Doce Mil Quinientos Cincuenta y Cinco); conforme se establece en la parte considerativa del presente laudo.

NOVENO: 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.

Tribunal Arbitral
José Manuel Paz Vera
Héctor Rubio Guerrero
Luis Enrique Ames Peralta

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

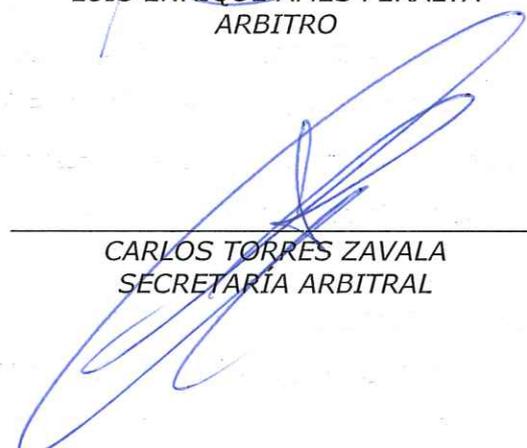


JOSÉ MANUEL PAZ VERA
PRESIDENTE

HÉCTOR RUBIO GUERRERO
ARBITRO



LUIS ENRIQUE AMES PERALTA
ARBITRO



CARLOS TORRES ZAVALA
SECRETARÍA ARBITRAL