



Lima, 29 de mayo de 2019

Señores

Comité de Compra Piura N° 2

Av. Nicolás de Piérola 826, Cercado de Lima

Lima.-

 1403672
REGISTRO N° 00026628-2019
REGISTRADOR: tcubam
FECHA: 30/05/2019 13:57:09
PP
Folios : 34

**Referencia: Arbitraje CONSORCIO AGROMEL. vs COMITÉ DE
COMPRAS PIURA N° 2 (Exp. N° 1376-88-17)**

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes a fin de remitirles la Resolución N° 14, de fecha 24 de mayo de 2019, que contiene el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral, a fojas 33, recaído en el proceso arbitral N° 1376-88-17 seguido entre el **Consortio Agromel y el Comité de Compras Piura N° 2.**

Lo que notifico a ustedes con arreglo a ley.

Atentamente,

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


Carlos Andrés Cáceres Guerra
Secretario Arbitral

EXP. 1376-88-17

CONSORCIO AGROMEL – COMITE DE COMPRA PIURA N° 2 – PROGRAMA
NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO AGROMEL (indistintamente,
Consortio o demandante)

DEMANDADO: COMITÉ DE COMPRA PIURA N° 2 (indistintamente,
Comité o demandado)

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN
ESCOLAR QALI WARMA (indistintamente, el
Programa o demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Juan Miguel Rojas Ascón (Presidente del Tribunal
Arbitral)
Guillermo Chang Hernández (árbitro designado por
la parte demandante)
Marco Antonio Rodríguez Flores (árbitro designado
por la parte demandada)

SECRETARÍA ARBITRAL: Silvia Violeta Rodríguez Vásquez, Secretaria
General de Conciliación y Arbitraje del Centro de
Resolución de Conflictos de la Universidad Católica

Carlos Andrés Cáceres Guerra, Secretario Arbitral
del Centro de Resolución de Conflictos de la
Universidad Católica



Resolución N° 14

En Lima, a los veinticuatro (24) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral

El Convenio Arbitral se encuentra en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 012-2016-CC-PIURA2/PRODUCTOS suscrito entre las partes el 08 de marzo de 2016.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 31 de agosto de 2017 se instaló el Tribunal Arbitral, integrado por **Juan Miguel Rojas Ascón**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor **Guillermo Chang Hernández** en calidad de árbitro designado por la parte demandante y el doctor **Marco Antonio Rodríguez Flores** en calidad de árbitro designado por la parte demandada; con la asistencia ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), las reglas establecidas en la presente Acta y, en su defecto, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje). Asimismo, el Manual de Compras aprobado por el Programa Nacional de

Alimentación Escolar Qali Warma, las disposiciones emitidas por el referido Programa y, supletoriamente, las disposiciones del Código Civil.

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

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO AGROMEL

3.1 Mediante escrito presentado con fecha 27 de setiembre de 2017, el Consorcio AGROMEL formula demanda arbitral señalando las siguientes pretensiones:

- **Primera pretensión principal.-** Que, se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de Resolución Ejecutiva N° 2559-2016-MIDIS-PNAEQW de fecha 31 de mayo de 2016, la misma que nos fuera notificada el 10 de junio de 2016, por la cual imponen a mi representada, la penalidad (sin motivación ni causa justificada), por la suma de S/ 128,900.50 (ciento veintiocho mil novecientos con 50/100 soles).
- **Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal.-** Que, de ser declarada infundada y/o improcedente la primera pretensión principal, solicitamos al Tribunal Arbitral, vía interpretación, y en equidad con aplicación del artículo 1346° (reducción de la cláusula penal) del Código Civil se sirva efectuar un nuevo cálculo de las penalidades en base a lo siguiente.

- **Segunda pretensión principal.-** Que, de ser declarada infundada y/o improcedente la primera pretensión principal y la primera subordinada, se ordene a las demandadas Comité de Compra Piura 2 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma que en forma solidaria cumplan con efectuar el pago por la suma de S/ 128,900.50 (ciento veintiocho mil novecientos con 50/100 soles), por concepto de penalidades impuestas de forma arbitraria, derivados de un enriquecimiento sin causa en beneficio de las demandadas.

 - **Tercera pretensión principal.-** Que, se ordene a el Comité de Compra Piura 2, el pago de los costos y costas del presente proceso arbitral derivado de la controversia surgida del Contrato N° 012-2016-CC-PIURA2/PRODUCTOS, de fecha 08 de marzo de 2016, más los intereses correspondientes hasta su efectiva cancelación.
- **Sobre la Primera pretensión principal**
- 3.2 La Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2559-2016-MIDIS/PNAEQE, mediante la cual la demandada precisamente en el artículo 3, resuelve Disponer la ejecución de recursos financieros por parte del Programa por el importe de S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 500/100 soles) a favor de la cuenta de penalidades, la misma que fue emitida sin motivación ni causa justificada.

 - 3.3 Señala que la resolución en mención vulnera sus derechos de defensa y debido proceso toda vez que no se les habría brindado la posibilidad de poder contradecir las penalidades.



 - 3.4 Señala que la demandada impone la penalidad antes indicada la misma que equivale a cuatro días de retraso, la misma que corresponde al 0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso, en ese sentido según la posición de la demandada son 04 días.

- 3.5 Indica que la demandada efectúa un cálculo errado de las penalidades, contabilizando desde el 30 de abril hasta el 02 de mayo del 2016, contraviniendo a lo establecido en el numeral 12.4 de la CLAUSULA DUODECIMA DEL CONTRATO PRINCIPAL.
- 3.6 Sostiene que el domingo 01/05/2016, se encuentra declarado como feriado no laborable, porque se celebra el DÍA DEL TRABAJO, por lo que, el cálculo de la supuesta penalidad en la que habrían recaído se debió de haber realizado de la siguiente manera:

Día no Atendido	Día no Atendido	Día no Atendido	Día no Atendido	NÚMERO DE DIAS DE PENALIDAD
SABADO	DOMINGO	LUNES	MARTES	
30/04/2016	01/05/2016	02/05/2016	03/05/2016	02 DIAS
No laborable	No laborable / Feriado	Laborable	Laborable	

- 3.7 Refiere que respecto a la determinación de días para el cálculo de la penalidad por No entregar los productos en la fecha establecida en la Adenda 001 del contrato principal, deviene en ilegal, toda vez que la demandada pretende imputar la NO ENTREGA DE PRODUCTOS, en días en los cuales el Manual de compras y el contrato mismo prohíben su reparto, lo cual se agrava aún más si consideramos que el día 01 de mayo de cada año es feriado no laborable.
- 3.8 Indica que la no entrega de productos en las fechas establecidas, por las cuales se les impone la penalidad, fue por causas debidamente justificadas, tal es el caso que con fecha 02 de mayo de 2016, mi representada remitió a la demandada la Carta N° 82-2016-CONSORCIO AGROMEL-2016, mediante la cual comunica el retraso en la provisión de alimentos por causal de Fuerza Mayor inherente al PNAE QALI

WARMA, esto en cumplimiento a lo establecido en el numeral 15.4 de la CLAUSULA DECIMO QUINTA DEL CONTRATO PRINCIPAL.

- 3.9 Sostiene que el hecho de caso fortuito o fuerza mayor radica en lo establecido en el Decreto Supremo N° 014-2016-SA de fecha 18 de marzo de 2016, mediante el cual el Departamento de Piura fue declarado en EMERGENCIA SANITARIA, por el plazo de noventa (90) días, con la finalidad de desarrollar el PLAN DE ACCION POR DENGUE Y OTRAS ARBOVIROSIS EN DISTRITOS CON EPIDEMIA Y ALTO RIESGO PARA LA SALUD PUBLICA, siendo dicho Decreto publicado en el Diario Oficial El Peruano para su obligatorio cumplimiento.
- 3.10 Señala que lo antes indicado generó un problema en el reparto de sus productos, toda vez que en algunos Colegios donde se tenía programada la entrega de productos, no se les atendía por encontrarse en proceso de fumigación, negándose a firmar actas o cualquier otro tipo de documentos, debiendo retornar posteriormente para la entrega de los productos, lo que conllevó a una demora en la entrega, la misma que es no imputable a mi representada, configurándose de este modo el caso fortuito o fuerza mayor.
- 3.11 Sostiene que en relación a la penalidad interpuesta por la supuesta entrega incompleta de productos, las mismas que según el Contrato N° 012-2016-CC-PIURA2/PRODUCTOS, equivale al 1% del monto contractual, en este caso el 1% de S/ 4'296,683.26 (Un Millón Doscientos Noventa y Seis Mil Seiscientos Ochenta y Tres con 26/100 Soles), que es el último monto establecido en la Adenda 001 del contrato, al respecto debemos indicar que, las motivos por las cuales se les penaliza, no existe causa justificable para la aplicación de estas.
- 3.12 Refiere que la penalidad por la entrega incompleta, se aplicó en base al INFORME N° 016-2016-MIDIS/PNAEQW-UT-PIU-MGL-VZBP, el mismo que fue elaborado por la Ing. VANESA BRICENO PENA, a mérito de las visitas realizadas a Instituciones Educativas el día 02 de mayo de 2016, con el objeto de verificar la entrega oportuna de productos. Dicho informe contiene los resultados de cuatro (04) visitas realizadas
- 
- 

a iguales Instituciones Educativas, de las cuales solo dos (02) corresponden al ÍTEM PIURA 1, según el detalle siguiente:

Nombre de la Institución Educativa	Código Modular	Nivel	Observaciones	ÍTEM
Niño Jesús de Praga	2673308	Inicial	Proveedor no entregó arroz pilado	Piura 1
Virgen de Guadalupe	2570922	Inicial	Proveedor no entregó arroz pilado	Piura 1

3.13 Alega que revisadas las Actas de Reunión S/N, las mismas que fueron suscritas por la Ing. Vanesa Briceño Pena y los directores de las dos (02) Instituciones Educativas en cuestión, se puede deducir que en ambos casos la entrega de productos se realizó el día 02 de mayo de 2016 entre las 08:00 y 08:47 a.m., mientras que la visita de supervisión de la Ing. en mención, se realizó entre las 10:00 y 10:58 a.m. encontrando que para ambos Colegios faltaba completar el producto ARROZ PILADO, al respecto indican que si bien es cierto los productos fueron entregados en las primeras horas de la mañana del día 02 de mayo de 2016, por una omisión de nuestra parte se confirma el faltante del producto Arroz Pilado. Es por ello que a fin de completar dicha entrega personal de mi representada retorno a las Instituciones Educativas, a fin de efectuar la entrega del producto faltante, la misma que se realizó entre las 12:00 a 13:00 horas, del mismo día 02 de mayo de 2016.

3.14 Señala que las bolsas de arroz pilado que faltaban entregar a dos de las instituciones educativas en horas de la mañana se entregaron a partir del medio día del mismo 02 de mayo de 2016, tal como consta en las Actas de Entrega y Recepción complementaria.

3.15 Sostiene que la demandada, ha incumplido con el debido procedimiento, toda vez que en lo que respecta a la facultad sancionadora del PNAEQW, expresada en la Resolución de Dirección N° 2559-2016-PNAEQW, esta debió sustentar con claridad y precisión los fundamentos por los que se imputan la determinación de penalidades; sin embargo la demandada en su carta notarial N° 039-2016-CCPIURA2, (mediante la cual adjuntan la Resolución de Dirección materia de controversia), no adjuntan los sustentos necesarios que permitan verificar con claridad y precisión la aplicación de las penalidades, limitándose únicamente al cálculo de la misma, sin adjuntar el detalle de la acción, informe o documento que dio origen a la infracción de hacer o dejar de hacer LIMITANDO consecuentemente nuestro DERECHO DE DEFENSA.

3.16 Precisa que recién con fecha 08 de agosto de 2016, se les hace llegar los informes, después de la imposición de penalidades, y sin darles la oportunidad de ejercer su Derecho de Defensa.

- **Sobre la Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal**

3.17 Solicitan al Tribunal que en el supuesto de desestimar su primera pretensión principal, se sirva efectuar un nuevo cálculo de las penalidades, considerando que los días 30 de abril y 01 de mayo de 2016, fueron días no laborales, por las Instituciones Educativas en las cuales se tenía que efectuar la entrega de los productos, además que dicha afirmación se encuentra respaldada por la Adenda 001 del contrato principal, y en el Manual de Compras vigente al momento de la celebración del contrato.

3.18 Señalan que debe considerar el hecho de caso fortuito o fuerza mayor, de la emergencia sanitaria en la que se encontraba la Región de Piura por 90 días, dentro de los cuales se encuentra contenidos los días que se realizó el supuesto incumplimiento, toda vez que dicho hecho fue comunicado a la demandada dentro del plazo establecido en el Manual de Compras y en el contrato.

3.19 Sostienen que se debe considerar que la omisión de la entrega incompleta de los productos fue subsanada en horas posteriores del mismo día 02 de mayo de 2017.

- **Sobre la Segunda pretensión principal**

3.20 Señalan que el Consorcio dejó de percibir el monto económico por la suma de S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 Soles), a fin de cumplir con la entrega de los alimentos en favor de los beneficiarios por lo cual resulta justo y adecuado reconocer el pago en favor EL CONSORCIO este monto dinerario.

3.21 Sostienen que dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevado a cabo por un tercero o de abstenciones realizadas por un tercero, siempre que el beneficiario haya evitado de esta forma un gasto de la otra manera hubiera tenido que hacerse.

3.22 Alegan que en el supuesto negado que EL COMITÉ desconozca que EL CONSORCIO cumplió sus obligaciones contractuales corresponderá a EL COMITE, realizar el reembolso del monto que asciende a S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 Soles), Correspondiente a la penalidad ilegal aplicada, por lo que existiría un ENRIQUECIMIENTO de EL COMITE por cuanto ya se habría beneficiado de prestaciones (entrega de productos alimenticios) sin que haya cumplido con el pago correspondiente.

3.23 Refieren que la retención de la suma S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 Soles), por parte de EL COMITE, resulta un empobrecimiento todo a luz acreditado, de EL CONSORCIO y que no puede ser tolerado por el sistema jurídico, debido a que los montos indicados fueron dejados de percibir, con la condición de ser reembolsados al finalizar el contrato y contar con la conformidad, la misma que ya nos fuera entregada por EL COMITE.

3.24 Asimismo, indican que la entrega de los alimentos por parte de EL CONSORCIO constituye la relación causal entre el ENRIQUECIMIENTO de EL COMITE y el

empobrecimiento de EL CONSORCIO, motivo por el cual EL COMITE, debe cumplir con el pago S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 Soles), correspondiente a la retención por concepto aplicación de penalidad.

- **Sobre la Tercera pretensión principal**

3.25 Expresan que se deberá de tener en cuenta que existen razones justas y debidamente fundamentadas que amparan cada una de nuestras pretensiones, por lo que resulta que los gastos que genere el presente proceso arbitral deberán ser asumidos de manera íntegra y solidaria por parte de las demandadas.

IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRESENTADA POR EL PROGRAMA

4.1 Por escrito de fecha 03 de enero de 2018, el Programa contesta la demanda arbitral presentado por el Consorcio.

- **En relación a la Primera pretensión principal**

4.2 Expresan que de la lectura de la demanda se puede apreciar que el Contratista no ha invocado cual es la causal de nulidad que justifica sus pretensiones, ni cuál es el cuestionamiento a la estructura del acto jurídico, razón por la que correspondería declarar la ineficacia estructural de la Resolución Ejecutiva.

4.3 Señala que para la aplicación de la penalidad solo es necesario acreditar la existencia de una obligación principal y la validez de la pena estipulada.

4.4 Sostiene que la obligación principal valida es la entrega completa de los productos en las fechas establecidas en el contrato, obligación que era de pleno conocimiento de la contraparte ya que la misma se encontraba estipulada en las distintas cláusulas contractuales y posteriores adendas.

4.5 Indican que el Contrato establece un procedimiento para la aplicación de las penalidades, el mismo que ha sido debidamente cumplido por nuestra parte, ya que,

habiendo realizado la Supervisora de Compras la revisión del expediente de pago e identificado el incumplimiento por parte del proveedor en las Actas de Entrega y Recepción de productos (entrega de productos fuera de plazo) se procedió a la elaboración de las valorizaciones aplicando la penalidad correspondiente.

4.6 Agrega que la aplicación de la penalidad es automática, tal y como se puede apreciar de lo pactado por las partes en el numeral 3) de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato.

- **En relación a la Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal**

4.7 Precisa que el Contratista no señala las razones por las cuales correspondería reducir un monto de penalidad pactado de mutuo acuerdo a la firma del Contrato en donde ambas partes, cuantificaron los posibles incumplimientos que podrían generarse a lo largo de la ejecución de este.

4.8 Indica que no será suficiente que la contraparte haga referencia a la supuesta existencia de una desproporcionalidad en la penalidad impuesta, toda vez que deberá proceder a acreditar la existencia de esta.

- **En relación a la Segunda pretensión principal**

4.9 Señalan que del escrito de demanda se puede apreciar que el Contratista no ha señalado en ningún momento el cumplimiento de los requisitos para que se configure el enriquecimiento sin causa.

4.10 Sostienen que en ningún momento se han enriquecido a costa de la demandante, ya que lo único que se ha dado en el presente caso es el cobro de una penalidad que por derecho les correspondía, asimismo, señalan que el cobro que han realizado por concepto de penalidad obedece a un mecanismo contractual debidamente pactado por las partes. Del mismo modo, precisan que han ejercido un derecho válido que es el cobro de penalidades.

- **En relación a la Tercera pretensión principal**

4.11 Precisan que a la contraparte no le asiste la razón ni en los hechos, ni en derecho, por lo que, correspondería que esta asuma el 100% de los gastos arbitrales al haber iniciado un proceso arbitral de manera irresponsable.

- **Ampliación de Contestación**

4.12 Mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2018, el Programa amplió su contestación de demanda y presenta medios probatorios adicionales.

V. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 16 de julio de 2018, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia de las partes, fijándose los siguientes puntos controvertidos de conformidad con el artículo 48° del Reglamento de Arbitraje PUCP:

- **Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de Resolución Ejecutiva N° 2559-2016-MIDIS-PNAEQW de fecha 31 de mayo de 2016, notificada con fecha 10 de junio de 2016, por la cual se impone la penalidad por la suma de S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles).
- **Primera Pretensión Subordinada:** De ser declarada infundada o improcedente la primera pretensión principal, Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, vía interpretación, y en equidad con la aplicación del artículo 1346° del Código Civil, efectúe un nuevo cálculo de las penalidades.

- **Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** De ser declarada infundada y/o improcedente la primera pretensión principal y la primera subordinada, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Comité de Compras Piura 02 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma paguen, en forma solidaria, la suma de S/ 128.900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles) por concepto de penalidades impuestas de forma arbitraria, derivados de un enriquecimiento sin causa en beneficio de las demandadas.
- Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

Respecto al escrito de contestación de demanda presentada por el Programa el 03 de enero de 2018, se deja constancia que no se formuló reconvencción. Asimismo, se dejó constancia que el COMITÉ no contestó la demanda arbitral.

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, declara que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.

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

Acto seguido, se admitieron como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

A) Del escrito de demanda arbitral con fecha 27 de setiembre de 2017 presentada por el CONSORCIO: Los documentos mencionados en el acápite "VII. Medios Probatorios" descritos del 1-A al 1-N.

Cabe precisar que mediante escrito de fecha 08 de noviembre de 2018, el Consorcio presentó medios probatorios adicionales, los cuales, se admitieron.

B) Del escrito de contestación de demanda con fecha 03 de enero de 2018 presentada por QALI WARMA: Se deja constancia que en dicho escrito no se acompañan medios probatorios.

En fecha 16 de febrero de 2018, el Programa adjuntó los documentos descritos en el acápite "V. Medios Probatorios" descritos del numeral 5.1 al 5.5.

Cabe precisar que mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2018, el Programa presentó medios probatorios, los cuales, se admitieron.

Se deja constancia que el Comité de Compra no presentó medios probatorios.

VI. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

Mediante Resolución N° 8 de fecha el 01 de agosto de 2018, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la etapa probatoria y en consecuencia otorgó a ambas partes el plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos escritos.

Con fechas 03 y 04 de setiembre de 2018, las partes presentaron sus alegatos escritos conforme a lo allí expuesto.

VII. AUDIENCIA DE INFORME ORALES

Con fecha 23 de octubre del año 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la presencia del Tribunal Arbitral y de las partes, dejando constancia de la

ausencia del Comité, quien había sido debidamente notificado con la citación correspondiente.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 12 de fecha 14 de diciembre de 2018, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para hacerlo en treinta (30) días hábiles, el que se prorrogó en 30 días adicionales, conforme a la Resolución N° 13 de fecha 10 de abril de 2019.

IX. CONSIDERANDOS:

El Tribunal Arbitral 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.

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".

Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.



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.

Todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que éstos son obligatorios para las partes y deben cumplirse y respetarse escrupulosamente.

De la revisión de la demanda, contestación, pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual entre las partes sustentado en el CONTRATO.

El Tribunal Arbitral considera, por tanto, que se debe pronunciar respecto a los Puntos Controvertidos en el orden en que han sido establecidos.

Cabe precisar que el Tribunal Arbitral señaló en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reservaba el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente.

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.

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.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de Resolución Ejecutiva N° 2559-2016-MIDIS-PNAEQW de fecha 31 de mayo de 2016, notificada con fecha 10 de junio de 2016, por la cual se impone la penalidad por la suma de S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles).

a) Sobre las penalidades en el Manual de Compras y los contratos

1. El Manual de Compras establece en su numeral 91, lo siguiente: "**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 aquella 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.**". (subrayado agregado)
2. Asimismo, el indicado Manual dispone en su ítem 93, lo siguiente: "**Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales, conforme a lo señalado en el presente Manual de Compras.**". (subrayado agregado)
3. Igual redacción se encuentra establecida en las cláusulas décimo quinta del Contrato N° 012-2016-CC-PIURA2/PRODUCTOS materia del presente proceso arbitral.
4. De lo que se advierte que la aplicación de penalidades está a cargo de la Unidad Territorial de QALI WARMA, una vez que se ha identificado el incumplimiento y que este sea atribuible al contratista.
5. Las penalidades se aplican ante los incumplimientos que realiza el contratista en el marco de ejecución del contrato y que sean imputables a dicha parte.

6. A ello, debemos agregar que ni el Manual de Compras ni el contrato condicionan la validez de la aplicación de penalidades a que la Unidad Territorial de Qali Warma deba contar con un Informe Legal o cualquier otro documento que se tenga que notificar de forma previa al contratista.

b) Sobre los motivos de nulidad esbozados por el demandante

7. El demandante sostiene que las penalidades aplicadas son nulas, invalidas o ineficaces, básicamente por los siguientes motivos:
 - No se le permitió contradecir los motivos de la penalidad.
 - Se ha aplicado penalidad de manera errónea debido a que no se ha considerado lo establecido en el numeral 12.4 de la cláusula duodécima del contrato.
 - No se ha tenido en cuenta que se ha configurado un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, debido a que se declaró en emergencia sanitaria al Departamento de Piura por 90 días mediante Decreto Supremo N° 014-2016-SA publicado en fecha 18 de marzo de 2016.
 - No se ha cumplido con el debido procedimiento en relación con la facultad sancionadora de Qali Warma, dado que no se sustentó con claridad y precisión los motivos de la penalidad, no se adjuntaron los informes técnicos que la sustentaban ni se contó con informe legal para tal fin.
8. De los argumentos expresados por el demandante debemos señalar, de forma previa, que ni el Manual de Compras ni el contrato que vinculó a las partes, establecen alguna condición para la aplicación y validez de las penalidades.
9. Adicionalmente, de la revisión de los argumentos esbozados por las partes se aprecia que la demandante reconoce que la entrega de los productos fue un día después de la fecha establecida como plazo de entrega señalada en los contratos.

10. El accionante sostiene que dicha entrega tardía se debió a la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, habiendo formulado durante el desarrollo del proceso arbitral 2 argumentos:
- i) Se declaró en emergencia sanitaria al Departamento de Piura por 90 días mediante Decreto Supremo N° 014-2016-SA publicado en fecha 18 de marzo de 2016, situación que llevo a que no pudiera entregar los productos, debido a que en algunos Colegios donde se tenía programada la entrega de productos, no se les atendía por encontrarse en proceso de fumigación, negándose a firmar actas o cualquier otro tipo de documentos, debiendo retornar posteriormente para la entrega de los productos.
 - ii) La liberación de los lotes de entrega de productos por QALI WARMA fue realizada con fecha 28 de abril de 2016, al promediar las 22:00 horas, es decir cuando se encontraban en fecha de reparto de productos y faltando solo un día para el vencimiento del plazo, no obstante, que mediante Carta N° 005-2016/CONSORCIO AGROMEL, notificada al Comité con fecha 06 de abril de 2016 se solicitó el cambio de POA HI (Producto de la receta, el mismo que no se encontraba en stock, motivo por el cual se solicita el cambio de producto/marca).
11. Es importante tener en cuenta que el artículo 1315° del Código Civil prescribe que el caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Definición que se condice con lo establecido en el literal d) del glosario de términos del Manual de Compras aplicable a los contratos materia del proceso arbitral.
12. En ese sentido, es importante tener en consideración que de la revisión de los documentos presentados por la demandante se aprecia que efectivamente mediante Decreto Supremo N° 014-2016-SA publicado en fecha 18 de marzo

de 2016 se declaró en emergencia sanitaria a diversos Departamentos del país, incluyendo a Piura, no obstante lo señalado por el demandante en el sentido que ello llevo a que no pudiera entregar los productos debido a que en algunos Colegios donde se tenía programada la entrega de productos, no se les atendía por encontrarse en proceso de fumigación, negándose a firmar actas o cualquier otro tipo de documentos, no ha sido acreditado en el proceso arbitral y menos se ha precisado en que colegios y en que fechas se habría producido lo que indica el contratista.

13. No se ha aportado medio probatorio alguno (constataciones, declaraciones juradas, etc.) que permitan corroborar lo señalado por el contratista, en ese sentido, no es posible determinar con certeza que efectivamente se haya producido la situación de que los responsables de las instituciones educativas se hayan negado a la recepción de los bienes que debían ser entregados por el Consorcio.
14. Ahora, en relación a que el lote de productos no fue liberado a tiempo por responsabilidad de QALI WARMA, debemos señalar que si bien el demandante ha aportado la Carta N° 005-2016/CONSORCIO AGROMEL, notificada al Comité con fecha 06 de abril de 2016, mediante la cual, se solicitó el cambio de POA HI (Producto de la receta, el mismo que no se encontraba en stock, motivo por el cual se solicita el cambio de producto/marca), situación que evidenciaría que hizo las gestiones con una debida antelación.
15. No obstante, es de precisar que en fecha 12 de abril de 2016, mediante CARTA N° 051-2016-CONSORCIO AGROMEL el Consorcio recién alcanzo a QALI WARMA los sustentos legalizados del cambio de POA H1 (CONSERVA DE CARNE DE POLLO por CONSERVA DE PESCADO EN ACEITE), para proseguir con el requerimiento presentado el día 06 de abril, lo que evidencia una falta de diligencia de parte del Consorcio al no haber acompañado oportunamente en su solicitud de cambio los sustentos respectivos, dado que como se aprecia de la Carta N° 005-2016/CONSORCIO AGROMEL, notificada



al Comité con fecha 06 de abril de 2016 no se evidencia que se haya acompañado sustento alguno del cambio solicitado.

16. Por otro lado, es de precisar que desde el 12 de abril de 2016 al 21 del mismo mes y año se aprecia una falta de diligencia de parte del Consorcio porque no existe requerimiento reiterado de que QALI WARMA apruebe el cambio solicitado.
17. En ese sentido, es de tener en cuenta que recién en fecha 21 de abril de 2016 mediante Carta N° 057-2016-CONSORCIO AGROMEL el Consorcio solicita la liberación de los productos para la segunda entrega, no obstante, que de conformidad con la Adenda N° 001 del Contrato suscrita en fecha 16 de marzo de 2016, el demandante conocía que su plazo para realizar esta segunda entrega era entre el 25 al 29 de abril de 2016, por lo que debía de realizar las acciones necesarias para que se liberen los productos con anticipación.
18. Asimismo, se vuelve a evidenciar la falta de diligencia del Consorcio, dado que conforme se tiene de la Carta N° 279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTPIU de fecha 22 de abril de 2016, el Jefe de la Unidad Territorial Piura devuelve la Carta N° 057-2016-CONSORCIO AGROMEL, debido a que no se podía validar la información presentada por el Consorcio toda vez que no había el número de entrega ni el ítem o ítem a los que se refería. Esta situación que resulta tan elemental demuestra a criterio del Tribunal una reiteración de la falta de diligencia del Consorcio.
19. En atención a este aspecto no se tiene en el expediente medio probatorio alguno que permita apreciar la fecha en la que el Consorcio subsanó esta situación y cumplió con lo requerido por la Jefatura Territorial de QALI WARMA, menos se tiene argumentación en el sentido que esta observación sea irrazonable o que no se haya tenido la necesidad de subsanar ello.
20. Si bien el Contratista ha aportado el Acta de Liberación del lote para la segunda entrega en la cual, se aprecia que la decisión de liberación recién se tomó en

fecha 28 de abril de 2016 a horas 22.00, y evidentemente ello de forma lógica podría haber afectado la entrega de los productos a todas las instituciones educativas oportunamente, a criterio del Tribunal se aprecia que la tardía liberación decidida por QALI WARMA en esencia responde a la falta de diligencia del Consorcio debido a que si bien solicitó con tiempo un cambio de producto en esta primera oportunidad no aportó los medios de prueba que sustentaban su pedido, luego, solicita la liberación del lote de productos para la segunda entrega pero no cumple con una cuestión elemental que radicaba en la omisión de no haber señalado el número de entrega ni el ítem o ítems a los que se refería, así como, no haber demostrado que cumplió con subsanar dicha observación a la brevedad, incluso no se tiene certeza de la fecha en que se llegó a subsanar dicha situación.

21. Consecuentemente, a criterio del Tribunal la liberación del lote de productos si bien podría haber afectado la entrega de los productos a las instituciones educativas es de responsabilidad del Consorcio.

22. Otro punto importante a tener en cuenta es que, para la aplicación de la penalidad, esta no está condicionada a que se cuente con un informe legal para que sea válida, o que se tenga que de forma previa poner a conocimiento del contratista para que pueda presentar un descargo sobre ella.

a) Sobre la alegada contravención al numeral 12.4 de la cláusula duodécima de los contratos

23. No obstante, lo antes señalado, debe tenerse presente que otro argumento expresado por el demandante se refiere a que la penalidad no podría considerar días no laborables, por supuestamente contravenir el numeral 12.4 de la cláusula duodécima de los contratos.

24. En ese sentido, cabe señalar que el numeral antes acotado, establece lo siguiente:

CLÁUSULA DUODÉCIMA: CONFORMIDAD DE RECEPCIÓN DE PRODUCTOS

12.4 La entrega de productos se realizará en días de labores escolares para un periodo de 20 días de atención; en casos excepcionales, a requerimiento de la Unidad Territorial, el **PNAEQW** autorizará la entrega para periodos mayores, considerando dificultades en las vías de transporte, accesibilidad, dispersión de IIEE, capacidad de almacenamiento del proveedor e IIEE, etc.

Asimismo, los productos a ser entregados en las IIEE deberán conservar la integridad de sus envases primarios y no evidenciar signos de deterioro de los mismos, para lo cual **EL PROVEEDOR** deberá asegurar un adecuado embalaje de los productos durante el traslado desde su almacén hasta las IIEE, lo cual se verificará a través del aplicativo informático utilizado por **EL PROVEEDOR**.

25. De la literalidad del numeral 12.4 de la cláusula duodécima de los contratos, se evidencia que el cumplimiento de la prestación se da necesariamente en días laborales escolares, lo que se condice con lo establecido en el literal b) del numeral 87) del MANUAL DE COMPRAS de QALI WARMA.
26. Teniendo en cuenta que la finalidad disuasiva de la cláusula penal (penalidad) busca reforzar el cumplimiento del contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas, resulta lógico y razonable establecer que para el cálculo de la aplicación de la penalidad correspondiente solo se tenga en cuenta los días efectivos de ejecución del contrato.
27. Tal es así, que si el contrato establece que su ejecución se realizará en días hábiles la aplicación de la penalidad se determinará en función a un atraso en días hábiles.
28. Ello, también encuentra justificación en el sentido que si las partes establecen la ejecución de la prestación en días calendario o hábiles o laborables, se debe a que esta situación se sustenta en que la contraparte estará esperando el cumplimiento de la prestación solo en esos días, mejor ejemplo, cuando una de las partes (el acreedor) es una empresa que labora solo en días laborables (de lunes a viernes), por ende, en este supuesto, aunque el deudor quisiera cumplir su prestación a cargo, no podría hacerlo dado que el acreedor no podría recepcionar o verificar el cumplimiento de la prestación.

29. El razonamiento expresado es concordante con lo establecido en el numeral 12.4 de la cláusula duodécima de los contratos y con lo señalado en el literal b) del numeral 87) del MANUAL DE COMPRAS de QALI WARMA, por lo que, no correspondería aplicar penalidades por retrasos en días no laborables escolares, debido a que en días feriados o no laborables escolares (sábados y domingos) las instituciones beneficiarias de la ejecución de la prestación por parte del contratista no podrían receptionar o verificar el cumplimiento de la prestación.
30. En esta línea de razonamiento y de acuerdo a lo establecido en el Contrato y en el Manual de Compras de Qali Warma, no corresponde aplicar penalidades por el retraso en la ejecución de la prestación por días feriados y no laborables escolares (sábados y domingos).
31. Consecuentemente, en el caso de la penalidad por retraso en la entrega de los productos, solo corresponde aplicar penalidad por dos (2) días, debido a que los días sábado 30 de abril de 2016 y domingo 01 de mayo de 2016, al tratarse de días no laborables escolares y feriado respectivamente, no pueden ser considerados en el cómputo del plazo para la penalidad en mención.
32. Considerando la fórmula de cálculo de la penalidad contemplada en el numeral 15.6 de la cláusula décimo quinta del contrato (0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso), solo corresponde aplicar por esta penalidad la suma de S/ 42,966.83 (Cuarenta y Dos Mil Novecientos Sesenta y Seis con 83/100 soles).

b) Sobre la penalidad por entrega incompleta de productos

33. En relación a esta penalidad, resulta importante señalar que por la entrega incompleta de productos, el propio Consorcio reconoce que efectivamente por omisión no entregó todos los productos en horas de la mañana y que realizó una entrega complementaria el mismo día, si bien de la revisión del contrato no se establece un horario para la entrega de los productos solo se señala días,

cabe precisar que por cuestión lógica y razonable la entrega de estos se haga a primera oportunidad del día, dado que dichos bienes serían repartidos a los beneficiarios directos del programa, esto es, los alumnos de las instituciones educativas, por lo que, no cabría considerar como un cumplimiento correcto o adecuado la entrega tardía de los bienes objeto de los contratos, tal es el caso, que si la entrega de los bienes se realiza en horas de la tarde, esto se habría incluso habría podido suceder fuera del horario escolar.

34. No obstante, es de resaltar que la omisión del Consorcio nuevamente releva una falta de diligencia en su obligación de cumplir con sus prestaciones y no realizar la prestación de forma tardía o incompleta.
35. Consecuentemente, no se aprecia motivo o medio probatorio que sustente o acredite la nulidad o ineficacia de esta penalidad aplicada por Qali Warma al demandante, por lo que, corresponde declarar fundada en parte la pretensión incoada, estableciendo que en relación a la penalidad por retraso en la entrega de productos en la fecha establecido en el contrato solo corresponde una penalidad por dos (2) días, únicamente debiéndose aplicar como penalidad la suma de S/ 42,966.83 (Cuarenta y Dos Mil Novecientos Sesenta y Seis con 83/100 soles).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

De ser declarada infundada o improcedente la primera pretensión principal, Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, vía interpretación, y en equidad con la aplicación del artículo 1346° del Código Civil, efectuó un nuevo cálculo de las penalidades.

36. El Código Civil regula en su artículo 1346°, lo siguiente:

“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.”



37. La disposición contractual antes citada regula la modificación o reducción de la penalidad que se pudiera aplicar en la ejecución de la prestación a cargo del deudor en un contrato.
38. Esta disposición está referida a la posibilidad de que ante el supuesto del cumplimiento parcial o irregular de la prestación es posible bajo determinados criterios reducir la penalidad que sería aplicada al deudor por su cumplimiento parcial o tardío.
39. La demandante si bien solicita que se reduzca la penalidad impuesta, sostiene como motivos para tal fin, que se tenga en cuenta que los días 30 de abril y 01 de mayo de 2016 no son laborables y que se ha configurado un caso fortuito o fuerza mayor.
40. Cabe precisar que, por el argumento antes acotado, el Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado reconociendo que corresponde aplicar la penalidad por retraso en la entrega de productos en la fecha establecido en el contrato solo por dos (2) días, únicamente debiéndose aplicar como penalidad la suma de S/ 42,966.83 (Cuarenta y Dos Mil Novecientos Sesenta y Seis con 83/100 soles).
41. Respecto a que se habría configurado un caso fortuito o fuerza mayor, este Tribunal conforme a lo señalado en el análisis del primer punto controvertido no aprecia que se configuren los presupuestos para declarar que se ha producido alguna de las figuras jurídicas antes señaladas que eximan de la aplicación de la penalidad al demandante.
42. No debe dejarse de lado que la función de una cláusula penal es ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de

los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado¹.

43. Por lo que, la penalidad busca conminar al deudor a que cumpla con su prestación dentro del plazo que se ha establecido que se condice con el interés del acreedor.
44. Consecuentemente, corresponde declarar que no existiría un motivo para proceder a reducir la penalidad aplicada al demandante.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

De ser declarada infundada y/o improcedente la primera pretensión principal y la primera subordinada, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Comité de Compras Piura 02 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma que en forma solidaria cumplan con efectuar el pago de la suma de S/ 128.900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles) por concepto de penalidades impuestas de forma arbitraria, derivados de un enriquecimiento sin causa en beneficio de las demandadas.

45. De forma previa debe acotarse que en el análisis del primer punto controvertido el Colegiado ha declarado fundada en parte la pretensión de la accionante.
46. No obstante, el Tribunal considerado analizar que la figura del enriquecimiento sin causa se encuentra regulada en el artículo 1954° del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

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

47. Esta figura jurídica ha sido considerada como una fuente de obligaciones autónoma y con regulación propia, y a diferencia de la legislación alemana, para

¹ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones modalidades y efectos*. Tomo 11. Buenos Aires: Editorial Ediar S. A. 1956, pp.195,196.

el caso de nuestra legislación posee un presupuesto de aplicación que implica que el enriquecimiento sin causa es de carácter residual.

48. En tal sentido, el artículo 1955° del Código Civil prescribe:

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

49. El carácter de residual de la acción de enriquecimiento sin causa se sustenta como un mecanismo de protección a los fines de impedir una utilización generalizada e incontrolada de la acción de enriquecimiento, de tal forma que responde a una función de filtro.

50. Por ello este Tribunal Arbitral considera que previo al análisis de si la pretensión planteada por la demandante se encuadra o no en los presupuestos del enriquecimiento sin causa es menester evaluar la subsidiariedad de la acción incoada.

51. Sobre el particular este Tribunal ha señalado que la penalidad aplicada por Qali Warma se ha generado por la entrega tardía de los bienes, siendo que, habiéndose desestimado la nulidad e ineficacia de la penalidad, no corresponde ordenar ningún pago y por ende el contratista no tiene ningún derecho de crédito ni ninguna acreencia a su favor.

52. Por lo que, no existe ninguna contraprestación a favor del demandante que haya sido reclamada previamente a través de los mecanismos que la ley provee.

53. Siendo ello así, no se aprecia que el demandante haya recurrido a los mecanismos de ley para requerir el pago de una acreencia, y más aún, que propiamente no existe acreencia a favor del accionante.

54. Lo que determina que a criterio del Tribunal Arbitral no se haya cumplido con el carácter de subsidiariedad del enriquecimiento sin causa al no haberse recurrido a algún mecanismo para reclamar.
55. No obstante haber establecido que no se ha cumplido con el carácter residual del enriquecimiento sin causa, como argumento adicional el Tribunal señala que según doctrina autorizada los elementos “de fondo” para que se configure el enriquecimiento sin causa con los siguientes²:
- El enriquecimiento del demandado.
 - El empobrecimiento del demandante.
 - La relación causal entre estos hechos.
 - La ausencia de causa justificante entre estos hechos.
56. Sin entrar a evaluar cada uno de los presupuestos antes citados el Tribunal Arbitral ha considerado analizar uno en particular, teniendo en cuenta que en el caso de que no se configuren los 4 presupuestos no será posible configurar el enriquecimiento sin causa reclamado.
57. Sobre el presupuesto de ausencia de causa justificante entre el empobrecimiento y el enriquecimiento es de considerar que propiamente el descuento realizado al demandante posee un título o justificación, tal es el caso, de que dicho descuento corresponde a la aplicación de la penalidad correspondiente por el incumplimiento del accionante en la ejecución del contrato. Agregando a ello, que las penalidades no han sido declaradas nulas ni se han dejado sin efecto por parte de este Tribunal Arbitral.
58. Consecuentemente, corresponde declarar infundada la pretensión planteada.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

² LLAMBIAS, Jorge Joaquín, citado por CASTILLO FREYRE, Mario. en “Tienes Más; Tengo Menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento sin Causa”, Pág. 8. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/129_Enriquecimiento_sin_causa.pdf. Lima, enero de 2009. Pág. 8.

Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

59. Sin perjuicio de lo manifestado por cada parte respecto a este punto controvertido, se deja constancia que el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todo lo manifestado por las partes en sus respectivos escritos postulatorios y lo expuesto por estas en el desarrollo del proceso arbitral.
60. 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.
61. 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.
62. En el convenio arbitral contenido en el Contrato, 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.
63. Al respecto, este colegiado 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 generaron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.

64. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que **“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 (...)”**³.
65. 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”**⁴.
66. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de la Entidad a lo largo del presente arbitraje. Así como, el hecho que ambas partes han tenido razones para defender en el presente arbitraje.
67. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del 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. Siendo que en el presente proceso la demandante ha asumido el integro de los

³ 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.

⁴ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

gastos arbitrales corresponde que la Entidad devuelva a la empresa la parte que esta pagó en subrogación.

68. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Arbitral lauda por unanimidad de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE, la primera pretensión principal, por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de Resolución Ejecutiva N° 2559-2016-MIDIS-PNAEQW de fecha 31 de mayo de 2016, notificada con fecha 10 de junio de 2016, por la cual se impone la penalidad por la suma de S/ 128,900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles), en el extremo que aplica la penalidad por retraso en la entrega de productos en la fecha establecida en el contrato por cuatro (4) días, cuando únicamente corresponde aplicar como penalidad el retraso de dos (2) días, que asciende a la suma de S/ 42,966.83 (Cuarenta y Dos Mil Novecientos Sesenta y Seis con 83/100 soles), debiendo Qali Warma devolver al demandante la suma indebidamente aplicada como penalidad, ante la nulidad declarada en el extremo establecido.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA, la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, por lo que, no corresponde que el Tribunal Arbitral, vía interpretación, y en equidad con la aplicación del artículo 1346° del Código Civil, efectuó un nuevo cálculo de las penalidades.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA, la segunda pretensión principal, por lo que, no corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al Comité de Compras Piura 02 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma que en forma solidaria cumplan con efectuar el pago de la suma de S/ 128.900.50 (Ciento Veintiocho Mil Novecientos con 50/100 soles) por concepto de penalidades impuestas de forma arbitraria, derivados de un enriquecimiento sin causa en beneficio de las demandadas.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA, la tercera pretensión principal, por lo que, cada parte deberá asumir los gastos arbitrales, costos y costas del arbitraje derivados de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral en proporciones iguales (50% a cada una de ellas); asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y otros vinculados en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje. Siendo que en el presente proceso la demandante ha asumido el íntegro de los gastos arbitrales corresponde que la Entidad devuelva a la empresa la parte que esta pagó en subrogación.



Juan Miguel Rojas Ascón
Presidente del Tribunal
Arbitral



Guillermo Chang Hernández
Árbitro



Marco Antonio Rodríguez Flores
Árbitro