

Arbitraje de Derecho seguido entre:

CONSORCIO SAN JUAN

(DEMANDANTE)

Y

COMITÉ DE COMPRA DE LORETO 6

(DEMANDADO)

Expediente 1482-194-17-PUCP

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL

ENRIQUE FERRANDO GAMARRA (PRESIDENTE)

MARIO CASTILLO FREYRE (ÁRBITRO)

FABIOLA PAULET MONTEAGUDO (ÁRBITRO)

Secretaria Arbitral

Medaly Claudia Rojas Ventura

Lugar y fecha de emisión: Lima, 5 de julio de 2019

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

DECISIÓN N° 14

Lima, 5 de julio de 2019

El Tribunal Arbitral expide el Laudo que se expresa a continuación:

I. TÉRMINOS DEFINIDOS

1. Las palabras y expresiones definidas en este Laudo tendrán el significado que aquí se les atribuye.
2. Las palabras y expresiones definidas en el Contrato y/o en sus anexos y/o sus partes integrantes, tendrán el significado que allí se les atribuye, salvo en cuanto sean modificadas por las definiciones de este Laudo.
3. Donde el contexto lo requiera, las palabras y expresiones en singular incluirán el correspondiente plural y viceversa y las palabras en género masculino incluirán el correspondiente femenino y viceversa.
4. Para facilidad de referencia, la tabla siguiente muestra los principales términos definidos:

Término Definido	Significado
"Arbitraje" o "Proceso"	El presente Proceso Arbitral, promovido por El Consorcio San Juan.
"Árbitros"	Los integrantes del Tribunal.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

"Art." o "Parág."	Cualquier artículo, cláusula, párrafo, sección, etc. de una providencia (judicial o arbitral) o de una estipulación legal o contractual, según sea el caso.
"C. C. P."	Código Civil Peruano
"Centro de Arbitraje"	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
"Contrato"	El Contrato de Suministro N° 012-2016-CC-Loreto 6/Productos suscrito entre el Comité de Compra de Loreto 3 y <i>Consortio San Juan</i> el 21 de enero de 2016.
"PNAEQW" o "QALI WARMA"	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
"U.T.R.C"	Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW.
"Unidad Territorial"	Unidad Territorial de Loreto del PNAEQW.
Dirección Ejecutiva	Máximo Órgano del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
"CAE"	Comité de Alimentación Escolar.
Caso Fortuito y 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, conforme define el artículo 1315° del Código Civil. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.
"MIDIS"	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.
"Consortio" o "Proveedor" o "Contratista" o "Demandante"	Consortio San Juan.
"Comité" o "Entidad" o "Demandado"	Comité de Compra de Loreto 6.
"Laudo"	El laudo que emite el Tribunal Arbitral mediante esta providencia.
"Partes"	La Demandante y la Demandada. En singular, alguna de ellas.
"Perito"	Experto designado para rendir el Dictamen.
"Secretario"	El secretario del Tribunal Arbitral.
"Urarinas"	Es uno de los 5 distritos de la Provincia de Loreto.
"RDE"	Resolución de la Dirección Ejecutiva

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

5. En la parte resolutive del Laudo se emplearán las definiciones anteriores, exceptuando las de las Partes, que serán identificadas por su denominación completa.

II. NOMBRES DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

6. La parte demandante es Consorcio San Juan, conformado por SERVICIOS GENERALES WAYQE E.I.R.L. y COMERCIALIZADORA SAN JUAN S.A.C., representada por Jouliana Karín Ríos Ríos.
7. La parte demandada es el Comité de Compra de Loreto 6, representado por Orlando Hidalgo Lozano o quien haga sus veces.

III. CONVENIO ARBITRAL

8. El Convenio Arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 012-2016-CC-LORETO 6/PRODUCTOS celebrado entre las Partes el 21 de enero de 2016 (en adelante, el "Contrato"), que dispone:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...) "20.2. Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. Las controversias serán resueltas mediante arbitraje institucional por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, conforme a lo establecido en el presente contrato..."

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

IV. TIPO DE ARBITRAJE

9. En virtud del Convenio Arbitral, el presente arbitraje es **INSTITUCIONAL, NACIONAL** y de **DERECHO**.

V. SEDE DEL ARBITRAJE

10. De conformidad con el Convenio Arbitral, la sede del arbitraje es en la ciudad de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VI. REGLAS PROCESALES APLICABLES

11. Las reglas procesales aplicables son las establecidas en la Decisión N° 1 de fecha 9 de enero de 2018.
12. Asimismo, son de aplicación supletoria las reglas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

VII. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

13. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente Proceso Arbitral es la legislación peruana. Asimismo, y de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula décimo novena del Contrato N° 012-2016-CC-LORETO 6/PRODUCTOS, es igualmente aplicable el Manual de Compras aprobado por el PNAEQW. En su defecto o vacío son de aplicación las disposiciones emitidas por el PNAEQW y supletoriamente las del Código Civil.

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

VIII. TRIBUNAL ARBITRAL

14. Habiéndose suscitado una controversia entre las partes respecto al Contrato, el Consorcio San Juan solicitó el inicio del presente Proceso Arbitral, designando como árbitro al doctor Mario Castillo Freyre.
15. Por su parte, el Comité de Compra de Loreto 6 contestó la solicitud de arbitraje designando como árbitro a la doctora Fabiola Paulet Monteagudo.
16. Los árbitros de parte designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Enrique Ferrando Gamarra.

IX. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

17. Con fecha 9 de enero de 2018 se emitió la Decisión N° 1; la cual otorgó al Consorcio San Juan el plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su escrito de demanda.
18. Con fecha 2 de febrero de 2018, la Demandante presentó su demanda formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Se deje sin efecto la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, del 05 de setiembre del 2016, que declara improcedente la solicitud de fuerza mayor respecto a la segunda entrega en el ítem Urarinas.

SEGUNDA: Se declare la inaplicabilidad de la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega del ítem Urarinas, puesta en conocimiento por el COMITÉ DE COMPRA LORETO-QALI WARMA, mediante Carta N° 011-2016-CC.LORETO 3.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

TERCERA: Se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN el monto ascendente a S/. 93,169.92 (Noventa y Tres Mil Ciento Sesenta y Nueve y 92/100 soles), que fuera aplicado como penalidad por supuesto retraso en la segunda entrega en el Item Urarinas, más los intereses correspondientes.

CUARTA: Que se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN el monto ascendente a S/. 18,754.15 (Dieciocho Mil Setecientos Cincuenta y Cuatro y 15/100 soles), retenido en la ejecución de la Carta Fianza, además de los gastos financieros por ejecución de S/. 4,248.50 (Cuatro Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 50/100 soles).

QUINTA: Se ordene al COMITÉ DE COMPRA LORETO-QALI WARMA, cumpla con formalizar la liquidación de los contratos.

SEXTA: Que se pague a favor de CONSORCIO SAN JUAN, el monto indemnizatorio ascendente a S/. 792,967.95 (Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Sesenta y Siete y 95/100 soles), disgregados de la siguiente manera:

- ✓ *Por Lucro Cesante, en la suma de S/. 237,411.32 (Doscientos Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once y 32/100 Nuevos Soles).*
- ✓ *Por Daño Emergente, en la suma de S/. 555,556.63 (Quinientos Cincuenta y Cinco Mil Quinientos Cincuenta y Seis y 63/100 Nuevos Soles).*
- ✓ *Por Daño Empresarial, en el monto de S/. 116,172.52 (Ciento Dieciséis Mil Ciento Setenta y Dos y 52/100 Nuevos Soles).*

SÉPTIMA: Se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN, los gastos incurridos en el proceso arbitral, incluyendo los honorarios arbitrales y gastos

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

administrativos, así como los gastos de defensa técnica y legal que el Consorcio ha contratado para el presente arbitraje.

19. Con fecha 22 de febrero de 2018 se emitió la Decisión N° 2 en la que se resolvió admitir la demanda y correr traslado de la misma al Comité y al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (En adelante "PNAEQW").

20. Con fecha 22 de marzo de 2018 el PNAEQW contestó la demanda y formuló reconvencción con la siguiente pretensión principal:

PRIMERA: Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad e invalidez, ineficacia y/o inexistencia de la modificación del cronograma de la segunda entrega, en la Adenda N° 07, así como todo lo que se derive o haya dado origen a dicha modificación contractual, dejándose sin efecto la misma en ese extremo; por contravenir la regulación normativa contenida en el Manual de Compras del Programa Qali Warma, Bases Integradas y el contrato suscrito por las partes.

21. Con fecha 12 de abril de 2017 se emitió la Decisión N° 3 en la que se resolvió tener por contestada la demanda, admitir la reconvencción y correrle traslado.

22. Con fecha 5 de junio de 2018 se emitió la Decisión N° 4 que tuvo por contestada la demanda.

23. Con fecha 6 de agosto de 2018, se emitió la Decisión N° 5 en la que se resolvió fijar las siguientes cuestiones controvertidas:

PRIMERA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, del 05 de setiembre de 2016, que declara

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

improcedente la solicitud de fuerza mayor respecto a la segunda entrega en el ítem Urarinas.

SEGUNDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la inaplicabilidad de la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega del ítem Urarinas, puesta en conocimiento por el COMITÉ DE COMPRA LORETO – QALI WARMA, mediante Carta N° 011-2016-CC. LORETO 3.

TERCERA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reembolsar a favor del CONSORCIO, el monto ascendente a S/ 93,169.92 (noventa y tres mil ciento sesenta y nueve con 92/100 soles), que fuera aplicado como penalidad por supuesto retraso en la segunda entrega en el ítem Urarinas, más los intereses correspondientes.

CUARTA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reembolsar a favor del CONSORCIO, el monto ascendente a S/ 18,754.15 (dieciocho mil setecientos cincuenta y cuatro con 15/100 soles), retenido en la ejecución de la Carta fianza, además de los gastos financieros por ejecución de S/ 4,248.50 (cuatro mil doscientos cuarenta y ocho con 50/100 soles).

QUINTA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al Comité de Compra Loreto-Qali Warma, cumpla con formalizar la liquidación de los contratos.

SEXTA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no pagar a favor del CONSORCIO, el monto indemnizatorio ascendente a S/ 792,967.95 (setecientos noventa y dos mil novecientos sesenta y siete con 95/100 soles), disgregado de la siguiente manera:

- i. Por lucro cesante, en la suma de S/ 237,411.32 (doscientos treinta y siete mil cuatrocientos once con 32/100 soles)*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

- ii. *Por daño emergente, en la suma de S/ 555,556.63 (quinientos cincuenta y cinco mil quinientos cincuenta y seis con 63/100 soles)*
- iii. *Por daño empresarial, en el monto de S/ 116,172.57 (ciento dieciséis mil ciento setenta y dos con 57/100 soles)*

SÉPTIMA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de la modificación del cronograma de la segunda entrega en la Adenda N° 07, así como de todo acto que se derive o haya dado origen a dicha modificación contractual, dejándose sin efecto la misma en ese extremo por contravenir la regulación normativa contenida en el Manual de Compras del Programa Qali Warma, Bases integradas y el contrato suscrito por las partes.

OCTAVA: Que el Tribunal Arbitral determine a quién y de qué forma corresponde asumir el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

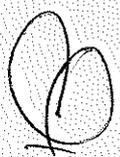
24. En el mismo acto, se admitieron los siguientes medios probatorios:

- Por parte del **Consortio**:
 - Los documentos consignados en los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del acápite IV del escrito de demanda presentado con fecha 2 de febrero de 2018.
 - El informe pericial consignado en el numeral 2 del acápite IV del escrito de demanda presentado con fecha 2 de febrero de 2018. En ese sentido, se otorgó al PNAEQW y al Comité de Compra Loreto 6 el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente sus observaciones a dicho medio probatorio.
 - Se dejó constancia de que en el escrito de contestación de la reconvencción presentado por el **Consortio** el 7 de mayo de 2018 no se ofreció ni adjuntó medio probatorio alguno.

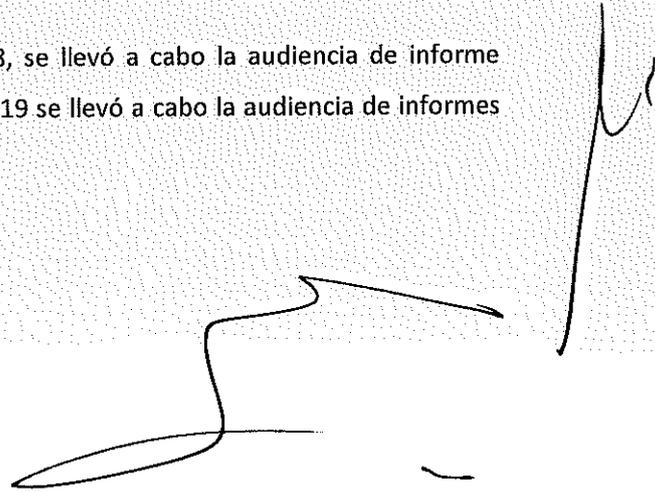
Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

- Por parte de la **ENTIDAD**:
 - Los documentos consignados en los numerales 1 al 11 del acápite III del escrito de contestación de demanda y reconvenición de fecha 22 de marzo de 2018; los cuales fueron adjuntados mediante escrito de subsanación de fecha 23 de marzo de 2018.
 - Los documentos que sustentan el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor alegado por el **Consortio**. Dicho medio probatorio se encuentra ofrecido en el numeral 12 del acápite III del escrito de contestación de demanda y reconvenición de fecha 22 de marzo de 2018.
 - Los documentos consignados en los numerales 1 al 11 del acápite IV del escrito de contestación de demanda y reconvenición de fecha 22 de marzo de 2018.

- 25. En la misma Decisión N° 5 se otorgó al **PNAEQW** y al **Comité** el plazo de quince (15) días hábiles para que cumplan con presentar sus observaciones al informe pericial consignado en el numeral 2 del acápite IV del escrito de demanda presentado con fecha 2 de febrero de 2018 y para que el **Consortio** cumpla con presentar los documentos originales que sustentan el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, conforme a la exhibición admitida como medio probatorio.

- 26. Con fecha 19 de septiembre de 2018 se emitió la Decisión N° 7, mediante la cual se tuvo por presentado el escrito del **PNAEQW** en el que adjuntó las copias simples de algunos documentos solicitados por el Tribunal. 

- 27. La Entidad hizo observaciones al informe pericial admitido como medio probatorio de manera extemporánea, por lo que el tribunal las tuvo por no presentadas.

- 28. Con fecha 20 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe pericial. Con fecha 29 de enero de 2019 se llevó a cabo la audiencia de informes orales. 

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

- 29. Con fecha 7 de febrero de 2019 se emitió la Decisión N° 11, mediante la cual se decidió tener presente el escrito del Consorcio en el que presentó algunas consideraciones respecto a lo discutido en la audiencia de Informes Orales realizada.
- 30. Con fecha 24 de abril de 2019 se emitió la Decisión N° 12, fijando plazo para laudar en 40 días hábiles.
- 31. Con fecha 10 de junio de 2019 se emitió la Decisión N° 13, prorrogando el plazo para laudar en 10 días hábiles adicionales.

X. ANTECEDENTES DEL CASO: HECHOS NO CONTROVERTIDOS

- 32. Con fecha 21 de enero de 2016 las partes suscribieron el Contrato N° 012-2016-CC-LORETO 6/PRODUCTOS, el mismo que tiene las siguientes particularidades:

Generalidades del Contrato N° 012-2016

Contratante	Comité de Compra de Loreto 6 (Encargado de realizar las funciones del Comité 3).
Contratista	Consorcio San Juan
Fecha de suscripción	21 de enero de 2016
Objeto	La provisión del servicio alimentario en la modalidad de productos por parte del PROVEEDOR a favor de los usuarios PNAEQW de los niveles inicial y primaria y secundaria del ítem URARINAS, según especificaciones, características y cantidades establecidas en los anexos que se detallan.
Monto del Contrato	S/ 2.812.643.64.
Usuario	PNAEQW.

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

Cronograma de entrega	El suministro de los productos debe realizarse en 10 entregas, en los plazos establecidos y de acuerdo al cronograma
Forma de pago	Pagos parciales, de acuerdo a las entregas efectivas (10). Las bases, sus anexos y formatos; la propuesta técnica y económica, Manual de Compras, cualquier otro documento derivado del proceso de compra que establezca las obligaciones para las Partes.
Partes integrantes del Contrato	

33. El 21 de abril de 2016 el Consorcio envió la Carta N° 034 -21 -04 - 2016 CIS al Comité de Compra Loreto 3 y al Jefe de la Unidad Territorial, solicitando ampliación de plazo de entrega por fuerza mayor y excepción de penalidad. En dicha comunicación, el Consorcio explicó que su equipo de reparto del Item Urarinas había sufrido enfermedades tropicales que no permitían el normal desarrollo de sus actividades. Agregó que el primer caso sucedió el viernes 15 de abril, fecha en la que enfermó el señor Josué Ríos Pérez, quien recibió atención recién el 18 de abril de 2016. Sin embargo, el 19 de abril enfermaron otros 4 trabajadores (Tony de Jesús Bolívar, Jesús Alberto Manihuari Soto, Lucio Tello Tello y Jorge Luis Valdez Ramírez), quedando afectado el 85% de su personal asignado a la zona de Urarinas, circunstancia que constituye un caso de fuerza mayor.

34. El 2 de mayo de 2016 el Consorcio realizó la segunda entrega de los productos.

35. Con Informe Legal 028-2016-MIDIS/PNAEQW-FJCHP-ABOG-UTLRT, de fecha 16 de mayo de 2016, el asesor legal de la Unidad Territorial de Loreto recomendó al jefe de la Unidad Territorial Loreto aplicar la penalidad al proveedor Consorcio San Juan, por tener un retraso de 7 días. Asimismo, recomendó que el Supervisor del Comité de Compra Loreto 3 efectúe el cálculo de la penalidad y que el Jefe de la

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

Unidad Territorial Loreto derive el expediente a la Unidad de Transferencias y Rendición de cuentas del PNAEQW, para la verificación y aprobación de la penalidad.

36. Con Informe 022-2016-MIDIS/PNAEQW-UILRT-JAPV, de fecha 17 de mayo de 2016, el Supervisor del Comité de Compras de Loreto informó al Jefe de la Unidad Territorial Loreto que el proveedor entregó los productos hasta el 2 de mayo de 2016, con 7 días de retraso, concluyendo que correspondía la aplicación de la penalidad y proponiendo el monto de 93,149.92 soles.
37. El 2 de junio de 2016, la Dirección Ejecutiva emitió la resolución N° 2599-2016 – MIDIS/PNAEQW-DE, en la cual se autorizó la transferencia de S/188.585.68 a la cuenta del COMITÉ 3, para financiar el Servicio de Alimentación Escolar del Programa Nacional de Alimentación Qali Warma, y dispuso la ejecución de S/93.149.92 a favor de la cuenta de penalidades.
38. No obstante lo indicado, mediante Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, la Jefatura de la Unidad Territorial de Loreto informó al Jefe de la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas, con copia a la Jefa de la Unidad de Transferencias, al Comité de Compra Loreto, al Supervisor del Comité de Compra Loreto y al Especialista Alimentario de la Unidad Territorial de Loreto; su opinión en relación a la solicitud de fuerza mayor presentada por el Consorcio, señalando lo siguiente:

(...)

4.- En el presente caso apreciamos que el hecho de fuerza mayor ha sido comunicado por el referido proveedor oportunamente y además ha sido sustentado con los respectivos medios probatorios, hechos que han sido corroborados por el Coordinador Técnico Territorial de Loreto, es decir, cumple, con los requisitos exigidos y como tal debe declararse procedente.

(...)

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

6.- En cuanto a la no aplicación de penalidad por el retraso en la distribución de los alimentos en algunas II.EE. del ítem Urarinas, al declararse procedente la fuerza mayor, lógicamente que el referido proveedor se encuentra exceptuado de la aplicación de penalidad.

*Por tales consideraciones, mi despacho ha tomado la decisión de **DECLARAR PROCEDENTE EL CASO DE FUERZA MAYOR** comunicado por el proveedor **CONSORCIO SAN JUAN**, por consiguiente se debe aprobar el nuevo cálculo de volúmenes anuales y modificar el monto contractual, respecto de las II.EE. del ítem Urarinas, que se vieron afectadas por el hecho de la fuerza mayor, debiendo exceptuarse de penalidad al referido proveedor. Asimismo, se dispone lo siguiente:*

(...)

2. Remitir todos los actuados a Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAE Qali Warma para el pronunciamiento final de la fuerza mayor.”

39. El mismo 10 de junio de 2016 el Jefe de la Unidad Territorial cursó al Proveedor la Carta N° 276 -2016 – MIDIS/PNAE QW/UTLRT, mediante la cual le comunicó la procedencia de fuerza mayor, conforme al informe N° 196-2016-MISIS/PNAEQW-UTLRT emitido por el mismo Jefe de la Unidad Territorial y, en consecuencia, que su despacho había determinado que se disminuyan los volúmenes de alimentos en las II.EE. del ítem Urarinas que se vieron afectados con la entrega oportuna debido a la fuerza mayor, así como se reduzcan los días de atención efectiva anual y el monto contractual, con conocimiento de la Unidad de Prestaciones y de la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW. En dicha comunicación concluyó que se había recomendado al Comité de Compra Loreto 3, que suscriba con el proveedor la Adenda respectiva, bajo la asistencia técnica del Supervisor del Comité de Compra Loreto 3.
40. Con fecha 6 de junio, el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto cursó al Comité de Compra Loreto 3 la Carta N° 278-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, mediante la cual le informó de la aprobación de la fuerza mayor respecto de la segunda entrega de las

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

II.EE. del ítem Urarinas, y conforme a las atribuciones conferidas mediante artículo 70° del Manual de Compras, recomendó suscribir la adenda correspondiente, efectuando la reducción de días de atención, volúmenes contratados y el monto contractual, así como implementar dicha adenda, tal como lo dispone el inciso j) del artículo 16° del Manual de Compras 2016.

41. Con fecha 9 de junio de 2016 el Comité emitió la Carta Notarial N° 011-2016-CC.Loreto 3, entregada el 17 del mismo mes, por medio de la cual le comunicó al Proveedor la aplicación de la penalidad por los 7 días de retraso en la segunda entrega de productos, penalidad ascendente a S/93.149.92.
42. El 20 de junio de 2016 el Proveedor, con Carta N° 048-20-06-2016 CSJ, solicitó a la Unidad Territorial la aclaración del informe N° 196-2016-MISIS/PNAEQW-UTLRT (en el cual concluye que, de acuerdo a los hechos presentados por el Proveedor, es procedente la fuerza mayor), teniendo en cuenta que no se mencionó el plazo exacto que cubriría la fuerza mayor y que ésta debía cubrir del 26 de abril al 2 de mayo de 2016.
43. Con fecha 20 de junio de 2016, el Jefe de la Unidad Territorial Loreto emitió el Informe 208-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT en respuesta a la aclaración solicitada por el contratista, declarándola procedente y señalando nuevo cronograma de entrega. Igualmente, mediante Carta N° 286-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto comunicó al Comité de Compras Loreto 3 la aclaración realizada al Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT para la aprobación de la fuerza mayor, respecto a la segunda entrega en las II.EE. de ítem Urarinas.
44. El 22 de junio de 2016 las partes suscribieron la Adenda N° 007 al contrato N° 006-2016-CC-Loreto 3/Productos, en la que se refieren a la solicitud de fuerza mayor, modifican las fechas de entrega de los productos, estipulando como nuevas fechas

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

para la segunda entrega del 11 de abril al 2 de mayo de 2016, y para la 3ª entrega del 2 de mayo al 30 de mayo de 2016, establecen el nuevo cronograma de atención, modifican la forma de pago y, en consecuencia, modifican el monto contractual. Representó al Comité su presidente, señor Juan Eli Reyes Luján, el mismo que días antes cursó la Carta Notarial N° 011 imponiendo la penalidad.

45. El 5 septiembre de 2016 el Jefe de la Unidad Territorial notificó al Proveedor la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW7UTLRT, comunicando que su solicitud de fuerza mayor había sido declarada improcedente por la razón de que se presentó fuera de plazo y, consecuentemente, la Carta Notarial N° 011-2016-CC.Loreto, relativa a la aplicación de la penalidad por el atraso de 7 días en la segunda entrega del Ítem Urarinas, tenía plena vigencia.
46. El 6 de septiembre de 2016 el Proveedor cursó al Jefe de la Unidad Territorial la Carta N° 066-06-09-2016 CSJ solicitando reconsideración contra la Carta 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT y, por tanto, que se declare procedente la solicitud de fuerza mayor respecto de la 2ª entrega del Contrato.
47. El 30 de setiembre de 2016 el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto cursó al Proveedor (Consortio San Juan) la Carta 445-2016, informando que el Jefe de Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos precisó que no es posible desconocer los nuevos plazos otorgados por la Unidad Territorial de Loreto en las adendas y que no corresponde la aplicación de penalidad de la tercera entrega, por lo que dejó sin efecto las cartas 396 y 397 de fecha 6 de setiembre de 2016, declarando improcedente la solicitud de ampliación de plazo para la tercera entrega.
48. El 6 de octubre de 2016 la Jefatura de la Unidad Territorial Loreto envió el Informe 297-2016 al jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos con los actuados respecto a la segunda entrega de productos del ítem

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

Urarinas, recomendando declarar procedente la reconsideración formulada por el Consorcio mediante carta 034-21-04-2016 CSJ.

49. El 29 de noviembre de 2016 el jefe de Asesoría Jurídica envió el Memorándum 1265, informando que la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos no emitió pronunciamiento y que cuando la Unidad Territorial Loreto firmó la adenda 007 no se ajustó al procedimiento del Manual de Compras, al no cumplir los parámetros legales ni la recomendación de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.
50. Con fecha 12 de diciembre de 2016, la Coordinadora de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual del PNAEQW, mediante Informe 452-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC, concluyó que se debe ratificar la aplicación de la penalidad por el retraso de 7 días en la segunda entrega, advirtiendo que el accionar del personal de la Jefatura Territorial Loreto ha causado incumplimiento de la normativa, por lo que recomienda remitir lo actuado a la Secretaría Técnica para evaluar responsabilidades, y recomienda igualmente a la Unidad Territorial comunicar el Informe al proveedor.
51. El 16 de diciembre de 2016 la nueva jefa de la Unidad Territorial comunicó al Proveedor mediante Carta 475-2016-MIDIS/PNAEQW, que se declaró improcedente la solicitud de reconsideración de la penalidad por el retraso de los 7 días en la entrega N° 2 de los productos y, consecuentemente, la aplicación de la penalidad tiene plena vigencia.

XI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

52. Preliminarmente, el Tribunal Arbitral nota que la controversia suscitada entre las partes gira alrededor de establecer si corresponde o no la aplicación de la

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

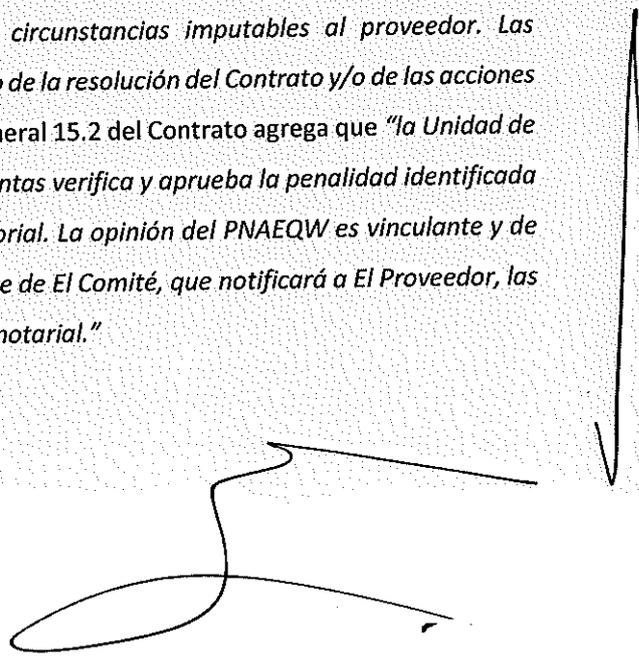
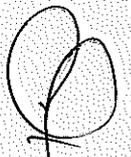
penalidad impuesta al Consorcio por haber incurrido en un retraso de 7 días en la segunda entrega de productos alimentarios.

53. El Consorcio ha sostenido que la prórroga que solicitó para la segunda entrega, sustentada en una circunstancia de fuerza mayor, le fue concedida, declarándose improcedente la aplicación de la penalidad por retraso. Incluso, en base a esta decisión se modificó el cronograma de entregas del contrato mediante la suscripción de una Adenda. Por lo tanto, no cabe que la Entidad, contradiciendo sus propios actos, desconozca y deje sin efecto la prórroga otorgada y menos que aplique una penalidad por retraso en la segunda entrega.
54. La Entidad, por el contrario, sostiene que la prórroga otorgada al Consorcio para la segunda entrega y la decisión de no aplicar la penalidad por retraso en la segunda entrega fue adoptada por órgano incompetente y sin respetar los procedimientos legales establecidos para ese efecto, los cuales son vinculantes para las partes. Por lo tanto, la prórroga concedida al Consorcio y la exclusión de penalidad son inválidos, debiendo prevalecer las decisiones adoptadas conforme a los procedimientos vigentes, que declaran improcedente la solicitud de prórroga del Consorcio y resuelven aplicar la penalidad por retraso de 7 (siete) días en la segunda entrega.
55. Conforme a lo expuesto, la controversia está referida fundamentalmente a establecer si la prórroga otorgada al Consorcio para la segunda entrega, y la exclusión de la penalidad por retraso son o no válidas, conforme a los procedimientos legales previstos para ese efecto. No se controvierte en este proceso si la causal de fuerza mayor invocada por el Consorcio tiene fundamento o no.
56. Para resolver la controversia, resulta preciso conocer, previamente, cuáles son los procedimientos que debieron cumplirse para que se ampare una prórroga o

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

ampliación de plazo sustentada en causales de fuerza mayor, y cuáles los procedimientos aplicables para determinar si se ha configurado o no una situación de incumplimiento que justifica la aplicación de las penalidades previstas en el Contrato.

57. Con respecto a las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, el numeral 15.4 de El Contrato, establece que *"no se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor deberá presentar por escrito a El Comité, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades, debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Comité debe trasladar el pedido en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial previo Informe Técnico elevará el expediente a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de El Comité"*.
58. Por su parte, en relación a la aplicación de penalidades, el numeral 15.1 del Contrato establece que *"las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el presente Contrato, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del Contrato y/o de las acciones legales que correspondan"*. El numeral 15.2 del Contrato agrega que *"la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de El Comité, que notificará a El Proveedor, las penalidades impuestas, vía carta notarial."*



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

59. La penalidad que en este caso aplicó la Entidad se encuentra prevista en el numeral 15.6 del Contrato, que establece como causal de incumplimiento, la no entrega de los productos en la fecha establecida en el Contrato, señalando que la penalidad aplicable a ese supuesto asciende a 0.5% del monto total del Contrato por cada día de retraso.
60. De las citas que anteceden, se desprende que existen dos procedimientos relacionados a la materia controvertida. Por un lado, se regula el procedimiento que debe seguirse ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo objeto es determinar si el contratista tiene derecho a obtener una prórroga sustentada en alguna de esas circunstancias. El segundo procedimiento, es el relativo a la aplicación de la penalidad, que consiste en determinar si se configuró o no una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el Contrato, y con base en ello, determinar si corresponde o no aplicar la penalidad respectiva.
61. Mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015- MIDIS/PNAEQW, de fecha 30 de noviembre de 2015, se aprobó el Manual de Compras como instrumento que contiene las disposiciones que regulan el proceso de compra y la ejecución de la provisión del servicio alimentario que prestan los postores ganadores a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma. El citado Manual contempla los procedimientos que deben observarse para la aplicación de penalidades, así como los relativos a la acreditación de circunstancias no imputables (caso fortuito o fuerza mayor) que impidan cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas.
62. Con respecto a las penalidades, el Manual de Compras establece:
- "91.- Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases y/o en el*

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan.”

“92.- La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial.

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

“93.- Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el presente Manual”.

63. Por su parte, en relación a las circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor, el Manual de Compras establece lo siguiente:

“94.- No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, al Comité de Compras dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Comité de Compras debe trasladar el pedido, en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La Opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compra.”

64. Consiguientemente, los procedimientos que debían seguirse en cada caso, son los descritos en los Fundamentos 62 y 63 precedentes, reglas que se encuentran ratificadas por el Contrato y las Bases.

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

65. Visto lo anterior y a fin de estructurar un análisis ordenado de lo pedido por el Consorcio y el Comité, en los siguientes numerales el Tribunal Arbitral procede a analizar los puntos controvertidos sometidos a su decisión y discutidos durante el arbitraje.
66. El Tribunal Arbitral deja constancia de que, para la expedición de este laudo, ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las Partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron recogidos expresamente en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

67. **PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Se deje sin efecto la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, del 05 de setiembre del 2016, que declara improcedente la solicitud de fuerza mayor respecto a la segunda entrega en el ítem Urarinas.*

A. Posición del Consorcio

68. Antes de notificar la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, que declaró improcedente la fuerza mayor, QALI WARMA LORETO ya había emitido la Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAE QW/UTLRT, declarando procedente la solicitud de fuerza

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

mayor solicitada, decisión que conllevó a la suscripción de la Adenda N° 007 al Contrato y modificó el cronograma de entregas.

69. En efecto, frente al acontecimiento de fuerza mayor ocurrido el 19 de abril de 2016, y dentro del plazo de 48 horas, presentaron ante Qali Warma la Carta N° 34-21-04-2016-CSJ, solicitando ampliación de plazo de entrega de 7 días por fuerza mayor y excepción de penalidad. El 16 de junio de 2016, mediante Carta N° 276-2016-MIDIS-PNAEQW-UTLRT, Qali Warma Loreto les comunicó la procedencia de la solicitud de fuerza mayor y excepción de penalidad solicitada por el Consorcio, teniendo como criterios fundamentales lo establecido en el Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT, de fecha 10 de julio de 2016. Fue en base a ello que el 22 de junio de 2016 se suscribió la Adenda N° 007 al Contrato, estableciéndose un nuevo cronograma de entrega, la modificación del monto contractual y un nuevo cronograma de pago.
70. Para sorpresa del Consorcio, el 6 de septiembre del 2016 le notificaron la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, en la que les comunicaron la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo por fuerza mayor respecto a la segunda entrega en el ítem Urarinas, y la aplicación de la penalidad por retraso de 7 días.
71. La Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT fue expedida contraviniendo el derecho a la seguridad jurídica¹; y, de acuerdo a lo normado en el inciso 1) del artículo 10° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, dicho acto deberá ser declarado nulo.
72. Del contenido de la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT se desprende la afectación al principio de libertad de configuración interna, toda vez que, desconociéndose los efectos jurídicos ya desplegados por la Adenda 007 del contrato, arbitrariamente se alteraron las condiciones establecidas por las partes.

¹ Art. 62° de la Constitución Política del Perú.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

73. La conducta ejecutada por QALI WARMA cumple con los presupuestos establecidos para la aplicación de la teoría de los actos propios: una conducta vinculante como consecuencia de la Adenda 007, en la que se dispuso, a partir de la solicitud de fuerza mayor, la modificación del cronograma de la 2ª entrega de productos; una pretensión contradictoria, por cuanto la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAE QW/UTLRT es contradictoria a la carta N° 276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT; y, finalmente, identidad de sujetos, ya que se trató de las mismas partes intervinientes, estos son QALI WARMA y el Consorcio San Juan.
74. Mediante la Carta en discusión, QALI WARMA pretende incumplir las condiciones establecidas en dicha Adenda, vulnerándose también el art. 142 del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado, que dispone la obligatoriedad de los contratos para las partes.

B. Posición de la Entidad

75. La solicitud de ampliación de plazo e inaplicación de penalidades fue presentada por el proveedor antes de que la Unidad Territorial Loreto gestione la solicitud de Transferencia de Recursos Financieros de la segunda entrega, la misma que fue remitida a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Gestión de Transferencias de recursos el 24 de mayo de 2016, sin que se haya remitido previamente para la evaluación el informe técnico con la opinión de la Unidad Territorial Loreto respecto al caso de fuerza mayor, incumpliendo lo estipulado en el numeral 94 del Manual de Compras vigente.
76. La penalidad identificada y propuesta por la Unidad Territorial de Loreto fue evaluada y validada de acuerdo a lo estipulado en la normativa del Programa, considerando los plazos de entrega establecidos en la adenda vigente para dicha entrega y la documentación remitida por la referida unidad territorial.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

77. El informe 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT fue remitido a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Gestión de Transferencias de Recursos con posterioridad a la emisión de la RDE N° 2599-2016-MIDIS/PNAEQW, mediante la cual se autorizó la ejecución de 93,149.92 soles a favor de la cuenta penalidades del Programa.
78. La Unidad Territorial Loreto gestionó la suscripción de la Adenda 07 sin contar con el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Gestión de Transferencias de Recursos respecto a la solicitud de inaplicación de penalidades presentada por el proveedor, lo que conllevó a reducir la prestación del servicio alimentario, sin que esto se encuentre debidamente justificado.
79. La suscripción de la adenda 07 se efectuó cuando ya había concluido el segundo periodo de atención, es decir, que los plazos establecidos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales fueron modificados con posterioridad a la prestación del servicio alimentario, lo cual constituye un vicio de nulidad y/o ineficacia.
80. La Unidad Territorial de Loreto no advirtió el requisito indispensable de seguir el procedimiento establecido en el Manual de Compras para suscribir la adenda 07, que modificó el cronograma de entrega.

C. Posición del Tribunal Arbitral

81. Para determinar si corresponde dejar sin efecto la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 5 de setiembre de 2018, primero se debe determinar si la Carta 276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT, de fecha de fecha 10 de junio de 2018 que declaró procedente el pedido de fuerza mayor, es válida y eficaz, conforme al procedimiento contemplado en el Manual de Compras y el Contrato para ese efecto. En caso la carta Carta 276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT no fuera

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

válida, se deberá determinar si la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT es válida y eficaz.

82. Al respecto, se tiene que el numeral 94 del Manual de Compras aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 30 de noviembre de 2015, establece que, para el caso de fuerza mayor, *“No se aplicarán penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor, el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor deberá presentar por escrito al Comité de Compras, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de ocurrido el evento, la inaplicación de penalidades debiendo acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Comité de Compras debe trasladar el pedido en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial previo informe técnico, elevará el expediente a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas para su pronunciamiento. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compra”.*
83. Dicho procedimiento se reprodujo en el numeral 15.4 de la “cláusula décimo quinta: penalidades” del contrato 012-2016-CC-LORETO 6/PRODUCTOS firmado entre las partes con fecha 21 de enero de 2016.
84. En resumen, para obtener una ampliación de plazo por caso fortuito o fuerza mayor, y evitar la aplicación de penalidades, el Consorcio debía presentar por escrito su solicitud al Comité de Compras dentro de las 48 horas de ocurrido el evento. El Comité de Compras debía trasladar el pedido en un plazo de 48 horas a la Unidad Territorial, cuyo jefe debía emitir un Informe Técnico, y elevar el expediente a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, órgano al que le correspondía pronunciarse sobre la solicitud.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

85. En el presente caso, la Carta N° 034-21-04-2016 CSJ, del 21 de abril de 2016, mediante la cual el Consorcio solicitó ampliación de plazo de entrega por fuerza mayor y excepción de penalidad, se presentó al Comité de Compra Loreto como correspondía, y al Jefe de la Unidad Territorial Loreto. A su turno, el Jefe de la Unidad Territorial emitió el Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT, en el cual opinó que la causa de fuerza mayor invocada por el Consorcio era procedente, respecto a la segunda entrega. Dicho Informe fue dirigido a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, como correspondía. Sin embargo, en lugar de limitarse a elevar dicho Informe Técnico a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, para que sea dicha Unidad la que emita un pronunciamiento sobre la solicitud, el pronunciamiento fue emitido directamente por el propio Jefe de la Unidad Territorial, quien a través de la Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, comunicó al Consorcio San Juan que mediante el ya citado Informe N° 195-2016, se había determinado declarar procedente la fuerza mayor y que, en tal virtud, debían disminuirse los volúmenes de alimentos en las II.EE. del Ítem Urarinas, que se vieron afectados en la entrega oportuna debido a la fuerza mayor, e igualmente debían reducirse los días de atención efectiva anual y el monto contractual, con conocimiento de la Unidad de Prestaciones y de la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW. En dicha misiva, la Unidad Territorial concluyó que se había recomendado al Comité de Compra Loreto 3 que suscriba con el Consorcio la Adenda respectiva, bajo la Asistencia Técnica del Supervisor del Comité de Compra Loreto 3.
86. De lo expuesto en el Fundamento anterior se desprende que ni el Consorcio ni la Unidad Territorial siguieron el procedimiento establecido en el Manual de Compras y en el Contrato. En efecto, la Unidad Territorial solo tenía competencia para emitir un informe técnico, mediante el cual diera su opinión con relación al pedido del Consorcio. No obstante, la Unidad Territorial no se limitó a dar una

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

opinión. De hecho, resolvió el pedido, soslayando la competencia de la Unidad de Gerencia y Rendición de Cuentas, que según los procedimientos antes señalados, era la Entidad a quien correspondía emitir el pronunciamiento correspondiente. De otro lado, el Consorcio asumió que su solicitud de fuerza mayor había sido válidamente resuelta por la Unidad Territorial de Loreto, llegando incluso a suscribir una Adenda al Contrato basada en dicha decisión, soslayando que la indicada Unidad Territorial carecía de competencia para adoptar una decisión sobre la solicitud formulada, la misma que conforme al Manual de Compras y el Contrato, debía ser adoptada por la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas.

87. Inclusive, los términos que utiliza el Jefe de la Unidad Territorial en su Informe N° 196-2016, no son apropiados para una simple opinión. En efecto, en el párrafo 6 del citado informe señala que *“por tales consideraciones, mi despacho ha tomado la decisión de **DECLARAR PROCEDENTE EL CASO DE FUERZA MAYOR** comunicado por el proveedor Consorcio San Juan, por consiguiente, se debe aprobar el nuevo cálculo de volúmenes anuales y modificar el monto contractual, respecto de las II.EE. del Item Urarinas, que se vieron afectadas por el hecho de la fuerza mayor, debiendo exceptuarse de penalidad al referido proveedor”*. En esta frase se advierte que el Jefe de la Unidad Territorial no se limita a opinar sobre el pedido del Consorcio, y más bien adopta la decisión de declarar procedente dicho pedido.
88. Consiguientemente, la Carta N°276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT, cursada por el Jefe de la Unidad Territorial al Consorcio no es válida, por cuanto dicha Unidad Territorial no era la entidad competente para adoptar la decisión de aprobar la causa de fuerza mayor invocada por el Consorcio, y para exceptuarlo de la aplicación de la penalidad por retraso en la segunda entrega.
89. Con base en la decisión adoptada por el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto, de aprobar la causal de fuerza mayor invocada por el Contratista, el 22 de julio de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

2016 el Comité de Compra Loreto 3 y el Consorcio celebraron la Adenda N° 007 al Contrato, en la que, luego de relatar los antecedentes relativos a la solicitud de fuerza mayor, acordaron modificar el cronograma de entrega, el cronograma de pago y el monto del Contrato. En la cláusula segunda de la referida adenda se señala expresamente que la modificación del cronograma de atención del Contrato se debe a la "aprobación de la fuerza mayor".

90. Sin embargo, habiéndose establecido que la aprobación de la causal de fuerza mayor, y consiguientemente, la prórroga del plazo y la excepción de aplicación de penalidades fueron adoptadas por órgano incompetente, y violándose los procedimientos vinculantes establecidos tanto en el Contrato como en el Manual de Compras, debe también concluirse que la Adenda suscrita carece de validez, toda vez que fue celebrada con base en una decisión sobre fuerza mayor que carece igualmente de validez.
91. Cabe precisar que la invalidez de la decisión adoptada por el Jefe de la Unidad Territorial con respecto a la solicitud de fuerza mayor presentada por el Contratista, únicamente se sustenta en el hecho de que dicha Entidad sólo tenía competencia para emitir un Informe Técnico, es decir, una opinión con respecto a la solicitud presentada, pero no tenía atribuciones para tomar la decisión de aprobar o no el pedido. Esta razón en nada afecta el fundamento que podría haber tenido la solicitud de fuerza mayor presentada por el Contratista, cuyo análisis no es materia de este proceso.
92. En tal sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAE QW/UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, se emitió por órgano incompetente (el órgano competente era la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas) y sin seguir el procedimiento establecido por las partes, por lo que carece de efectos legales.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

93. Habiendo quedado establecido que la Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAE QW/UTLRT carece de efectos legales, corresponde determinar si la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT siguió el procedimiento establecido en el Contrato y el Manual de Compras.

Respecto a la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT

94. Mediante Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, del 5 de septiembre de 2016, el Jefe de la Unidad Territorial Loreto, Licenciado Manuel Yumbato Angulo, comunicó a Consorcio San Juan que su solicitud de fuerza mayor respecto de la segunda entrega en el ítem Urarinas, había sido declarada improcedente y, consecuentemente, que la Carta N° 011-2016-CC.Loreto 3, relativa a la aplicación de la penalidad por el retraso de 7 días en la segunda entrega del ítem Urarinas, tenía plena vigencia. Cabe señalar que el Licenciado Manuel Yumbato, Jefe de la Unidad Territorial de Loreto que curso la Carta N° 397-2016 al Consorcio declarando improcedente la solicitud de fuerza mayor e inaplicación de penalidades, es la misma persona que antes, en la misma calidad de Jefe de la Unidad Territorial, había cursado la Carta N° 276-2016, declarando procedente dicha solicitud.
95. La decisión comunicada mediante Carta N° 397-2016, de declarar improcedente la causal de fuerza mayor invocada por el Contratista, se sustenta básicamente en dos hechos. El primero, en que el Consorcio no presentó la solicitud de fuerza mayor dentro del plazo de 48 horas de sucedido el hecho; y, el segundo, en que los informes de opinión emitidos por el Supervisor de Compras y el asesor legal de la Unidad Territorial de Loreto se pronunciaban en el sentido de que la causal invocada debía declararse improcedente.
96. Es importante observar, sin embargo, que la Carta N° 397-2016, tiene dos extremos. Por un lado, comunica que la solicitud de fuerza mayor presentada por

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

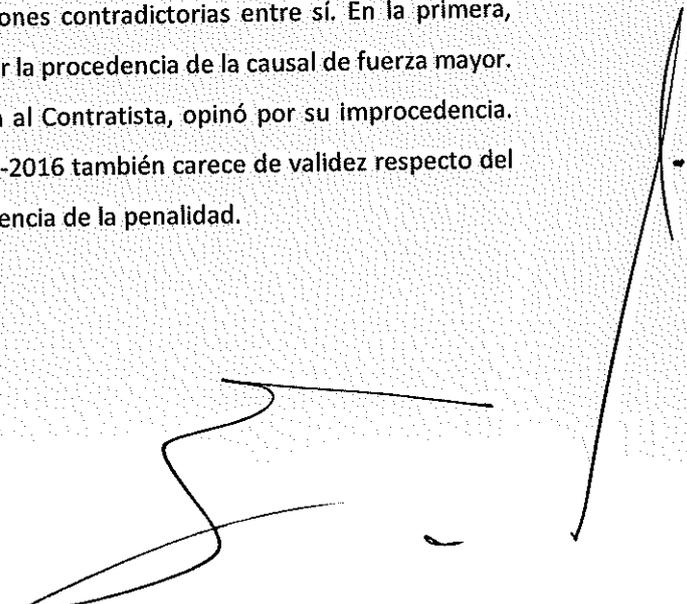
el Contratista ha sido declarada improcedente; y, por otro lado, ratifica la procedencia de la aplicación de la penalidad por el retraso de 7 días en la segunda entrega del Ítem Urarinas, comunicada al Consorcio mediante Carta N° 011-2016-CC. Loreto 3, la misma que según la comunicación, tiene plena vigencia. Al respecto, es preciso recordar que tanto el Contrato como el Manual de Compras establecen dos procedimientos diferentes para estos objetivos. Existe un procedimiento para calificar la solicitud de fuerza mayor del Contratista y otro para decidir si se aplica o no alguna penalidad prevista en el Contrato en caso de incumplimiento. Por consiguiente, el análisis que sigue debe contemplar el examen de ambos procedimientos.

97. En cuanto al primer extremo, el Tribunal ya ha determinado que conforme al Manual de Compras y al Contrato, el Jefe de la Unidad Territorial únicamente tenía competencia para opinar sobre la causal de fuerza mayor invocada por el Contratista, pero carecía de competencia para tomar la decisión sobre dicha solicitud. Aun más, la opinión de la Unidad Territorial debía ser elevada a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, que es el órgano al que según los procedimientos vigentes, le correspondía emitir el pronunciamiento final. En síntesis, la Unidad Territorial no debía tener correspondencia directa con el Contratista y menos le correspondía comunicar al Contratista decisiones finales con respecto a su solicitud de fuerza mayor, adoptadas por la propia Unidad Territorial.
98. Teniendo en cuenta lo expresado, el Tribunal concluye que la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT también carece de valor, toda vez que a través de dicha comunicación, es el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto quien comunicó al Contratista que su solicitud de fuerza mayor había sido declarada improcedente, atribución que sólo correspondía ejercer a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas. En este caso, se aplica el aforismo "a igual razón, igual derecho", y consiguientemente, si el Jefe de la Unidad Territorial carecía de competencia para

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

decidir y comunicar al Contratista que su solicitud de fuerza mayor había sido amparada, carecía igualmente de competencia para decidir y comunicar al Contratista que dicha solicitud había sido declarada improcedente.

99. Resta analizar el segundo extremo de la Carta N° 397-2016, mediante el cual el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto ratifica la aplicación de la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega, comunicada mediante Carta Notarial N° 011-2016-CC. Loreto 3, señalando que la penalidad tiene plena vigencia.
100. En relación a este segundo extremo, el Contrato estipula que cuando se configura una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compras, en las Bases o en el Contrato, y aquella responde a circunstancias imputables al proveedor, tal situación debe ser identificada y sustentada por la Unidad Territorial, quien informa a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, que tiene atribuciones para verificar la situación de incumplimiento, y aprobar la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial. Una vez adoptada la decisión, el Comité notificará al proveedor las penalidades impuestas, vía carta notarial.
101. En el presente caso, no existe evidencia en el expediente de que la penalidad aplicada por la Entidad por 7 días de retraso en la segunda entrega haya sido verificada y aprobada por la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas. De otro lado, para que la aplicación de la penalidad sea válida, tendría que haber sido previamente identificada y sustentada por la Unidad Territorial. No obstante, la Unidad Territorial emitió dos opiniones contradictorias entre sí. En la primera, comunicada al Contratista, opinó por la procedencia de la causal de fuerza mayor. En la segunda también comunicada al Contratista, opinó por su improcedencia. Consiguientemente, la Carta N° 397-2016 también carece de validez respecto del extremo en el que ratifica la procedencia de la penalidad.



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

102. En tal sentido, este tribunal arbitral concluye que la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 5 de setiembre de 2016, se emitió por órgano incompetente (el órgano competente era la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas) y sin seguir el procedimiento establecido por las partes, por lo que carece de efectos legales.
103. Ahora bien, en su Primera Pretensión Principal, el Consorcio solicita que el Tribunal deje sin efecto la Carta N° 397- 016. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que dicha carta no es válida, pues no respetó los procedimientos esenciales previstos en el Manual de Compras y en el Contrato para dichos efectos. No obstante, resta todavía establecer si resulta posible dejar sin efecto dicha carta. Al respecto, el Tribunal tiene en consideración que con posterioridad a la recepción de la indicada carta, el Consorcio formuló reconsideración contra la misma, tal como consta de su comunicación de fecha 6 de septiembre de 2016, dirigida al Jefe de la Unidad Territorial Loreto y recibida por éste el 7 del mismo mes y año. En su recurso, el Consorcio solicitó al Jefe de la Unidad Territorial Loreto reconsiderar su decisión y declarar procedente su solicitud de fuerza mayor respecto de la segunda entrega del Ítem Urarinas por lo siguiente: i) Si bien el 15 de abril de 2016 se enfermó un trabajador, un solo caso no ameritaba un pedido de fuerza mayor. Sin embargo, el 19 de abril se enfermaron otros 4, y al representar ellos el 85% de la tripulación, ya había motivo suficiente para considerar esa circunstancia como una situación de fuerza mayor. Por tal razón, la circunstancia de fuerza mayor se presenta el día 19 de abril, y no el día 15 del mismo mes; y puesto que ellos cumplieron con presentar su solicitud de fuerza mayor el 21 de abril, es decir, dentro de las 48 horas de verificada la situación de fuerza mayor, dicha presentación no fue extemporánea; y ii) La solicitud presentada se encuentra ajustada a lo establecido en el numeral 94 del Manual de Compras.
104. Antes de pronunciarse sobre el recurso de reconsideración, el Ingeniero Segundo Augusto Arévalo Pérez, Jefe de la Unidad Territorial de Loreto, quien cursó con

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

fecha 30 de septiembre de 2016 a Consorcio San Juan la Carta N° 445-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT mediante la cual manifestó que al *"haberse suscrito adendas, las mismas que tienen carácter jurídico, modificando los plazos de entrega, no es posible desconocer los nuevos plazos otorgados por nuestra Unidad Territorial"*. En consecuencia, no corresponde la aplicación de penalidades en la tercera entrega de productos, toda vez que, el proveedor Consorcio San Juan, habría cumplido con efectuar la entrega dentro del plazo programado para los ítems por Urarinas y Trompeteros. Por lo expuesto, no correspondía que la Unidad Territorial de Loreto, remita al proveedor Consorcio San Juan las Cartas N°s 396 y 397-016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT de fecha 6 de septiembre de 2016, comunicando la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo para la tercera entrega y la aplicación de penalidades, toda vez que dichas acciones contravienen los deberes y obligaciones establecidos en las adendas suscritas. Por tales consideraciones, [en] la Unidad Territorial de Loreto se ha tomado la decisión de dejar sin efecto las Cartas N°s 396 y 397-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 6 de septiembre de 2016". Finalmente, en dicha comunicación el Jefe de la Unidad Territorial señaló que respecto de la segunda entrega del ítem Urarinas, se estaba evaluando la documentación para emitir los informes técnicos correspondientes.

105. De la Carta N° 445-2016 sumillada en el fundamento anterior, se desprende que el propio Jefe de la Unidad Territorial de Loreto dejó sin efecto la Carta N° 397-2016 cursada por su despacho el 5 de septiembre de 2016. Y aun cuando no correspondía a la Unidad Territorial tomar decisiones sobre prórrogas, causales de fuerza mayor y penalidades, sí se encontraba dentro de sus facultades dejar sin efecto una carta originada en su propio despacho. A la luz de lo expuesto, la Carta N° 397-2016 materia de la Primera Pretensión Principal, ya fue dejada sin efecto por la Unidad Territorial de Loreto mediante comunicación N° 445-2016 del 30 de septiembre de 2016. En tal sentido, no resulta posible que el Tribunal Arbitral deje sin efecto una comunicación que carece actualmente de efectos.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

106. **SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Se declare la inaplicabilidad de la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega del Ítem Urarinas, puesta en conocimiento por el COMITÉ DE COMPRA LORETO-QALI WARMA, mediante Carta N° 011-2016-CC.LORETO 3.*

A. Posición del Consorcio

107. La penalidad puesta en conocimiento del Consorcio por el Comité de Compra de Loreto – QALI WARMA, mediante Carta Notarial N° 011-2016-CC. LORETO, debe ser declarada inaplicable, por cuanto la Adenda 007 al Contrato fue expedida dentro de los cánones del derecho, a partir de la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo de entrega por fuerza mayor, la misma que fue cumplida integralmente por el Consorcio.
108. La aplicación de la penalidad implicaría la afectación del derecho a la seguridad jurídica, lo que significaría un desconcierto en el modo en que la Administración Pública ejecuta sus acciones.
109. La segunda entrega fue ejecutada cabalmente, resultando un contrasentido que, después de 3 meses, la Entidad declare improcedente una solicitud que fue aprobada de manera legítima.
110. Pese a encontrarse claramente establecido que la UTRC debe pronunciarse sobre la aplicación de la penalidad, dicho procedimiento administrativo se constituye en actos de carácter internos de la Administración Pública y la demandada incurre en error al pretender trasladar el carácter vinculante del procedimiento administrativo de aplicación y exoneración de penalidad al administrado.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

B. Posición de la Entidad

111. La posición de la entidad se limita a la resumida en los numerales 75 al 80 del presente laudo.

C. Posición del Tribunal Arbitral

112. Para determinar si corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta por la Entidad es necesario determinar si se siguió el procedimiento establecido en el Manual de Compras y el Contrato.
113. Es un hecho no controvertido que hubo una demora de 7 días en la entrega del segundo ítem. El proveedor alegó que dicho retraso se debió a un caso de fuerza mayor; debido a lo cual presentó ante la Entidad una solicitud de ampliación de plazo sustentada en la existencia de una circunstancia de fuerza mayor, solicitando igualmente la inaplicación de penalidades. Sin embargo, la Unidad Territorial de Loreto emitió hasta 4 opiniones contradictorias en relación a este pedido. Inicialmente, cursó al Consorcio la Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT mediante la cual comunicó su decisión de declarar procedente la causal de fuerza mayor invocada, y consecuentemente, la inaplicación de penalidades por retraso en la segunda entrega. Posteriormente, cursó al Consorcio la Carta N° 397-2016-MIDIS/PNAEQW/URLRT, mediante la cual dejó sin efecto la carta anterior, informando al Consorcio que la solicitud de fuerza mayor presentada era improcedente, ratificando la procedencia de la penalidad. Días después, cursó al Consorcio la Carta N° 445-2016 del 30 de septiembre de 2016, que dejó sin efecto la Carta N° 397-016, por cuanto no es posible desconocer los nuevos plazos otorgados en la Adenda celebrada. Finalmente, cursó al Consorcio la Carta N° 475-2016-MIDIS/PNAEQW/JUT-LRT, de fecha 16 de diciembre de 2016, mediante la cual, resolviendo el Recurso de Reconsideración planteado por el Contratista, declaró improcedente su solicitud y, consecuentemente, ratificó la aplicación de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

la penalidad a la segunda entrega en el Ítem Urarinas, manifestando que la Carta Notarial N° 011-2016-CC.Loreto 3 tiene plena vigencia.

114. De lo indicado en el Fundamento anterior se desprende que el último pronunciamiento de la Unidad Territorial con respecto a la causal de fuerza mayor y la aplicación de la penalidad, fue la Carta N° 475-2016-MIDIS/PNAEQW/JUT-LRT, que confirmó la improcedencia de la causal invocada, y la procedencia de las penalidades aplicadas, comunicadas al Consorcio mediante Carta Notarial N° 011-2016-CC.Loreto 3.
115. Por consiguiente, corresponde ahora determinar si la decisión de la Entidad de aplicar al Contratista la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega de alimentos, comunicada mediante Carta Notarial N° 011-2016-CC.Loreto 3, de fecha 17 de junio de 2016, siguió el procedimiento establecido en el Manual de Compras y el Contrato.
116. Para determinar si la aplicación de la penalidad es válida o no, es preciso examinar si el procedimiento seguido por la Entidad para su imposición cumplió con las disposiciones del Manual de Compras y el Contrato.
117. Al respecto, es necesario recordar que, tal como se expuso en los Fundamentos 57 y 58 *supra* del presente laudo, hay dos procedimientos relevantes; uno, que se inicia a pedido de parte y que busca responder a un pedido de fuerza mayor y posible inaplicación de penalidades, y el otro, que se inicia de oficio y que busca imponer una penalidad en caso de retraso o incumplimiento contractual.
118. De acuerdo al Manual de Compras y el Contrato, el procedimiento para la aplicación de penalidades, es el siguiente:

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

- (i) Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando se configure una situación de incumplimiento².
- (ii) La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial³.
- (iii) La Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas determina el monto de las penalidades y la deducción correspondiente. En los casos que el **PNAEQW** aplique penalidades, comunicara a la Unidad Territorial para que ésta lo comunique al Comité de Compras. La opinión del **PNAEQW** es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compras. El Comité de Compra notificará al proveedor las penalidades impuestas, vía Carta notarial⁴.
- (iv) En caso que se evidencie incumplimiento, la Unidad Territorial procederá a emitir informe adjuntando acta de supervisión suscrita por un miembro del CAE y adjuntando los medios probatorios que correspondan, comunicará al **Comité** con conocimiento a las Unidades Técnicas del **PNAEQW** según corresponda⁵.
- (v) No se aplicarán penalidades por caso fortuito y fuerza mayor, de acuerdo a la cláusula décimo quinta del **Contrato**, numeral 15.4.

119. En este caso, a pesar de que la carta notarial 011-2016- sólo se sustenta en la Resolución Ejecutiva N° 2599-2016-MIDIS/PNAEQW, el Contrato y el Informe 022-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JAPV del Supervisor, el Tribunal, luego de examinar los documentos adjuntados como medios probatorios, verifica que se emitieron más documentos con motivo de este trámite. En efecto, hubo un pronunciamiento del Supervisor de CAE (022-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JARV), uno del Asesor Legal de la Unidad Territorial de Loreto (028-2016-MIDIS/PNAEQW-FJCHP-ABOG-UTLRT), un Informe de la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas (2411-

² Bases del Proceso de Compra numeral VI.7 Aplicación de Penalidades, literal a); Contrato, cláusula décimo quinta: Penalidades, numeral 15.1.

³ Contrato, cláusula décimo quinta: Penalidades, numeral 15.2.

⁴ Bases del Proceso de Compra numeral VI.7 Aplicación de Penalidades, literal b). / Manual de Compras, numeral 17, literal i).

⁵ Contrato, cláusula duodécima, numeral 12.7.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

2016-MIDIS/PNAEQW-UTR) y, finalmente, la carta notarial 011-2016-CC.LORETO 3. Sin embargo, el Jefe de la Unidad Territorial no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que su función, en este procedimiento, consistía en Identificar y sustentar las penalidades aplicables, para que la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas pudiera verificarlas y aprobarlas.

120. Y, en efecto, tiene sentido que la Unidad Territorial no hubiera emitido pronunciamiento alguno identificando y sustentando las penalidades por los retrasos en la segunda entrega, toda vez que en la fecha en que se cursó la Carta N° 011-2016 al Contratista (recibida por éste el 17.06.2016), aún se encontraba vigente su Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, mediante el cual se había pronunciado a favor de la situación de fuerza mayor presentada por el Consorcio, decisión que comunicó directamente al Consorcio mediante Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAEQW/URLT del 10 de junio de 2016, entregada el 16 del mismo mes y año. Consiguientemente, en el trámite de imposición de penalidades al Contratista, se soslayó una etapa esencial del mismo, que es la opinión del Jefe de la Unidad Territorial de Loreto, quien no sólo no identificó y sustentó la penalidad aplicable, sino que, por el contrario, a esa fecha era de opinión de que la penalidad resultaba improcedente, toda vez que la causa de fuerza mayor era amparable.
121. Si bien es cierto que en la fecha en que la Unidad Territorial remitió a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas el Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, opinando por la procedencia del caso fortuito, ya se había emitido el Informe N° 022-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT-JAVP del 17 de mayo de 2016, mediante el cual el Supervisor del Comité de Compra propuso aplicar la penalidad por la suma de S/ 93,149.92, debido al retraso de 7 días en la segunda entrega, e igualmente se había expedido la Resolución de la Dirección Ejecutiva N° 2599-2016-MIDIS/PNAEQW del 2 de junio de 2016, que autorizaba la retención de la penalidad, no es menos cierto que tanto dicho Informe como la Resolución de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

la Dirección Ejecutiva fueron expedidos sin esperar a que la Jefatura de la Unidad Territorial de Loreto emitiera su opinión con relación a la causal de fuerza mayor invocada por el Contratista.

122. La segunda razón por la que la Entidad ha sostenido consistentemente que la solicitud de fuerza mayor era improcedente, es porque su presentación fue extemporánea. Al respecto, se ha señalado que habiéndose presentado el primer caso de enfermedad de un trabajador del Contratista el 15 de abril de 2016, la solicitud de fuerza mayor debió presentarse dentro del plazo de 48 horas contado desde el 15 de abril de 2016. Sin embargo, la solicitud fue presentada el 21 del mismo mes y año, es decir, fuera del plazo previsto en el Manual de Compras y el Contrato, razón por la cual debe declararse improcedente. El Contratista, sin embargo, ha explicado que la causal de fuerza mayor existe realmente desde el 19 de abril, fecha en la cual se enfermaron 4 trabajadores más, que representan el 85% del personal para entrega y, por lo tanto, es realmente desde esa fecha que debe considerarse que existe un evento imprevisible, irresistible y extraordinario que impedía al Consorcio cumplir con la segunda entrega a tiempo.
123. En opinión del Tribunal, el plazo de 48 horas para presentar la solicitud de fuerza mayor debe computarse desde el 19 de abril de 2016, y no desde el 15 de ese mes y año, pues es recién desde el día 19, con la enfermedad de 4 trabajadores más, que el Contratista enfrenta una situación que, a su juicio, tiene las características de extraordinaria, irresistible e imprevisible. La enfermedad de un solo trabajador el día 15 de abril, no revestía esa característica y, por consiguiente, no tenía sentido que el Contratista presente su solicitud dentro de las 48 horas contadas desde el día 15, la misma que por añadidura, habría sido declarada improcedente, ya que la enfermedad de un solo trabajador no habría justificado incurrir en retrasos en la segunda entrega.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

124. Al este respecto, el Tribunal deja expresa constancia de que no está calificando si la situación con base a la cual el Contratista presentó una solicitud de fuerza mayor, realmente califica como tal. Únicamente se está pronunciando sobre la oportunidad en la que tal solicitud debía ser presentada, toda vez que esa ha sido la principal objeción que ha determinado que la Unidad Territorial revoque hasta en dos oportunidades su opinión en favor de la procedencia de la causal, declarándola improcedente, y la objeción que, conjuntamente con la relativa al procedimiento aplicable, ha sido objeto de este proceso.
125. En Resumen, se tiene que hasta la fecha: i) No se ha completado el procedimiento relativo a la solicitud de prórroga para la segunda entrega iniciado por el Contratista el 21 de abril de 2016, toda vez aun cuando la Unidad Territorial de Loreto emitió el Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT de fecha 10 de junio de 2016, opinando a favor de declarar procedente la solicitud de fuerza mayor, fue el propio Jefe de la Unidad Territorial de Loreto quien tomó la decisión de aprobar la solicitud, comunicándose directamente con el Contratista; decisión que, sin embargo, debía adoptar la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas, la misma que se encuentra pendiente; ii) Para que proceda la aplicación de la penalidad, debe previamente resolverse la solicitud de fuerza mayor presentada por el Contratista el 21 de abril de 2016, toda vez que no procedería dicha penalidad si la indicada solicitud fuera procedente. A la fecha, el único órgano que ha opinado dos veces por su procedencia y dos por su improcedencia, es la Unidad Territorial, que según el Manual de Compras y el Contrato, no es el órgano competente para tomar esas decisiones; iii) Sin perjuicio de lo expuesto, la Entidad no respetó el procedimiento previsto para la aplicación de la penalidad, toda vez que no medió el Informe de la Unidad Territorial que identifique y sustente la penalidad a aplicarse, omisión que se explica en el hecho de que, al notificarse la decisión de aplicar la penalidad, la opinión de la Unidad Territorial era que la causa de fuerza mayor era procedente, y consiguientemente, que la

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

penalidad era improcedente; y iv) En cualquier caso, la presentación de la solicitud de fuerza mayor por parte del Contratista no fue extemporánea y, por consiguiente, la aprobación o rechazo de la causal no podría sustentarse en esa circunstancia.

126. Por las razones expuestas, la pretensión por la cual se solicita que el Tribunal declare la inaplicabilidad de la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega, puesta en conocimiento del Contratista mediante Carta N° 011-2016-CC. LORETO 3, es fundada, encontrándose pendiente que la Entidad subsane las omisiones procedimentales incurridas, y emita un pronunciamiento final con respecto a dicha penalidad.
127. **TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN el monto ascendente a S/ 93,169.92 (noventa y tres mil ciento sesenta y nueve y 92/100 soles) que fuera aplicado como penalidad por supuesto retraso en la segunda entrega en el Ítem Urarinas, más los intereses correspondientes.*

A. Posición del Consorcio

128. La segunda entrega fue ejecutada cabalmente y de acuerdo a lo estipulado en la Adenda suscrita, resultando un contrasentido que después de 3 meses de dicha modificación al Contrato, la Entidad declare improcedente una solicitud que fue aprobada legítimamente.
129. El Consorcio solicita la devolución de la suma de S/ 93,169.92, que fuera aplicado como penalidad, más los intereses legales, al haberse acreditado que la aplicación de dicha penalidad resulta totalmente arbitraria e inconsistente.

B. Posición de la Entidad

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

130. Con informe legal N° 028-2016-MIDIS/PNAEQW-FJCHP-ABOG-UTLRT, del 16 de mayo de 2016, el asesor legal de la Unidad Territorial de Loreto, recomendó aplicar la penalidad al Consorcio por tener retraso de 7 días en la distribución de alimentos.
131. Con informe N° 022-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JAVP, del 17 de mayo de 2016, el Supervisor del Comité de Compra informó que el Proveedor efectuó la segunda entrega de los productos hasta el 2 de mayo de 2016, con (7) siete días de retraso y proponiendo aplicar la penalidad por la suma de S/ 93.149.92.
132. Cuando la Jefatura de la Unidad Territorial remitió a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas el informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT, trasladando los actuados respecto de la inaplicación de la penalidad por caso fortuito para su pronunciamiento final, ya había sido emitida la RDE N° 2599-2016-MIDIS/PNAEQW, del 2 de junio de 2016, en la que se autorizaba la retención de la penalidad determinada y aplicada por la Unidad Territorial.
133. La penalidad identificada y propuesta por la Unidad Territorial fue evaluada y validada de acuerdo a lo estipulado en la normatividad del programa, considerando los plazos de entrega establecidos.

C. Posición del Tribunal Arbitral

134. Habiendo establecido al resolver la Segunda Pretensión Principal que la penalidad impuesta por la Entidad no es válida porque no se respetó el procedimiento previsto en el Manual de Compras y el Contrato para su imposición, la lógica consecuencia es que el importe de la penalidad ya cobrado por la Entidad, se reembolse al Contratista.

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

135. No obstante lo indicado, el Tribunal Arbitral deja aclarado que esta decisión no enerva el derecho de la Entidad de subsanar los vicios procedimentales en los cuales se incurrió en la tramitación de la solicitud de fuerza mayor presentada por el Contratista, con el fin de emitir una opinión válida con respecto a dicha solicitud, y tampoco enerva el derecho de la Entidad de subsanar los vicios procedimentales en los cuales incurrió con respecto a la aplicación de la penalidad por retraso en la segunda entrega y, consecuentemente, de resolver si la penalidad por el retraso en la segunda entrega es procedente o no.

136. Por las razones expresadas, la Tercera Pretensión Principal es fundada.

137. **CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Que se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN el monto ascendente a S/. 18,751.15 (dieciocho mil setecientos cincuenta y cuatro y 15/100 soles), retenido en la ejecución de la Carta Fianza, además de los gastos financieros por ejecución de S/. 4,248.50 (cuatro mil doscientos cuarenta y ocho y 50/100 soles).*

A. Posición del Consorcio

138. Se debe reembolsar el monto ascendente a 18,751.15 soles retenido en la ejecución de la Carta fianza, además de los gastos financieros por ejecución en la suma de 4,248.50 soles, al presentarse un supuesto descuento por cálculo de volúmenes de la segunda entrega del ítem Urrarinas.

139. Tal como se advierte de la Adenda N° 007 al Contrato, se produjo la reducción total de los días de atención a 171 días; como consecuencia de ello, se generó la reducción del volumen de la segunda entrega; por lo tanto, no se entregó la misma cantidad de productos, quedando demostrada la ilegitimidad de la misiva contenida en la Carta N° 397-2016-PNAEQW/UTLRT.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

B. Posición de la Entidad

140. La posición de la Entidad se limita a la resumida en los Fundamentos 75 al 80 del presente laudo.

C. Posición del Tribunal Arbitral

141. Habiendo quedado demostrado en el desarrollo de la pretensión principal de la reconvencción, que la Adenda 07 al contrato no siguió el procedimiento y que, en tal sentido, no surtió efectos y el cronograma de entrega de productos nunca quedó válidamente modificado, es lógico deducir que el monto de 18,751.15 soles estuvo bien deducido y no corresponde ordenar la devolución. En tal sentido, corresponde declarar INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda.

142. **QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Se ordene al COMITÉ DE COMPRA LORETO-QALI WARMA cumpla con formalizar la liquidación de los contratos.*

A. Posición del Consorcio

143. El contratista manifiesta en su único párrafo sustentatorio "que, de conformidad con lo regulado por el artículo 42 de la Ley de Contrataciones, concordante con el artículo 179 de su Reglamento, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, debiendo realizarla la Entidad cuando el contratista no presente la liquidación dentro del plazo de quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. En ese sentido, si tenemos en cuenta que de acuerdo a la Adenda N 010 al Contrato 012-2016-CC-LORETO 3/PRODUCTOS el último día de entrega fue el 2 de octubre de 2016, resulta claro que el plazo para formalizar la liquidación de dicho contrato excedió considerablemente, por tal

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

razón solicitamos al tribunal arbitral que proceda a ordenar a Qali Warma que cumpla con efectuar la liquidación del contrato a fin de constatar el cumplimiento de las prestaciones a cargo de ambas partes.”

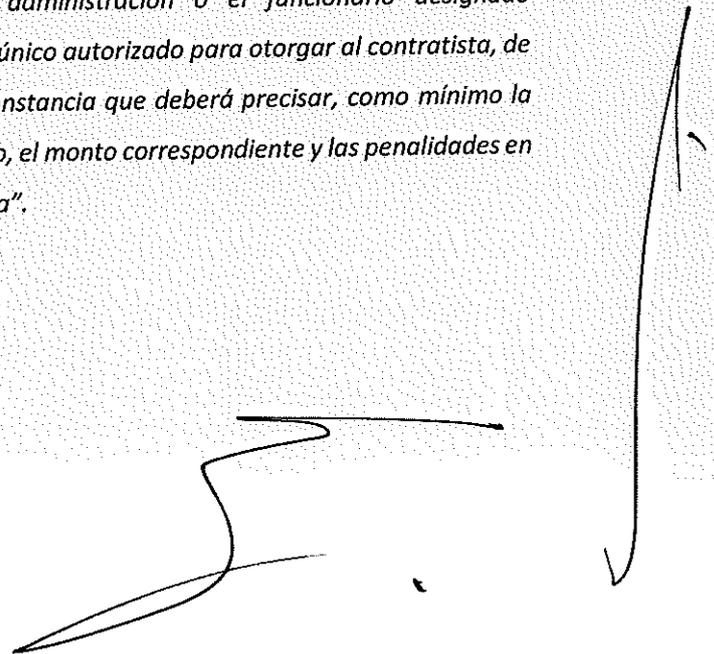
B. Posición de la Entidad

144. La posición de la Entidad se limita a la resumida en los numerales 75 al 80 del presente laudo.

C. Posición del Tribunal Arbitral

145. El artículo 179 del RLCE, norma citada por la parte demandante, es de aplicación para la liquidación de contratos de Consultoría de Obra, por lo que no es de aplicación al presente caso.

146. El artículo 149° del Reglamento establece *que tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el Contrato rige hasta que el funcionario competente de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago. Agrega el precepto que en el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente. Por otro lado, el artículo 178 del RLCE establece que: “Otorgada la conformidad, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo la identificación del objeto el contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista”.*



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

147. En suma, las normas aplicables establecen que la Entidad debe presentar una “constancia de prestación”, no una liquidación, que contenga al menos el objeto del contrato, el monto a pagar y las posibles penalidades.
148. En tal sentido, si bien es cierto no es una obligación legal de la Entidad hacer una liquidación porque no hay norma que la obligue a ello y, por ende, este Tribunal no podría ordenárselo, también es cierto que si el Contratista lo solicita, sí es una obligación legal de la Entidad emitir una constancia de prestación que, en buena cuenta, hace las veces de liquidación final en cuanto a sus efectos.
149. No obstante lo expresado, el Tribunal no puede determinar en este momento si se ha culminado con la ejecución del Contrato, toda vez que, según se ha establecido en el presente laudo, existen procedimientos inconclusos de los que podría derivarse la aplicación de penalidades por el retraso de 7 días en la segunda entrega de alimentos.
150. Por consiguiente, esta pretensión es infundada.
151. **SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Que se pague a favor de CONSORCIO SAN JUAN, el monto indemnizatorio ascendente a S/. 792,967.95 (Setecientos noventa y dos mil novecientos sesenta y siete y 95/100 soles), disgregados de la siguiente manera: 1. Por lucro cesante, en la suma de S/. 237,411.32 (Doscientos Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Once y 32/100 Nuevos Soles). 2. Por daño emergente, en la suma de S/. 555,556.63 (Quinientos Cincuenta y Cinco Mil Quinientos Cincuenta y Seis y 63/100 nuevos soles). 3. Por daño empresarial, en el monto de S/. 116,172.57 (Ciento dieciséis Mil Ciento Setenta y Dos y 52/100 nuevos soles).*

A. Posición del Consorcio

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

152. Dentro de lo establecido en el estado de situación financiera al 31 de diciembre de 2016, se desprende que existe una cuenta por pagar ascendente a la suma de S/125,487.25 soles, por un préstamo de capital de trabajo para el inicio de la ejecución del Contrato.
153. Por otro lado, consta en el libro diario N° 01, en el folio 0000089, la factura 0001-N° 000160, por el importe de S/ 111, 924.07.
154. Asimismo, se tiene la retención de la Carta Fianza N° 0011-0305-980063545-02 por el importe de 283,000.00 soles, cuya vigencia fue ampliada hasta el 28 de febrero de 2017, por cuanto la demandada alega que existe un saldo por cobrar por concepto de penalidades. Dicho importe además se incrementa por los gastos bancarios con un importe de S/4,248.50, por lo que la suma retenida ascendió a S/287,248.50.
155. Con fecha 20 de marzo de 2017, Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. realizó la transferencia a favor de la Comercializadora San Juan S.A.C. por el importe de S/287,248.50. Ésta se efectuó como consecuencia de la garantía, la misma que generó un costo de capital de trabajo ascendente a la suma de S/70,526.25, monto integrado por las retenciones realizadas en la Carta Fianza, así como en la factura.
156. En consecuencia, se produjo un perjuicio económico por S/399,172.57, suma que se integra por S/287,248.50, por ejecución de la garantía y S/111,924.07, por la factura pendiente por cobrar.
157. Asimismo, como consecuencia del perjuicio económico se produjo un impacto financiero en los estados contables de Servicios Generales WAYQE E.I.R.L., de acuerdo al estado de resultados. S/115,554.88, como rentabilidad del perjuicio económico. La suma de S/70,526.25 como costo de capital retenido.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

158. Conforme al resultado obtenido por el informe pericial, el daño emergente asciende a la suma de S/555,556.63 y como lucro cesante la suma de S/237,411.32.
159. Se generó también perjuicio de orden inmaterial, toda vez que se afectó el nombre de las empresas integrantes del Consorcio. Este daño está calculado en S/116,172.57.

CONCLUSIONES DEL INFORME PERICIAL

160. Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. de acuerdo a los estados financieros al 31/12/2016 ha obtenido un resultado favorable financieramente, pero no el esperado de acuerdo a sus proyecciones empresariales.
161. Servicios Generales WAYQE E.I.R.L., como Consorcio San Juan, brindaba el servicio alimentario en la modalidad de productos a favor de PNAEQW, de acuerdo al Contrato.
162. Según el estado de resultados al 31 de mayo de 2017, no existen ingresos operacionales de enero a mayo de 2017 de Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. Por el contrario, se originó una pérdida de S/82,227.00 Soles por los costos fijos que se generan.
163. Servicios Generales WAYQE E.I.R.L., como parte consorciada obtuvo un perjuicio económico de S/399,172.57 (S/287,248.50, por la ejecución de la garantía y S/111,924.07, por la factura 001-000160 pendiente de cobro).
164. Como consecuencia del perjuicio económico se ha determinado el siguiente impacto financiero para Servicios Generales WAYQE E.I.R.L.: (i) No haber podido cumplir con la cuenta por pagar a Comercializadora San Juan, por la suma de S/125,487.25; (ii) Que de acuerdo al estado de la situación financiera y estado de

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

resultados, al 31/05/2017, Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. ha tenido pérdida económica de S/82,227.00; (iii) De acuerdo al flujo de caja proyectado, la rentabilidad del perjuicio económico sería de S/115.554.88 Soles; (iv) El costo del capital retenido ha sido de S/70,526.25.

B. Posición de la Entidad

165. Para el informe contable sólo tomó como referencia los estados financieros de Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. y no los del consorcio demandante. No se consideró los estados financieros del otro consorciado.
166. Según el Perito, el perjuicio económico se da por dos conceptos de retención, el primero de ellos vinculado a la ejecución de la garantía y el segundo por el saldo pendiente de una factura. En relación a la retención de la factura pendiente por S/111,924.07 (Como consecuencia de una penalidad), el Consorcio indica que el monto retenido por tal concepto fue por S/93,169.92 y no el monto al que hace referencia el perito contable. Respecto de la garantía mencionada, ésta fue devuelta a la parte contratista mediante la Carta orden 007 de 2017 y las notas de abono donde constan las transferencias realizadas al Proveedor.
167. No hay medios probatorios que acrediten los estados financieros presentados por el Perito, entre ellos el documento en el que conste el préstamo realizado por Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. por la suma de S/125,487.25 y a favor de Comercializadora San Juan S.A.C.
168. No es claro a cuánto asciende la pretensión indemnizatoria del Consorcio San Juan, ya que en la demanda se refiere a la suma de S/792.967.95, monto que no concuerda con el resultado obtenido por el Perito contable.

C. Posición del Tribunal Arbitral

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

169. De manera preliminar, este Tribunal advierte que el fundamento de la pretensión indemnizatoria del Consorcio se resume en la pericia realizada por el perito contable judicial Darwin Flores Vargas.
170. Según ha establecido el Tribunal Arbitral en el presente laudo, la Entidad aplicó una penalidad al Contratista por retraso de 7 días en la segunda entrega, sin cumplir los procedimientos previstos en el Manual de Compras y en el Contrato para ese efecto. Por consiguiente, la Entidad vulneró una obligación contractual que le imponía el deber de aplicar el procedimiento previsto en el Contrato y en el Manual de Compras para la Imposición de penalidades.
171. Como consecuencia de la aplicación de la indicada penalidad, la Entidad retuvo al Contratista la suma de S/ 93,169.92, la misma que el Tribunal ha ordenado a la Entidad devolver, conforme se resuelve en la Tercera Pretensión Principal.
172. Corresponde ahora analizar los daños y perjuicios que el Contratista alega haber sufrido como consecuencia de este incumplimiento, con el fin de determinar si corresponde o no repararlos, y en qué cuantía.
173. Al respecto, el Tribunal tiene presente que conforme a lo dispuesto por el artículo 1321° del Código Civil, el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.
174. Conforme a este precepto, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del Contrato, y el daño sufrido. De otro lado, sólo son resarcibles

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

los daños directos e inmediatos. Teniendo en cuenta esas disposiciones, el Tribunal pasa a analizar cada uno de los daños que el Contratista alega haber sufrido.

Resultados Financieros y Económicos.-

175. El perito señala que Servicios Generales WAYQE E.I.R.L., de acuerdo a sus Estados Financieros al 31 de diciembre de 2016, ha obtenido un resultado favorable financiera y económicamente, pero no lo esperado de acuerdo a sus proyecciones empresariales.
176. Sin embargo, las proyecciones empresariales no guardan relación directa con el Contrato, y dependen de una gran cantidad de premisas y variables, muchas de ellas hipotéticas o estimativas, cuya exactitud y cumplimiento resultan totalmente ajenos al Contrato. En síntesis, no existe relación de causalidad entre el incumplimiento en el que incurrió la Entidad, de aplicar indebidamente una penalidad por el retraso de 7 días en la segunda entrega, y los resultados económicos y financieros que haya podido alcanzar Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. en el Ejercicio 2016, cualesquiera hayan sido éstos.

Perjuicio económico de S/ 287,248.50 por la indebida ejecución de la garantía.-

177. Según está probado, y aceptado por la parte demandante en las audiencias realizadas, el importe derivado de la ejecución de la garantía le fue reembolsado por la Entidad. Por consiguiente, en este extremo no hay daño que indemnizar.

Perjuicio como consecuencia de la falta de pago de la Factura N° 001-000160 por S/ 111,924.07.-

Tribunal Arbitral

Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)

Mario Castillo Freyre (Árbitro)

Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

178. En este caso, el monto retenido de la indicada factura ascendió a S/ 93,169.92, que es el importe de la penalidad impuesta por la Entidad. El Tribunal Arbitral, al resolver la Tercera Pretensión Principal, ha ordenado a la Entidad restituir el monto indebidamente cobrado de la garantía. Por consiguiente, este daño será compensado con el cumplimiento de lo resuelto en la Tercera Pretensión Principal.

Daño de S/ 125,487.25 aportados por Comercializadora San Juan SAC como capital de trabajo.-

179. Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. y Comercializadora San Juan SAC integran el Consorcio San Juan, demandante en este proceso. Los acuerdos internos que puedan existir entre los miembros de dicho Consorcio como, por ejemplo, la eventual obligación de uno de sus miembros, de reembolsarle al otro el capital de trabajo que pueda haber aportado para la ejecución del Contrato, es una cuestión que únicamente concierne a los miembros del Consorcio, y no resulta oponible a la Entidad. No existe relación de causalidad alguna entre el incumplimiento de la Entidad, y el presunto daño alegado por un miembro del Consorcio, de no haber podido pagar a su socio la suma de S/ 125,487.25.

Al 31 de mayo de 2017, Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. arrojaba una pérdida económica de S/ 82,227.00.-

180. Las pérdidas o ganancias de una empresa, responden al conjunto de sus operaciones, y no pueden ser atribuidas a un solo incumplimiento contractual, como ocurre en el presente caso. Dichas pérdidas pueden obedecer a una multiplicidad de factores que —por consiguiente— no guardan directa relación con el Contrato que el Consorcio celebró con la Entidad, y específicamente, con el incumplimiento que ha sido materia de este proceso. En suma, no existe relación de causalidad entre el incumplimiento de la Entidad, y la alegada pérdida

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

económica que habría sufrido Servicios Generales WAYQE E.I.R.L. al 31 de mayo de 2017.

De acuerdo al flujo de caja proyectado, la rentabilidad del perjuicio económico ascendería a S/ 115,554.88.-

181. En este caso, tampoco existe relación de causalidad entre el incumplimiento de la Entidad, y el presunto perjuicio económico derivado del flujo de caja proyectado. Inclusive, al tratarse de un flujo de caja proyectado, y no real, es preciso reconocer que la proyección se sustenta en una serie de premisas, muchas de las cuales no guardan relación directa con el Contrato, y menos con la aplicación indebida de la penalidad por el retraso en la segunda entrega.

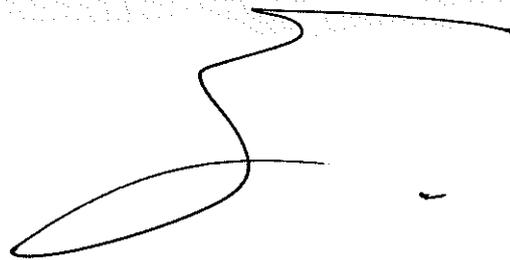
Lucro cesante por la suma de S/ 237,411.32.-

182. Si bien el lucro cesante es un concepto indemnizable, siempre que sea consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación o de su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, en el presente caso, el Consorcio busca que como consecuencia del incumplimiento en el cual incurrió la Entidad, se le compense el lucro cesante de su negocio. Sin embargo, con la restitución del importe de la penalidad indebidamente cobrada por la Entidad, no existiría ninguna suma de dinero dejada de percibir por el Contratista durante la ejecución del Contrato, y por consiguiente, no habría propiamente un lucro cesante que indemnizar. En cualquier caso, el lucro cesante que el Contratista pretende que le sea pagado, es el de su negocio, que no guarda relación directa con el incumplimiento en el cual incurrió la Entidad al cobrar indebidamente una penalidad.

Daño a la imagen, calculado en S/ 116,172.57.-

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

183. En el caso de personas jurídicas, a diferencia de las personas naturales, el daño reputacional debe sustentarse en hechos concretos. En primer lugar, la persona jurídica debe probar que tiene la reputación que alega. En segundo lugar, debe acreditar que esa reputación resultó directamente dañada como consecuencia del incumplimiento contractual de su contraparte. Y finalmente, debe probar que como consecuencia de ese daño reputacional, se redujeron sus ingresos durante cierto periodo, siendo indispensable en este caso, demostrar la relación de causalidad directa entre las menores ventas y el daño reputacional. En el presente caso, los miembros del Consorcio San Juan no han aportado prueba alguna que demuestre que tienen una reputación en el mercado, y tampoco han demostrado que el cobro de la penalidad por el retraso de 7 días en la segunda entrega haya afectado esa presunta reputación que alegan tener. Finalmente, tampoco han demostrado que el daño reputacional que alegan haber sufrido haya impactado directamente sobre sus ingresos. Por consiguiente, no habiendo prueba alguna de este daño, su reclamo es infundado.
184. Sin perjuicio de lo indicado, el Tribunal tiene presente que las deudas en dinero generan costos financieros, y éstos se indemnizan mediante el pago de intereses. En efecto, los intereses moratorios tienen por objeto indemnizar la demora en el pago. Y cuando esos intereses no han sido pactados, corresponde aplicar la tasa del interés legal.
185. A la luz de lo indicado, el Tribunal considera procedente ordenar por concepto de indemnización, que la Entidad pague intereses moratorios calculados sobre el importe de la penalidad aplicada al Contratista, los mismos que deberán computarse desde la fecha en que dicha penalidad fue cobrada por la Entidad, hasta la fecha en que se produzca la devolución efectiva del mencionado importe. Dichos intereses se calcularán con arreglo a la tasa del interés legal.



Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

186. **PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:** *Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de la modificación del cronograma de la segunda entrega, en la Adenda N° 07, así como de todo acto que se derive o haya dado origen a dicha modificación contractual, dejándose sin efecto la misma en ese extremo; por contravenir la regulación normativa contenida en el Manual de Compras del Programa QALI WARMA, Bases Integradas y el Contrato suscrito por las partes.*

A. Posición de la Entidad

187. La Unidad Territorial gestionó la suscripción de la Adenda 007, sin contar con el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Gestión de Transferencias de Recursos respecto a la solicitud de inaplicación de la penalidad presentada por el proveedor Consorcio San Juan, por lo que se redujo la prestación del servicio alimentario sin estar debidamente justificado.
188. La suscripción de la Adenda 007 se efectuó cuando ya había concluido el segundo periodo de atención; es decir, los plazos establecidos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales fueron modificados con posterioridad a la prestación del servicio alimentario, lo cual constituye un vicio de nulidad y/o ineficacia.
189. La Unidad Territorial no siguió el procedimiento propuesto en el Manual de Compras, lo que constituye un requisito indispensable, y suscribió la séptima Adenda al contrato N° 012-2016-CCLORETO6/PRODUCTOS, que modificó el cronograma de entrega.

B. Posición del Consorcio

Tribunal Arbitral

Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)

Mario Castillo Freyre (Árbitro)

Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

190. A partir del contenido del informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLRT, expedido por el Jefe de la Unidad Territorial, se suscribe la Adenda N° 007-2016, en la que se modifica el cronograma de atención de la 2ª entrega, para hacerse efectiva del 11 de abril al 2 de mayo.
191. La conducta de QALI WARMA cumple con todos los presupuestos establecidos para la aplicación de la regla de derecho "Teoría de los actos propios".
192. La Adenda N° 007 fue expedida dentro de los cánones de Derecho, a partir de la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo de entrega por fuerza mayor, la misma que fue cumplida integralmente por el Consorcio; y su desconocimiento implicaría la afectación del Derecho a la seguridad jurídica, implicando un desconcierto en el modo en que la Administración Pública ejecuta sus acciones.
193. Al haberse suscrito la adenda, que tiene carácter jurídico vinculante, no es posible desconocer los nuevos plazos otorgados.
194. Si dentro del procedimiento administrativo se advierte errores e irregularidades, éstas no pueden ser trasladadas al Consorcio, en tanto su accionar se encuentra amparado por el principio de buena fe contractual, de modo que una vez suscrita la Adenda N° 007 y desplegados todos sus efectos legítimos, la Administración Pública no puede desconocerlos.
195. La prestación establecida en la Adenda N° 007 fue cumplida integralmente por el Consorcio, no habiéndose solicitado nulidad durante el periodo de ejecución, de tal manera que pretender su ineficacia en esta vía procedimental resulta un despropósito, en tanto que lo contrario significaría retroceder los efectos jurídicos hasta antes de la emisión de la Adenda N° 007, lo cual claramente deviene en un imposible jurídico.

Tribunal Arbitral

Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)

Mario Castillo Freyre (Árbitro)

Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

196. Los actos administrativos emitidos al interior de la entidad no fueron notificados al Consorcio ni vincularon su actuación dentro del procedimiento a fin de expedirse la Adenda en cuestión.
197. El Jefe de la Unidad Territorial sí era competente para enviar la notificación al Consorcio respecto de la aprobación la procedencia de fuerza mayor y caso fortuito.

C. Posición de Tribunal

198. De los antecedentes, se tiene que mediante Carta N° 034-21-04-2016-CSJ, el Consorcio solicitó al Comité la ampliación del plazo de entrega por fuerza mayor, correspondiente a la segunda entrega para el ítem Urarinas, por cuanto su equipo de reparto para el indicado ítem había sufrido enfermedades tropicales que no le permitían el normal desarrollo de sus actividades. El Jefe de la Unidad Territorial emitió, con respecto a este pedido, su Informe N° 196-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, en el cual decidió declarar procedente la solicitud de fuerza mayor presentada por el Consorcio y, por consiguiente, dispuso que se apruebe el nuevo cálculo de volúmenes anuales, y que se modifique el monto contractual respecto de las II.EE. del ítem Urarinas que se vieron afectadas por el hecho de la fuerza mayor, debiendo exceptuarse de penalidad al proveedor.
199. Así mismo, el propio Jefe de la Unidad Territorial de Loreto cursó al Contratista la Carta N° 278-2016-MIDIS/ PNAEQW/UTLRT, de fecha 10 de junio de 2016, entregada a su destinatario el 16 del mismo mes y año, mediante el cual le comunicó que su solicitud de fuerza mayor había sido aprobada. Igualmente, haciendo alusión a determinadas atribuciones que le confiere el Manual de Compras, recomendó suscribir la Adenda correspondiente, efectuando la

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

reducción de días de atención, volúmenes contratados y el monto contractual, así como implementar dicha Adenda conforme lo dispone el inciso j) del artículo 16° del Manual de Compras.

200. Al Amparo de esta decisión de la Unidad Territorial, el Comité de Compra Loreto 3, y el Consorcio suscribieron la Adenda N° 007 al Contrato N° 006-2016-7-Loreto 3/ Productos, de fecha 22 de junio de 2016, en la cual acordaron modificar el cronograma de atención del Contrato, modificar la forma de pago y modificar el monto del Contrato, con el fin de adecuar el Contrato a esta nueva situación.
201. Conforme lo expuesto, el Tribunal Arbitral infiere que la pretensión de la Entidad persigue fundamentalmente que el Tribunal declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de la Adenda N° 7, toda vez que es a través de ella que se modificó el Contrato, con base en la aprobación de la causal de fuerza mayor realizada por la Unidad Territorial.
202. Conforme ha establecido el Tribunal Arbitral en este laudo (ver Fundamentos 81 a 93 supra), la decisión adoptada por la Unidad Territorial de aprobar la solicitud de fuerza mayor del Contratista, comunicada al Contratista mediante Carta N° 276-2016-MIDIS/PNAEQW/UTLRT, carece de validez, toda vez que según el Manual de Compras y el Contrato, la Unidad Territorial de Loreto carece de competencia para adoptar decisiones relacionadas a este tipo de solicitudes. Por el contrario, dicha Unidad únicamente debía emitir una opinión, y elevar esa opinión a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas, con la finalidad de que sea esta última la que adopte la decisión final. Por consiguiente, aun cuando la Adenda fue celebrada por el Consorcio con su contraparte, el Comité de Compra Loreto 3, dicho Comité carecía de la atribución necesaria para acordar con el Consorcio la modificación del Contrato, toda vez que la recomendación para realizar dicha modificación, se originó en la Unidad Territorial, y en base a una decisión adoptada por dicha Unidad, que carece totalmente de validez.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

203. Al respecto, el artículo 16° del Manual de Compra, relativo a las funciones del Comité de Compras, establece en su inciso j) que es función del indicado Comité de Compra “implementar las acciones y opiniones técnicas que disponga el PNAEQW, en el marco del Convenio de Cooperación y del Modelo de Co- Gestión suscrito entre el PNAEQWE y el Comité de Compras. En el presente caso, el Comité de Compra implementó acciones dispuestas por la Unidad Territorial de Loreto, que carecía de competencia para formular tales recomendaciones y menos para aprobar, con carácter vinculante, una ampliación de plazo para la segunda entrega de alimentos, por la causal de fuerza mayor.
204. En el presente caso, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 161° del Código Civil, que señala que *el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros*. Conforme a este precepto, la Adenda celebrada es ineficaz para la Entidad, toda vez que fue celebrada por el señor Juan Eli Reyes Luján, en representación del Comité de Compras Loreto 3, excediendo las facultades que dicho Comité tenía, y violando los procedimientos establecidos en el Manual de Compras y el Contrato.
205. En conclusión, del mismo modo como la primera pretensión fue declarada fundada porque la carta que declaró improcedente la fuerza mayor no siguió el procedimiento conocido por las partes, corresponde declarar FUNDADA la pretensión reconventional porque la carta N° 276-2016-MIDIS/PNAE QW/UTLRT, que ordenó la firma de la adenda, no siguió el procedimiento establecido por las partes y, en consecuencia, no se siguió el procedimiento para firmar la adenda 07 y, por consiguiente, el cronograma de entrega de productos nunca quedó válidamente modificado.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

206. **SÉPTIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:** *Se reembolse a favor de CONSORCIO SAN JUAN los gastos incurridos en el proceso arbitral, incluyendo los honorarios arbitrales y gastos administrativos, así como los gastos de defensa técnica y legal que el Consorcio ha contratado para el presente arbitraje.*
207. Los artículos 70° y 73° de la Ley de Arbitraje establecen 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 esos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
208. Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
209. El contrato suscrito por las partes no cuenta con ningún acuerdo acerca de quién asumirá los costos arbitrales en caso de controversia. Sin embargo, considerando el resultado o sentido de este laudo, los Árbitros determinan que las costas y costos del presente proceso sean asumidos en partes iguales por ambas partes; en consecuencia, cada parte deberá asumir el cincuenta por ciento (50%) de los gastos arbitrales.
210. Asimismo, el Tribunal decide que cada parte asumirá los gastos de defensa técnica y legal en los cuales haya incurrido.

*Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)*

DECISIÓN

Por las consideraciones que preceden y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda, en razón de que no resulta posible que el Tribunal Arbitral deje sin efecto una carta que antes de iniciarse el proceso arbitral ya no surtía efectos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda; y, en consecuencia, inaplicable la penalidad por retraso de 7 días en la segunda entrega del ítem Urarinas.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, se ordena a la Entidad reembolsar al Consorcio demandante el monto de S/ 93,169.92.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión del Consorcio de la demanda.

SEXTO: Declarar **PARCIALMENTE FUNDADA** la Sexta Pretensión del Consorcio de la demanda; y, en consecuencia, se ordena a la Entidad que pague al Consorcio demandante por concepto de mora, intereses legales calculados sobre el monto de la penalidad aplicada, computados desde la fecha en que la penalidad fue cobrada hasta la fecha en que ésta sea reembolsada al Consorcio demandante.

Tribunal Arbitral
Enrique Ferrando Gamarra (Presidente)
Mario Castillo Freyre (Árbitro)
Fabiola Paulet Monteagudo (Árbitro)

SÉTIMO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la Reconvención de la demandada; y, en consecuencia, ineficaz para la Entidad la Adenda N° 007 al Contrato.

OCTAVO: Disponer que cada parte asuma el 50% de los gastos arbitrales y el 100% de los costos de su propia defensa.



ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
Presidente del Tribunal Arbitral



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Árbitro



MARIO CASTILLO FREYRE
Árbitro