

Jesús María, 02 de Agosto del 2019

CEDULA DE NOTIFICACION N° D002673-2019-OSCE-SPAR

Expediente N° : S-159-2016/SNA-OSCE
Demandante : Consorcio Roaga – Pacífico
**Demandado : Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma –
Unidad Ejecutora N° 007**

Destinatario : Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

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

Por medio de la presente, de conformidad con lo establecido en el artículo 60° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, cumplimos con remitirle adjunto un (01) ejemplar original del Laudo Arbitral (Resolución N° 08 de fecha 31 de julio de 2019), emitida por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Daniel Triveño Daza (Presidente), Juan Carlos Pinto Escobedo y Víctor Huayama Castillo, y presentado ante la Dirección de Arbitraje, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.

Lo que notificamos a Ud. conforme a Ley.


Omar García Chávez
Secretario Arbitral
Dirección de Arbitraje

Adj.:

- Un (01) ejemplar original del Laudo Arbitral (Resolución N° 08 de fecha 31 de julio de 2019) emitida por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Daniel Triveño Daza (Presidente), Juan Carlos Pinto Escobedo y Víctor Huayama Castillo; suscritas en cada una de sus páginas con un total de treinta y nueve (39) folios.

DAR/OGC

Proceso Arbitral: Consorcio Roaga – Pacífico con Qali Warma
Expediente: S-159-2016/SNA-OSCE
Contrato: N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Roaga-Pacífico con el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, dictan los árbitros: Daniel Triveño Daza (presidente) Juan Carlos Pinto Escobedo, y Víctor Manuel Huayama Castillo (árbitros)

Número de Expediente: S159-2016-SNA/OSCE

Demandante: Consorcio Roaga - Pacífico (en lo sucesivo el Contratista o el demandante).

Demandado: Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora N° 007 del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (en lo sucesivo la Entidad, la demandada).

Contrato: Contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW, para la "Adquisición de Utensilios de cocina para el componente alimentario Ítem 6: Ollas de aluminio 30 lts. Para las zonales Ayacucho, Cajamarca, Huánuco, Tacna y Ucayali"

Monto del Contrato: S/ 1'357,540.80

Cuantía de la Controversia: S/ 339,385.20

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW.

Tribunal Arbitral: Daniel Triveño Daza (presidente) Juan Carlos Pinto Escobedo, y Víctor Manuel Huayama Castillo (árbitros)

Secretaría Arbitral: Sistema Nacional del Arbitraje.

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 23,866.53

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 7,025.84

Fecha de emisión del laudo: 31 de julio de 2019

N° de Folios: 39

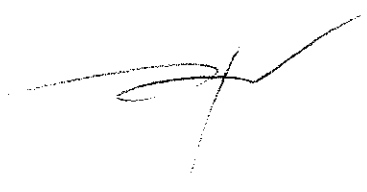

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
 Resolución del contrato.
 Ampliación del plazo contractual.
 Defectos o vicios ocultos.
 Formulación, aprobación o valorización de metrados.

Recepción y conformidad.
 Liquidación y pago.
 Mayores gastos generales.
 Indemnización por daños y perjuicios.
 Enriquecimiento sin causa.
 Adicionales y reducciones.

Proceso Arbitral: Consorcio Roaga – Pacífico con Qali Warma
Expediente: S-159-2016/SNA-OSCE
Contrato: N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW

- Adelantos.
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Otros: Pago



Resolución N° 8.-

En Lima el trigésimo primer día del mes de julio de 2019 realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos de las partes, el Tribunal Arbitral dicta el presente laudo de derecho:

I. ANTECEDENTES

1.1 El 12 de julio de 2013, las partes celebraron el contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW para la adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario.

1.2 La cláusula décimo séptima solución de controversias estableció lo siguiente:

"(...)

En caso no haya acuerdo para la conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO.

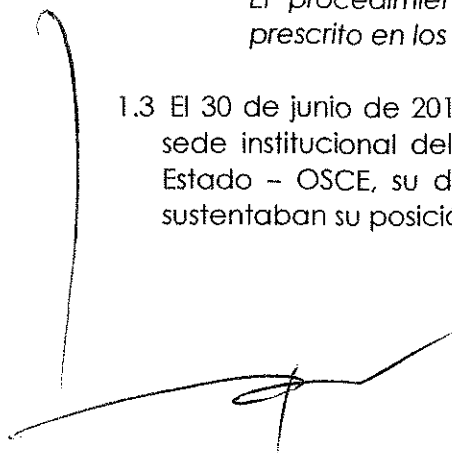
El arbitraje será institucional y su organización y administración estará a cargo de los órganos del Sistema Nacional del Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación la misma será efectuada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del REGLAMENTO o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

El procedimiento de conciliación y arbitraje se ceñirán a lo prescrito en los artículos 214° al 234° del REGLAMENTO".

1.3 El 30 de junio de 2016 el Consorcio Roaga – Pacífico presentó ante la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, su demanda, ofreciendo los medios probatorios que sustentaban su posición. Las pretensiones de la demanda fueron:



Primera pretensión principal:

Que se reconozca que se cumplió con la ejecución del contrato y, por ende, se proceda a otorgar la conformidad y se ordene el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato, más los intereses correspondientes.

Primera pretensión alternativa a la primera pretensión principal:

Que, en caso no se ampare nuestra primera pretensión, se reconozca que cualquier retraso en la ejecución del contrato fue producido por causas imputables a la Entidad.

Segunda pretensión alternativa a la primera pretensión principal:

Que, en caso no se ampare nuestra primera pretensión, se ordene a la Entidad detalle de manera clara y expresa en qué consistiría el supuesto incumplimiento por parte de la Entidad y se adjunte un cuadro con las cantidades de bienes a entregar correctas y sin errores de data.

Segunda pretensión principal:

Que se reconozca que el plazo de ejecución del contrato no había vencido como se señaló mediante Carta N° 50-2016-MIDIS/PNAEQW-UD.

Tercera pretensión principal:

Que se devuelva la carta fianza correspondiente por la garantía de fiel cumplimiento que se encuentra en poder de la Entidad.

Cuarta pretensión principal:

Que se condene al demandado al pago de costos y costas".

1.4 Ante ello, y dentro de los plazos establecidos en el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a través de escrito de fecha 10 de agosto de 2016, se apersonó al proceso, contestó la demanda e interpuso reconvención en los siguientes términos:

"PRIMERA PRETENSIÓN OBJETIVA ORIGINARIA PRINCIPAL

Que, el Consorcio Roaga – Pacífico entregue a la Entidad los productos que corresponden al ÍTEM N° 06 -Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW adquisición de utensilios de cocina para componente alimentario, que han sido debidamente canceladas,

sin embargo no se han distribuido en las Instituciones Educativas beneficiarias.

SEGUNDA PRETENSION OBJETIVA ORIGINARIA PRINCIPAL:

Que se ordene al Consorcio Roaga – Pacífico asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en este proceso arbitral"

1.5 El martes 19 de setiembre de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se reunieron el Tribunal Arbitral conformado por el abogado Daniel Triveño Daza en su calidad de presidente del Tribunal, así como los abogados Juan Carlos Pinto Escobedo y Víctor Manuel Huayama Castillo en su calidad de árbitros, así como los representantes el Consorcio, la Srta. Cintya Giuliana Saavedra Alvarado y el Sr. Justo Alfredo Albuja Whu, en representación de la Entidad y conjuntamente con el secretario arbitral Omar García Chávez, con la finalidad de llevar a cabo la Audiencia de Instalación. En ese mismo acto el Tribunal Arbitral ratificó su aceptación al cargo señalando que no poseen ninguna incompatibilidad para ejercerlo, ni tienen compromiso alguno con las partes, sus representantes, abogados ni asesores; obligándose a desempeñar su función con total independencia, imparcialidad y probidad. Asimismo, las partes asistentes declararon su conformidad con la designación de los miembros del Tribunal Arbitral, manifestando que al momento de realizarse la audiencia no tenían conocimiento de causal o motivo alguno que pudiera motivar una recusación.

1.6 En la mencionada Audiencia de suscribió un acta a la que, en lo sucesivo, nos referiremos como "Acta de Instalación" donde el Tribunal Arbitral fijó las reglas del proceso.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO:

2.1 Mediante Resolución N° 1, del 8 de febrero de 2018, se dejó constancia que las partes habían cumplido con acreditar el pago de los honorarios arbitrales en la parte que les correspondía. Asimismo, se citó a las partes a la Audiencia de determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

2.2 El día 28 de febrero de 2018 en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se reunieron el Tribunal Arbitral, el secretario arbitral y los representantes de las partes a fin de fijar los puntos controvertidos del proceso, así como realizar el saneamiento probatorio. Los puntos controvertidos fueron los siguientes:

Puntos controvertidos de la demanda presentada con fecha 26 de mayo de 2018 subsanada con escrito presentado con fecha 30 de junio de 2016:

- i. Determinar si corresponde o no reconocer que se cumplió con la ejecución del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW y, por ende, se proceda a otorgar la conformidad y se ordene el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato, más los intereses legales correspondientes.

A) Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión: Determinar si corresponde o no reconocer que cualquier retraso en la ejecución del contrato fue producido por causas imputables a la Entidad.

B) Segunda Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que detalle de manera clara y expresa, en qué consistiría el supuesto incumplimiento por parte de la Entidad y se adjunte un cuadro con las cantidades de bienes a entregar correctos y sin errores de data.

- ii. Determinar si corresponde o no reconocer que el plazo de ejecución del contrato no había vencido como se señaló mediante Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEQW-UD.
- iii. Determinar si corresponde o no devolver la carta fianza correspondiente por garantía de fiel cumplimiento que se encuentra en poder de la Entidad.
- iv. Determinar si corresponde o no condenar a la Entidad al pago de costos y costas

Puntos controvertidos de la reconvencción presentada con fecha 10 de agosto de 2016, subsanada mediante escrito presentado con fecha 24 de agosto de 2016:

- v. Determinar si corresponde o no que el Contratista entregue a la Entidad los productos que corresponden al ITEM N°06 – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW adquisición de utensilios de cocina para componente alimentario, que han sido debidamente canceladas, sin embargo, no se han distribuido en las instituciones educativas beneficiarias.
- vi. Determinar si corresponde o no se ordene al contratista asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la Entidad para su mejor defensa en este proceso arbitral.

- 2.3 Mediante Resolución N° 2 del 18 de abril de 2018, se dio cuenta de los escritos de la Entidad en el presentó medios probatorios adicionales y del Contratista en el cual presentó medios probatorios adicionales y amplió su demanda, corriéndose los traslados respectivos para que las partes hagan uso de su derecho defensa.
- 2.4 Con Resolución N° 3 del 18 de julio de 2018, se tuvo por absueltos los traslados respectivos por ambas partes y se admitió la ampliación de pretensiones del Consorcio y se corrió traslado del mismo a la Entidad, así como se corrió traslado de las tachas planteadas y se otorgó al contratista un plazo para que cumpla con cuantificar su quinta y sexta pretensión ampliada.
- 2.5 Mediante Resolución N° 4 del 1 de octubre de 2018, se establecieron los puntos controvertidos finales e atención a la ampliación de demanda del Consorcio, se admitieron los medios probatorios, se citó a las partes a la audiencia de declaración testimonial y se declararon infundadas las tachas planteadas por las partes a los medios probatorios.
- 2.6 El 20 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de pruebas y en dicha audiencia el Tribunal Arbitral declaró cerrada la etapa probatoria otorgando el plazo de 5 días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos.
- 2.7 El 18 de diciembre de 2018, se llevó a cabo al Audiencia de Informes Orales con la presencia del Tribunal arbitral y los representantes de las partes. En dicho acto se emitió la Resolución N° 5 en el que se dejó constancia que las partes cumplieron con presentar sus escritos de alegatos dentro del plazo establecido. Acto seguido se otorgó el uso de la palabra a los representantes del Contratista y luego por el mismo plazo a la Entidad. El tribunal brindó el plazo necesario para la réplica y dúplica y realizó las preguntas respectivas que fueron absueltas por las partes.
- 2.8 Con Resolución N° 6 se puso a conocimiento del Contratista la reliquidación de gastos arbitrales a fin de que cumpla con acreditar el pago de los honorarios arbitrales del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral.
- 2.9 Mediante Resolución N° 7, se dejó constancia que el Contratista cumplió con acreditar el pago de la reliquidación de honorarios y se procedió a fijar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente en que las partes sean notificadas con la referida resolución y además se precisó que el plazo se prorrogará automáticamente por quince (15) días hábiles adicionales que se computarán desde la fecha de vencimiento del primer plazo.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO:

3.1 mediante Resolución N° 4 se precisó a las partes el contenido final de los puntos controvertidos, los cuales quedaron de la siguiente manera:

Puntos controvertidos del Contratista:

1. Determinar si corresponde o no reconocer que se cumplió con la ejecución del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW y, por ende, se proceda a otorgar la conformidad y se ordene el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato, más los intereses legales correspondientes.

Primera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión: Determinar si corresponde o no reconocer que cualquier retraso en la ejecución del contrato fue producido por causas imputables a la Entidad.

Segunda Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que detalle de manera clara y expresa, en qué consistiría el supuesto incumplimiento por parte de la Entidad y se adjunte un cuadro con las cantidades de bienes a entregar correctos y sin errores de data.

2. Determinar si corresponde o no reconocer que el plazo de ejecución del contrato no había vencido como se señaló mediante Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEQW-UD.
3. Determinar si corresponde o no devolver la carta fianza correspondiente por garantía de fiel cumplimiento que se encuentra en poder de la Entidad.
4. Determinar si corresponde o no condenar a la Entidad al pago de costos y costas.
5. Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia del plazo de ejecución de la prestación principal contemplado en el Contrato y la Adenda N° 1, puesto que al momento de la suscripción del contrato y posteriormente la Adenda 01, la Entidad seguía sin contar con los almacenes suficientes para recepcionar la cantidad de bienes contratada, lo que generó que posteriormente la Entidad contratara a través de la Adenda N° 2, prestaciones adicionales que implicaban el transporte y distribución de los bienes a las instituciones educativas sino también el almacenaje y custodia de los bienes que la Entidad demandada inicialmente no había previsto.

6. En caso se ampare lo solicitado en el punto controvertido precedente, determinar si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidad por mora respecto de la prestación principal realizada, realizada por la Entidad demandada a través de la Carta Notarial N° 025-2014-PNAEQW/UA como consecuencia de declarar la ineficacia de los plazos del Contrato y la Adenda N° 1.

Puntos controvertidos de la reconvención de la Entidad:

7. Determinar si corresponde o no que el Contratista entregue a la Entidad los productos que corresponden al ITEM N°06 – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW adquisición de utensilios de cocina para componente alimentario, que han sido debidamente canceladas, sin embargo, no se han distribuido en las instituciones educativas beneficiarias.
8. Determinar si corresponde o no se ordene al contratista asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la Entidad para su mejor defensa en este proceso arbitral.

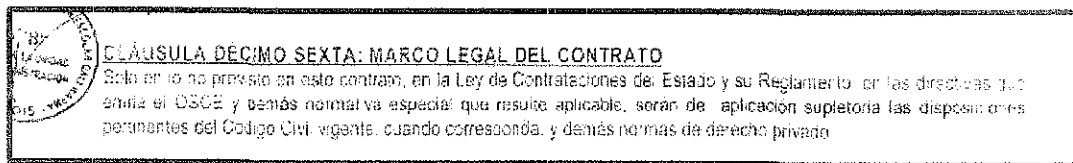
IV. DECLARACIONES PRELIMINARES:

4.1 Antes de analizar la materia controvertida corresponde remarcar lo siguiente:

- ✓ El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- ✓ El contratista interpuso su demanda dentro del plazo establecido ofreciendo las pruebas correspondientes.
- ✓ La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda habiéndola contestado e interpuesto su reconvención oportunamente.
- ✓ Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus medios probatorios, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Informes Orales.
- ✓ Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aún cuando no se haga mención expresa de ellas en este laudo.
- ✓ El presente laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en las reglas del proceso.

V. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

5.1 En primer lugar, a efectos de que este Colegiado pueda pronunciarse sobre los puntos controvertidos, es necesario determinar el marco legal sobre el que se deberán resolver las controversias. Así el Contrato establece en cláusula décimo sexta lo siguiente:



5.2 Asimismo, el Acta de Instalación del 19 de setiembre de 2017, en su regla N° 4 indicó que el presente procedimiento se regiría por lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificado por Ley N° 29873) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (Modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF), en adelante la Ley y el Reglamento, respectivamente.

5.3 Es decir que a finde resolver la controversia, este Colegiado deberá tener en cuenta en primer lugar, las estipulaciones del Contrato, luego la Ley y su Reglamento y de manera supletoria en lo no previsto las disposiciones del Código Civil y demás normas de derecho privado.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no reconocer que se cumplió con la ejecución del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW y, por ende, se proceda a otorgar la conformidad y se ordene el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato, más los intereses legales correspondientes.

5.4 Sobre esta pretensión, el Consorcio alegó que había cumplido con distribuir los bienes de acuerdo con lo indicado en la Adenda N° 2, informado a la entidad mediante la carta N° 075-2014-ROAGA de fecha 6 de julio de 2014 y ratificado con la carta notarial N° 079/2014-ROAGA del 13 de agosto de 2014. Indicó además que la Entidad se pronunció sobre sus comunicaciones más de un año después aduciendo que no se ha cumplido con la prestación.

5.5 Respecto a este punto, la Entidad alegó que conforme al artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos, sin embargo, el proveedor no acredita

fehacientemente haber cumplido con la cantidad de bienes que alega haber distribuido, y sobre todo no acredita que los jefes territoriales hayan otorgado la conformidad a tales entregas conforme se solicitó mediante la carta notarial 030-2014-PNAEQW/UA.

- 5.6 Manifiesta además la Entidad que debe haberse realizado la Entrega de las cantidades totales de los bienes por cada departamento y deben contar con la conformidad de cada Jefe de la Unidad Territorial; por lo que tal y como lo manifiesta el demandante al no realizarse la entrega del 100% de los bienes por cada departamento no corresponde dar conformidad. Además que respecto a esas actas entregadas al Jefe de la Unidad Territorial le corresponde verificar las características técnicas de los bienes entregados para otorgar la conformidad, por lo que resulta evidente que no procede ordenar el pago, al no cumplirse tales condiciones, ni disponer otorgar la conformidad en cuyo caso el Tribunal Arbitral tendría que realizar la verificación de tales características técnicas de los bienes entregados de ser el caso y verificar que se cumplan con todos los requisitos necesarios para otorgar la conformidad de acuerdo a lo pactado.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 5.7 Como se advierte de las posiciones de las partes, existe controversia respecto de la forma en cómo se ha cumplido con la obligación materia del contrato. Así pues, una de las partes alega haber cumplido los términos conforme al contrato y la otra manifiesta lo contrario. En atención a ello, este Colegiado considera pertinente analizar tanto las obligaciones que eran materia del contrato, su cumplimiento o no cumplimiento en el presente caso a la luz de los hechos a fin de llegar a determinar lo que efectivamente sucedió sustentado en las estipulaciones contractuales, la Ley y el Reglamento.

- 5.8 A fin de centrar el análisis se debe tener en cuenta que la presente controversia proviene del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW suscrito el 17 de octubre de 2013, el cual tenía como objeto la adquisición de bienes, en específico, utensilios de cocina para el componente alimentario, el monto del contrato era por S/ 1'357,540.80, posterior a ello se firmaron dos (02) adendas al contrato. En la segunda adenda se pactó una prestación adicional por el monto de S/ 339,385.20. Es respecto de esta segunda adenda que el Consorcio solicita que se le otorgue la conformidad y se ordene el pago más los intereses legales correspondientes.

- 5.9 La obligación contractual asumida en el contrato principal era la adquisición de bienes dentro de un plazo contractual de 45 días calendario, sin embargo, con la suscripción de la primera adenda, en

base a un pedido de ampliación de plazo del Contratista, se adicionó el plazo de 60 días al plazo inicial. Y con la segunda adenda se realizaron, además modificaciones al contrato principal a través de la cláusula quinta "Condiciones para la ejecución de las prestaciones adicionales", las cuales establecían lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA: CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES

A fin de ejecutar de manera eficiente las obligaciones principales y adicionales, las partes convienen en lo siguiente:

- **Culminación de la prestación principal:** La prestación principal, establecida en el Contrato N° 001-2013-MIDIS/PNAEQW, culminará cuando el contratista efectúe "conforme" la entrega de los utensilios en

las Unidades Territoriales. Siendo que de acuerdo a la cotización remitida, el almacén será provisto por EL CONTRATISTA, los bienes serán entregados en dichos almacenes.

Los jefes de Unidades Territoriales son las áreas usuarias finales responsables de verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las características técnicas de los utensilios entregados, de acuerdo a lo establecido en el contrato, bases integradas y oferta ganadora.

- **Pago de la prestación principal:** Respecto a la prestación principal, el pago se realizará en función a las entregas de las cantidades totales de bienes establecidas por cada departamento, después de emitida la conformidad por parte del jefe de la respectiva Unidad Territorial y previa verificación del cumplimiento de las demás condiciones establecidas en el contrato.

- **Inicio de la ejecución de la prestación adicional:** en el mismo acto de emitida la conformidad de la prestación principal por parte del Jefe de la Unidad Territorial, se iniciará la ejecución de la prestación adicional, para ello mediante acta de entrega-recepción con inventario físico, el Jefe de la Unidad Territorial entregará los bienes al contratista para su transporte final a cada una de las Instituciones Educativas beneficiarias.

- **Conformidad de la prestación adicional:** La conformidad de las entregas será emitida por los responsables de las Unidades Territoriales, para ello cada Jefe de Unidad Territorial verificará que los responsables de las Instituciones Educativas beneficiarias de su jurisdicción o la persona delegada por aquellos, han recibido la totalidad de las cantidades asignadas. No se exigirá que los responsables de las Instituciones Educativas beneficiarias o la persona delegada por aquellos emitan la conformidad de las características de los bienes, sino únicamente de las cantidades recibidas, toda vez que dicha revisión compete al responsable del área usuaria (Jefe de Unidad Territorial), de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 175° del RLCE.

- **Pago de la prestación adicional:** El pago se realizará en función a las entregas de las cantidades totales de los bienes por cada departamento, después de emitida la conformidad por parte del jefe de la respectiva Unidad Territorial y previa verificación del cumplimiento de la entrega de la totalidad de los bienes en todas las Instituciones Educativas de su jurisdicción.

OTRAS CONDICIONES

UNI. 32603242
Gerente General

- **Almacenamiento y Custodia temporal de los Bienes:** El contratista proveerá el almacén para los bienes, el cual no representa ningún costo adicional para la Entidad. Dado que el contratista será responsable del almacenamiento de los bienes en sus propios locales o en otros asignados por ellos, corresponde también que efectúen la custodia de los bienes hasta su distribución final en las Instituciones Educativas.

Los Contratistas son responsables por la integridad de los bienes en caso de pérdida, robo, siniestros, etc.

- **Plazo de ejecución de la prestación adicional:** El plazo de la prestación adicional se inicia en el mismo acto de emitida la conformidad de la prestación principal por el Jefe de la Unidad Territorial y culmina cuando la totalidad de los bienes han sido entregados "conforme" a las escuelas beneficiarias en las fechas señaladas en el cuadro adjunto.

Dicho plazo podrá ser modificado por cada Jefe de Unidad Territorial, en coordinación con la Unidad de Prestaciones, la Oficina de Administración y la Coordinación de Abastecimiento y Servicios Generales de tal manera que los centros educativos recibirán en un solo momento el paquete de kits asignado.

El plazo de ejecución de la prestación adicional es de 75 días calendario, contabilizado desde el acto de emitida la conformidad de la prestación principal por parte del Jefe de la Unidad Territorial.

- **Penalidades de la prestación adicional:** El contratista es responsable de la entrega de los bienes a las Instituciones Educativas dentro del plazo señalado en el contrato, ante la pérdida de los bienes el contratista está obligado a la entrega de otros de las mismas características y dentro del plazo señalado, la demora en la entrega traerá consigo la aplicación de las penalidades establecidas en el contrato principal.

5.10 Teniendo presente lo anterior, las prestaciones del contrato eran de dos tipos, la PRINCIPAL, y la ADICIONAL. La primera constituida por los bienes a entregar y la segunda en atención a la necesidad de almacenar y entregar los bienes en las instituciones educativas.

5.11 Así en la controversia, con la carta N° 075-2014-ROAGA¹ recibida por Qali Warma con fecha 7 de julio de 2014, el Consorcio manifestó a la demandada que ha cumplido con la prestación adicional de contrato, salvo que no se ha podido distribuir a diferentes II.EE por razones que se explican en los documentos adjuntos. Los documentos adjuntos indicaban cuadros de distribución, así como información de varias II.EE. que se encontraban en situación: "inactiva" o "dirección inexacta".

5.12 Posteriormente, en su carta N° 079/2014-ROAGA recibida por Qali Warma el 21 de agosto de 2014, el Consorcio manifestó que se venían incumpliendo los plazos del artículo 181 del Reglamento referido al plazo de los pagos.

¹ Medio probatorio presentado con la demanda y subsanado con su escrito del 30 de junio de 2016.

5.13 Respecto a estos hechos descritos, la Entidad alegó que el Consorcio no ha acreditado en base a la carga de la prueba que haya cumplido con entregar el total de los bienes, así como alegó la carta notarial 30-2014-PNAEQW/UA, mediante el cual la Entidad requirió al Contratista presentar las actas de conformidad del cumplimiento de las especificaciones técnicas de los bienes firmadas por los Jefes de las Unidades Territoriales así como las actas de recepción debidamente firmadas.

5.14 Al respecto, a fin de determinar los alcances del cumplimiento de obligaciones de las partes, es necesario precisar que nos encontramos ante un contrato de prestaciones recíprocas. Así al ejecutarse las prestaciones las partes pactaron una serie de condiciones que debían ser cumplidas por una para que la otra pueda cumplir la suya. Siendo este tipo de contratos la regla en los contratos de compra venta. Así, el contrato materia de arbitraje, es un contrato de prestaciones recíprocas, en el cual el acreedor y el deudor se encuentran vinculados por obligaciones que generan prestaciones interdependientes.

5.15 En tal sentido, de acuerdo con el contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW, y su adenda N° 2 existían ciertas condiciones a cumplirse: (i) El otorgamiento de la conformidad y (ii) El pago.

¿Qué sucedió en este caso?

En el presente caso, el procedimiento establecido debería haber seguido el siguiente esquema:

PRESTACIÓN PRINCIPAL:

Jefe de la Unidad Territorial verifica calidad, cantidad y cumplimiento.

Jefe de la Unidad Territorial otorga conformidad

Se procede al pago

PRESTACIÓN ADICIONAL:

El jefe de la Unidad Territorial entregará los bienes al contratista para transporte

Jefe de la Unidad Territorial otorga la conformidad

Se procede al pago

5.16 En adición a lo anterior, se tiene que el contrato principal regulaba el procedimiento para otorgar la conformidad de la prestación de la siguiente manera:

CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE RECEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN

LA ENTIDAD designa a la Unidad de Prestaciones del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma como área especializada, la facultad de Supervisor de la ejecución del Contrato en lo referente al cumplimiento de las especificaciones técnicas, conformidad que es necesaria para que EL CONTRATISTA realice los trámites para efectos de la cancelación de la prestación.

Cabe señalar que la responsabilidad de la supervisión vinculada a los aspectos administrativos recae en la Coordinación de Abastecimiento y Servicios Generales de la Unidad de Administración del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose a EL CONTRATISTA un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumple a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

5.17 Cabe precisar que la Cláusula décima no ha sido dejada sin efecto a través de las adendas, por lo que el contrato y las adendas deben interpretarse en su conjunto.

5.18 Así de lo regulado en la Adenda N° 2 se tiene que el responsable tanto de verificar la cantidad, calidad y cumplimiento de los bienes objeto del contrato era el Jefe de la Unidad Territorial, asimismo era también el Jefe de la Unidad Territorial el encargado de emitir la conformidad del servicio.

5.19 Sin embargo, la Entidad alega en su defensa que el Contratista no habría acreditado que los jefes de las unidades territoriales hayan otorgado su conformidad de acuerdo con la carta notarial 030-2014-PNAEQW/UA.

5.20 Sobre la carta notarial 030-2014-PNAEQW/UA del 18 de marzo de 2014, este Colegiado advierte que la Entidad manifestó que no ha recibido las Actas de conformidad del cumplimiento debidamente firmadas por los jefes de las unidades territoriales, lo cual indicó que era necesario para acreditar el cumplimiento de la prestación contractual. Al respecto, de la lectura de contrato no se advierte como obligación del Consorcio presentar a la Entidad las referidas actas, sino que el responsable de otorgar la conformidad de la prestación era el Jefe de la Unidad Territorial, quien incluso, podía haber realizado observaciones y otorgarse un plazo a fin de que el Contratista las subsane.

5.21 En atención a ello, en el presente caso, obra en autos la carta N° 075/2014-ROAGA² del 7 de julio de 2014, mediante la cual el Consorcio informó a la Entidad que había cumplido con la distribución de los bienes referidos a la Adenda N° 2, informando además sobre los inconvenientes que se habían tenido al momento de distribuirlos ya sea porque la dirección era inexacta o porque la institución educativa se encontraba inactiva. Dicha información se ve corroborada a través del medio probatorio N° 18 presentado por el Consorcio en su escrito del 01 de marzo de 2017, en el cual se evidencia en el programa periodístico "Sin medias Tintas" que el Jefe de Asesoría Jurídica de Qali Warma de ese entonces, manifestó que "había un 5% de situaciones en las cuales sí había algún problema" y si bien, en el proceso la Entidad precisó que dicho porcentaje correspondía a todos los contratos de utensilios de cocina, lo cierto es que no ha negado ni desvirtuado que haya habido inexactitudes con la información o direcciones que tuvo el Contratista para entregar los bienes.

5.22 Es decir, que al momento que el Contratista informó (mediante Carta N° 075/2014-ROAGA) que había culminado con la distribución, era el Jefe de la Unidad Territorial el responsable de otorgar la conformidad, o de lo contrario, conforme lo prevee el contrato, realizar las observaciones que consideraba pertinentes.

5.23 Sin embargo, la Entidad respondió a las diversas comunicaciones efectuadas por el Contratista³ manifestando en su Carta N° 50-2016-MIDIS/PNAEQW-UA del 9 de febrero de 2016, que no resultaba viable efectuar pago alguno por prestación no ejecutada. Por lo que adicionalmente a ello la Entidad no ha presentado medio probatorio que acredite que en su oportunidad el Jefe de la Unidad Territorial haya observado u otorgado algún plazo para que el Contratista subsane las observaciones. Pues si el Consorcio no entregó los bienes de manera completa, y alegó inexactitudes en las direcciones, si ello no fuera cierto, la Entidad tenía la posibilidad de haber realizado observaciones de acuerdo con lo regulado en el Contrato.

5.24 Es importante tener en cuenta que los contratos deben regirse bajo el principio de buena fe contractual, siendo que lo que el ordenamiento jurídico busca que cada parte cumpla con sus obligaciones a efectos que ambas puedan satisfacer sus necesidades de acuerdo con los términos contractuales. La doctrina al referirse al deber de cooperación menciona lo siguiente:

² Anexo 1-V del escrito de subsanación del 30 de junio de 2016.

³ Carta N° 81/2014-ROAGA del 24 de octubre de 2014, Carta N° 82/2014-ROAGA del 6 de noviembre de 2014, Carta N° 83/2014-ROAGA, 14 de noviembre de 2014.

"(...) De manera que, en todo contrato podemos individualizar:

- i. La obligación principal,
- ii. El deber de protección – fundado en la buena fe objetiva –, que se traduce en un comportamiento dirigido a no lesionar ni a la persona ni al patrimonio de la contraparte.

(...) Es dentro de este contexto que el comportamiento del acreedor debe estar dirigido a que el deudor cumpla con su obligación no entorpeciendo su actuar jurídicamente relevante; recibir, en su oportunidad el pago y una vez efectuado que el acreedor lo libere"⁴

5.25 En el presente caso, se advierte que la Entidad ha alegado que el Contratista no ha cumplido, en atención a la carga de la prueba en acreditar que haya presentado todos los bienes y que se tenga las conformidades de los Jefes de las Unidades Territoriales, además que el Tribunal Arbitral tendría que realizar la verificación de tales características técnicas de los bienes entregados de ser el caso y verificar que se cumplan con todos los requisitos necesarios para otorgar la conformidad de acuerdo a lo pactado.

5.26 Este Colegiado discrepa de la posición de la Entidad, pues **(i)** el Contratista ha presentado medios probatorios en los que manifiesta haber cumplido con la prestación de la adenda N° 2 **(ii)** la Entidad no ha presentado medios probatorios en los cuales se haya observado o desvirtuado lo manifestado por el Contratista **(iii)** Según el contrato era obligación de la Entidad (a través de sus Jefes de Unidad Territorial) pronunciarse ya sea dando conformidad o realizando observaciones según corresponda. **(iv)** La Entidad no ha negado ni desvirtuado que haya habido inexactitudes en las direcciones de las II.EE.

5.27 Es decir, que la Entidad debía cooperar o cumplir con la parte que le correspondía a fin de que el Contrato pueda seguir siendo ejecutado, por lo que al no haber proporcionado las direcciones exactas de las Instituciones Educativas (pues es responsabilidad del acreedor tener la información exacta de los lugares en donde requiere los bienes que contrata), ni haberse pronunciado oportunamente sobre los inconvenientes que el Contratista venía informando a través de varias comunicaciones, se entorpeció la ejecución del contrato que venía desplegando el contratista.

5.28 Además el Contratista a través de la carta notarial N° 079/2014-ROAGA de fecha 21 de agosto de 2014, informó a la Entidad que no había tenido respuesta luego de 37 días calendario sobre su carta N° 075/2014-ROAGA (la carta con la que informó haber terminado la entrega de bienes) precisando que se venía incumpliendo el artículo 181 del

⁴ Espinoza Espinoza, J. (2015). La Mora. *Themis revista de Derecho*, 239.

Reglamento referido a el plazo de otorgamiento de la conformidad de los bienes debería darse en un plazo máximo de diez (10) días calendario.

- 5.29 Respecto a este punto, es preciso remitirnos a análisis que realizó OSCE, justamente en lo referido a los plazos para otorgar la conformidad y la consecuencia que proviene de que la Entidad no se pronuncie sobre la conformidad. Sobre ello la Dirección Técnico Normativa del OSCE emitió la opinión N° 090-2014/DTN que menciona lo siguiente:

“¿Cuál es la correcta interpretación del artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al plazo de diez (10) días que tiene la entidad estatal para dar la conformidad a los servicios prestados por el contratista?” (sic).

Sobre el particular, corresponde señalar lo siguiente:

El primer párrafo del artículo 176 del Reglamento establece que “La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el primer párrafo del artículo 181 del Reglamento dispone que “La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.” (El subrayado es agregado).

De las disposiciones citadas, se desprende que el órgano de administración o aquel establecido en las Bases es el responsable de recibir los bienes y/o servicios, y de emitir la respectiva conformidad de la prestación al contratista en un plazo máximo de diez (10) días calendario desde que recibe los bienes y/o servicios.

Cabe precisar que la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que éste obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a su cargo en las condiciones pactadas, de tal manera que pueda tener derecho al pago respectivo

“¿Regula dicho artículo el plazo máximo con el que cuenta la entidad para dar conformidad a los servicios prestados por el contratista?” (sic).

Como se ha señalado al absolver la primera consulta, el plazo de diez (10) días calendario establecido en el artículo 181 del Reglamento, es el máximo con el que cuenta el órgano de administración o el establecido en las bases para dar la conformidad por la recepción de los bienes o servicios.

"¿En caso la entidad no se pronunciase respecto a la conformidad de los servicios prestados por el contratista dentro del plazo previsto, se entiende por aprobado dichos servicios?"(sic).

De conformidad con lo señalado en la absolución de la primera consulta, el plazo máximo para emitir la conformidad de la prestación de los bienes y/o servicios es de diez (10) días calendario, a partir de que estos son recibidos.

Asimismo, el artículo 42 de la Ley, precisa que los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. En el caso de ejecución o consultoría de obras, el mismo artículo precisa que el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que debe ser elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, debiendo la Entidad pronunciarse dentro del plazo máximo establecido, bajo responsabilidad del funcionario correspondiente; caso contrario, la liquidación presentada se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplir con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos.

Por su parte, debe agregarse, que si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley.

Adicionalmente, el primer párrafo del artículo 177 del Reglamento establece que "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. (...)" (El subrayado es agregado).

De la disposición citada, se desprende que el pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al contratista; es decir, el pago está sujeto a que la Entidad otorgue la referida conformidad.

En esa medida, el no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el artículo 176 del Reglamento, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales⁵.

5.30 En tal sentido, tal y como lo manifiesta el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, la finalidad que se regule un plazo máximo para otorgar la conformidad, es que el Contratista pueda contar con un pronunciamiento oportuno que le permita tener derecho al pago. Así si bien, la normativa, en el caso de bienes no ha previsto una aprobación automática, lo cierto es que el procedimiento establecido en la norma debe aplicarse, esto es que se debe tener pronunciamiento tanto de conformidad o de observaciones, a fin de que el Contratista tenga derecho a la contraprestación que le corresponde conforme al contrato y Ley.

5.31 Aunado a lo anterior, en atención al principio de buena fe contractual, el plazo para que la Entidad emita su pronunciamiento debe ser oportuno y no más de un año después, como se advierte de la Carta N° 50-2016-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 9 de febrero de 2016, en respuesta a comunicaciones del contratista del año 2014.

5.32 En atención a los fundamentos precedentes y a que la Entidad no ha acreditado que existan observaciones que deban ser subsanadas corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda vinculada al primer punto controvertido, en consecuencia, reconocer que se cumplió con la ejecución del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW y, por ende, la Entidad proceda a otorgar la conformidad y otorgar el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato.

⁵ El primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece que "En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora."

5.33 Respecto al pago de intereses, teniendo en cuenta que el presente contrato se regula por la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, se establece en el artículo 181 del reglamento lo siguiente:

Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.⁹⁷

5.34 Así las cosas, se determina que los intereses legales deberán ser contados desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

5.35 Sobre las pretensiones subordinadas a la primera pretensión principal, este Colegiado considera pertinente precisar que CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre las mismas debido a que se ha amparado la primera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no reconocer que el plazo de ejecución del contrato no había vencido como se señaló mediante Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEQW-UD

5.36 El Contratista sobre este punto alegó que la adenda N° 2 no expresa un plazo para el cumplimiento de la prestación adicional, además que la Entidad no manifestó cuando habría vencido dicho plazo. Alega además el Consorcio que incluso en el supuesto que se haya vencido el plazo de ejecución contractual esto no demuestra que no se habría cumplido con la prestación adicional.

5.37 Sobre este punto la Entidad manifestó que la adenda N° 2 sí establecía el plazo de ejecución de la prestación adicional y que el mismo era de 75 días contabilizado desde que se emite la conformidad de la prestación principal. Asimismo, alegó el Memorandum 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ, mediante el cual se estableció que conforme al artículo 143 y 149 del RLCE se concluyó que no habría posibilidad de modificar ni el contrato ni sus adendas, por ende, no se podría efectuar el pago correspondiente al no haberse cumplido con la totalidad de la prestación.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

5.38 A fin de emitir pronunciamiento sobre el segundo punto controvertido, corresponde que el Tribunal Arbitral analice la Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEW-UD, la cual establece lo siguiente:

Lima - 9 FEB. 2016

CARTA N° 50 - 2016-MIDIS/PNAEQW-UA

Señores:
CONSORCIO ROAGA-PACÍFICO: ROAGA CONSTRUCCIONES OBRAS Y SERVICIOS S.A.C. -
CORPORACIÓN INDUSTRIAS Y SERVICIOS DEL PACÍFICO S.A.C.
Av. Universitaria (cuadra 37) N° A Interior 7, Asociación San Juan de Dios
Distrito de Los Olivos
Lima

Asunto: Solicitud de Reconocimiento de Pago

Referencias: a) Carta N° 61-2014-ROAGA
b) Carta N° 62-2014-ROAGA
c) Carta N° 63-2014-ROAGA
d) Memorando N° 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ
e) Memorando N° 104-2016-MIDIS/PNAEQW-UA

De nuestra consideración

Por medio de la presente me dirijo a ustedes, a fin de dar respuesta a lo requerido en los documentos de referencia a) b) y c) relacionados con su solicitud de pago y solicitud de suscripción de la adenda N° 2 al contrato N° 031-2013-MIDIS-PNAEQW.

Al respecto, lo comunicamos que la Unidad de Asesoría Jurídica, ha emitido opinión legal en relación a dicho requerimiento, concluyendo que no resulta viable suscribir la adenda, en razón a que la modificación de la quinta cláusula de la adenda N° 2 del contrato N° 031-2013-MIDIS-PNAEQW solicitada sólo puede efectuarse durante la ejecución del contrato.

Así, señala que, de la lectura del artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF denominado modificación del contrato. Durante la ejecución del contrato (...), la Entidad puede evaluar y podrá modificar el contrato. (...) Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la celebración del contrato, es decir que el contrato sólo puede modificarse durante la ejecución del contrato.

En tal sentido, precisa que no es posible suscribir una adenda de modificación contractual, en merito a lo cual, y estando a lo expresamente establecido en la cláusula quinta de la adenda, no resulta viable efectuar pago alguno por prestación no ejecutada.

Sin perjuicio de lo expuesto, queda facultado para hacer valer su derecho en la vía correspondiente.

Sin otro particular, quedamos de usted.

5.39 De la lectura de la referida carta se advierte que la Entidad emitió pronunciamiento sustentada en la opinión legal de la Unidad de Asesoría Jurídica y concluye que no resulta viable efectuar pago alguno por prestación no ejecutada. De los antecedentes de la carta antes citada, se advierte, tal y como lo ha alegado la Entidad en su contestación de demanda, el Memorandum 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ.

5.40 Asimismo, de los actuados se advierte que la Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEW-UD es un pronunciamiento de la Entidad ante el requerimiento de pago que realizó el Consorcio, así como al pedido del Consorcio de suscribir una nueva adenda que modifique la cláusula quinta de la adenda N° 2.

5.41 En el Memorándum 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ, se estableció lo siguiente:

- 1.5 Mediante Carta N.° 81/2014-ROAGA, del 23 de octubre de 2014, el Consorcio Roaga - Pacífico, refiere su posición, consistente en haber concluido con entregar en su totalidad las 14,692 ollas de 30 litros, así como en algunas instituciones en las cuales las datas estaban erradas, por lo que se solicitó se indique el lugar en el cual se realizaría la entrega, conforme señala se habría informado en reiteradas oportunidades mediante Carta N.° 07/9/2014-ROAGA, Carta N.° 075/2014-ROAGA).
- 1.6 Mediante Carta N.° 82/2014-ROAGA, del 3 de noviembre de 2014, el Consorcio Roaga - Pacífico, informa de la cantidad de bienes (ollas de aluminio de 30 litros) despachados y pendientes por despachar pertenecientes al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma. De igual manera se remite información referida a la dirección de los almacenes y nombre de los contactos donde se encuentran las ollas pendientes de distribución.
- 1.7 Mediante Carta N.° 83/2014-ROAGA, del 14 de noviembre de 2014, el Consorcio Roaga - Pacífico, advierte se disponga la suscripción de una adenda para modificar la cláusula quinta de la adenda N.° 02.
- 1.8 Mediante Memorando N.° 302-2015-MIDIS/PNAEQW-UP, del 6 de febrero de 2015, la Unidad de Prestaciones solicita a la Unidad de Asesoría Jurídica y a la Unidad de Supervisión y Monitoreo, opinión respecto a la solicitud del Consorcio Roaga - Pacífico, consistente en que se modifique la Cláusula Quinta de la Adenda N.° 2, del Contrato N.° 31-2013-MIDIS/PNAEQW. Por Memorando N.° 128-2015-MIDIS/PNAEQW/UAJ, del 16 de febrero de 2015, la Unidad de Asesoría Jurídica emite la opinión solicitada señalando que de acuerdo al Manual de Operaciones del PNAEQW, la Unidad de Administración tiene entre otra funciones la de "Programar, coordinar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación de bienes, servicios, y ejecución de obras que requieren las unidades del programa, y el cumplimiento de los respectivos contratos y convenios, en el ámbito de su competencia", por lo que corresponde a la Unidad de Administración emitir la opinión respectiva.
- 1.9 Por Informe N.° 591-2015-MIDIS/PNAEQW-UP-CCA, del 16 de noviembre de 2015, la Coordinadora del Componente Alimentario señala respecto a la solicitud de modificación de la Cláusula Quinta de la Adenda N.° 2, del Contrato N.° 31-2013-MIDIS/PNAEQW, que no se cuenta con información que permita confirmar que la data de las IIEE inmersas en los procesos de equipamiento del 2013 era inexacta, toda vez que la información del manejo de base de datos del listado de IIEE que atiende el programa es administrada por la Unidad de Supervisión y Monitoreo.
- 1.10 Con fecha 11 de enero de 2016, la Coordinadora de Abastecimiento y Servicios Generales emite el Informe N.° 031-2016-MIDIS-PNAEQW/UAJ/CASG, por la cual señala que de acuerdo al Informe Técnico N.° 029-2013-PNAEQW-CAYSG, del 05 de setiembre de 2013, al proveedor no le fue entregado formalmente la relación de IIEE beneficiarias, y las Unidades Territoriales modificaron dicha lista durante el periodo de ejecución contractual. Asimismo, indica que mediante Informe N.° 141-2015-MIDIS/PNAEQW/UAJ, del 23 de abril de 2015, la Unidad de Administración solicitó la contratación de dos personas físicas o personas naturales que brinden los servicios de digitalización de datos contenidos en Actas de Ventas y de Entrega de menaje y utensilios distribuidos por el Consorcio Roaga - Pacífico en sus Unidades Territoriales Ayacucho, Cajamarca 1, Cajamarca 2, Huánuco, Tarma y Ucayali, habiéndose obtenido como resultado el siguiente resumen:

5.42 Como se advierte de la lectura de los antecedentes indicados en el Memorándum 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ, luego de los pedidos y la información que venía dando el Contratista, dentro de los cuales se encontraba la carta 83/2014-ROAGA del 14 de noviembre de 2014; es recién el 10 de noviembre de 2015, que la Coordinadora del Componente Alimentario manifestó mediante informe que: "No se cuenta con información que permita confirmar que la data de las IIEE inmersas en los procesos de equipamiento del 2013 era inexacta (...)". Además, el 16 de enero de 2016, la Coordinadora de Abastecimiento y Servicios Generales emitió un informe en el que señaló que: "Al proveedor no le fue entregado formalmente la relación de las IIEE

beneficiadas y las Unidades Territoriales modificaron dicha lista durante el período de ejecución contractual (...)"

5.43 Aunado a lo anterior, el análisis que se realiza en el memorándum 107-2016-MIDIS/PNAEQW-UAJ, tiene como punto medular el siguiente:

"Del artículo del reglamento 143 antes citado, se puede interpretar que, la etapa de ejecución del contrato ha concluido al haberse vencido el plazo consignado en el Contrato N° 0031-2013-MIDIS/PNAEQW y en su adenda N° 01 (45 días calendario + 60 días calendario) y el plazo consignado en su adenda N02 (75 días calendario contabilizado desde el acto de emitida la conformidad de la prestación principal por parte de la Unidad Territorial), para la entrega efectiva de las ollas, por lo que o habría posibilidad de modificar ni el contrato ni sus adendas, y por ende no podría efectuarse el pago correspondiente al no haberse cumplido con la totalidad de la prestación pactada".

5.44 Al respecto, este Colegiado no advierte que la Entidad haya precisado cuándo se dio la conformidad de la prestación principal, y por ende cuando vencía exactamente el plazo de ejecución indicado en la adenda N° 2. Asimismo, tampoco ha acreditado dichas fechas dentro del proceso arbitral. Más aun la Entidad concluye que no podría efectuarse el pago sin haber determinado la fecha de término de la ejecución contractual ni tampoco expresar las razones por las que no correspondería el pago de lo que ya había sido distribuido por el Consorcio.

5.45 Lo que se advierte de la regulación establecida en la Adenda N° 02 es que el plazo de la ejecución de la prestación adicional es de 75 días calendario contabilizados desde el acto de emitida la conformidad de la prestación principal por parte del Jefe de la Unidad Territorial. Sobre ello, obra en el expediente la carta N° 075/2014-ROAGA en la cual el Consorcio informó que había cumplido con distribuir los utensilios. Carta ante la cual no obra descargo, observación o cuestionamiento de la Entidad sino solo la falta de pronunciamiento, la cual no puede mantener el Contrato en *stand by* y afectar el legítimo derecho del contratista de que se cumpla el procedimiento para que se proceda con el pago conforme corresponda.

5.46 En tal sentido, estando a los fundamentos precedentes, al no haber emitido pronunciamiento la Entidad sobre la conformidad y teniendo en cuenta lo ya resuelto en el primer punto controvertido, este Colegiado estima pertinente declarar FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, en consecuencia, corresponde determinar que el plazo de ejecución del Contrato no ha había vencido.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Deferminar si corresponde o no devolver la carta fianza correspondiente por garantía de fiel cumplimiento que se encuentra en poder de la Entidad

5.47 Respecto a este punto la Entidad manifestó que la clausula quinta del Contrato se estableció que la carta fianza otorgada en garantía debía mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.

5.48 Al respecto, teniendo en cuenta lo resuelto por este Tribunal Arbitral respecto de la primera pretensión principal, así como lo establecido en la cláusula quinta de la adenda N° 2 corresponde a la Entidad proceder a devolver la carta fianza de fiel cumplimiento en el momento que se otorgue la conformidad de la prestación, por lo que corresponde DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Deferminar si corresponde o no condenar a la Entidad al pago de costos y costas

5.49 Respecto a esta pretensión el Colegiado emitirá pronunciamiento en su oportunidad al resolver sobre los costos del proceso.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Deferminar si corresponde o no declarar la ineficacia del plazo de ejecución de la prestación principal contemplado en el Contrato y la Adenda N° 1, puesto que al momento de la suscripción del contrato y posteriormente la Adenda 01, la Entidad seguía sin contar con los almacenes suficientes para recepcionar la cantidad de bienes contratada, lo que generó que posteriormente la Entidad contrate a través de la Adenda N° 2, prestaciones adicionales que implicaban el transporte y distribución de los bienes a las instituciones educativas sino también el almacenaje y custodia de los bienes que la Entidad demandada inicialmente no había previsto.

5.50 Sobre esta pretensión el Contratista alega que la Entidad no contaba con almacenes o almacenes suficientes en las Unidades Territoriales para recepcionar la cantidad de bienes adquirida, razón por la que a través de la Adenda N° 01 suscrita el 6 de setiembre de 2013 se les amplió el plazo de entrega de los bienes en 60 días calendarios, en la medida que, supuestamente a dicha fecha la Entidad se encontraba realizando las gestiones para contratar almacenes con capacidad suficiente.

5.51 Alega además el Contratista que esa situación [de no contar con almacenes] nunca fue superada por la Entidad, en la medida que a

través de la adenda N° 2 suscrita el 17 de octubre de 2013, se les encargó además del transporte y distribución de bienes a las instituciones educativas, la contratación de almacenes a fin de que los jefes de las Unidades Territoriales reciban los bienes y den conformidad de las especificaciones técnicas de los mismos. Lo que acreditaría de manera fehaciente que los plazos contemplados en el Contrato y la Adenda N° 1 son ineficaces y no eran exigibles a su empresa.

5.52 Sobre ello, la Entidad manifestó que ni en el contrato ni la adenda N° 01 se estableció como condición para el cómputo de los plazos de ejecución del contrato que la Entidad deba contar con almacenes para albergar los productos contratados; es decir las partes pactaron un plazo para la ejecución del contrato que luego fue ampliado, plazos que no están supeditados al hecho que Qali Warma cuente con almacenes conforme lo señala el demandante resultando evidente que el fundamento en que se sustenta esta pretensión carece de todo asidero factico y legal.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

5.53 De la lectura del Contrato y las Adendas se advierte que, el plazo de ejecución de la prestación forma parte de las estipulaciones contractuales, siendo que de conformidad con el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el contrato es obligatorio para las partes.

5.54 Asimismo, la Adenda N° 1 fue suscrita de manera convencional, en atención a un pedido de ampliación de plazo del contratista y la Adenda N° 2 en atención a la aprobación de una prestación adicional.

5.55 Así, la Adenda N° 1 fue emitida y suscrita dentro del margen legal establecido en la normativa de contrataciones y no se advierte fundamentos o razones por las cuales deba declararse que los plazos no son exigibles, o ineficaces puesto que provienen de un acuerdo realizado por las partes dentro de la ejecución contractual y celebrados de manera válida.

5.56 En atención a lo anterior, este Colegiado considera que, en atención al convenio arbitral, no tiene la competencia para declarar ineficaces los plazos establecidos de común acuerdo por ambas partes, por lo cual corresponde declarar IMPROCEDENTE el quinto punto controvertido de la vinculado a la quinta pretensión de la demanda.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

En caso se ampare lo solicitado en el punto controvertido precedente, determinar si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidad por

mora respecto de la prestación principal realizada, realizada por la Entidad demandada a través de la Carta Notarial N° 025-2014-PNAEQW/UA como consecuencia de declarar la ineficacia de los plazos del Contrato y la Adenda N° 1

5.57 En atención a que se ha declarado improcedente el quinto punto controvertido vinculado a la quinta pretensión de la demanda, carece de objeto analizar el sexto punto controvertido al ser una pretensión accesoria a la pretensión anterior.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Contratista entregue a la Entidad los productos que corresponden al ÍTEM N°06 – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW adquisición de utensilios de cocina para componente alimentario, que han sido debidamente canceladas, sin embargo, no se han distribuido en las instituciones educativas beneficiarias

5.58 Sobre su pretensión reconvenida, la Entidad manifestó que se remitía a los fundamentos de su contestación de demanda, asimismo se remitió al informe N° 107-206-MIDIS/PNAEQW-UAJ en el cual indicó que quedarían pendientes por entregar 3,231 ollas y que por ende el incumplimiento por parte del proveedor se encontraría acreditado a pesar de haberse cumplido con el pago del íntegro de la prestación principal.

5.59 Asimismo, indicó la Entidad que requería que el Consorcio demandante se sirva entregar los productos cancelados y no distribuidos a la Entidad en el lugar específico que se reservaban oportunamente señalar.

5.60 El Contratista, por su parte manifestó que a pesar de las contingencias se cumplió con casi la totalidad de la distribución de los bienes hacia las miles de instituciones educativas. Así lo acreditarían las actas de recepción – entrega que constituyen título representativo de las entregas y la Carta N° 82/2014-ROAGA del 3 de noviembre de 2014 a través de la cual informaron a la Entidad la cantidad distribuida con actas de recepción – entrega y la cantidad pendiente de distribución que no se pudo distribuir por error de data.

5.61 Alega además el Contratista que quedaría plenamente acreditado en autos que su representada de las 14,692 ollas que tenía que distribuir a las instituciones educativas beneficiarias, distribuyó a las mismas la cantidad de 14,286 ollas; quedando pendiente de distribución el saldo de 406 ollas que posteriormente a requerimiento de la Entidad fueron devueltas a los almacenes de las Unidades Territoriales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 5.62 En atención a las posiciones de las partes se advierte que existe discrepancia respecto de la cantidad de ollas que habrían sido distribuidas. En tal sentido corresponde a este Colegiado analizar los medios probatorios aportados al proceso.
- 5.63 En primer lugar, corresponde precisar que de conformidad con la cláusula tercera del Contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW, la cantidad de ollas a entregar por el ÍTEM 6 era de 14,692.
- 5.64 La Entidad hizo referencia al Informe N° 107-206-MIDIS/PNAEQW-UAJ, el cual menciona:

1.9 Por Informe N.° 991-2015-MIDIS/PNAEQW-UP-CCA, del 10 de noviembre de 2015, la Coordinadora del Componente Alimentario señala respecto a la solicitud de modificación de la Cláusula Quinta de la Adenda N.° 2, del Contrato N.° 31-2013-MIDIS/PNAEQW, que no se cuenta con información que permita confirmar que la data de las IIEE inmersas en los procesos de equipamiento del 2013 era inexacta, toda vez que la información del manejo de base de datos del listado de IIEE que atiende el programa es administrada por la Unidad de Supervisión y Monitoreo.

1.10 Con fecha 11 de enero de 2016, la Coordinadora de Abastecimiento y Servicios Generales, emite el Informe N.° 031-2016-MIDIS-PNAEQW/UJ/CASG, por la cual señala que de acuerdo al Informe Técnico N.° 029-2013-PNAEQW-CAYSG, del 05 de setiembre de 2013, al proveedor no le fue entregado formalmente la relación de IIEE beneficiarias, y las Unidades Territoriales modificaron dicha lista durante el periodo de ejecución contractual. Asimismo, indicó que mediante Informe N.° 141-2015-MIDIS/PNAEQW-UA, del 23 de abril de 2015, la Unidad de Administración solicitó la contratación de dos personas de dos personas naturales que brinden los servicios de digitalización de datos contenidas en Actas de Verificación de Entrega de menaje y utensilios distribuidos por el Consorcio Roaga – Pacífico en las Unidades Territoriales Ayacucho, Cajamarca 1, Cajamarca 2, Huánuco, Tacna y Ucayali, habiéndose obtenido como resultado el siguiente resumen:

Además, en el referido informe se concluye las siguientes cantidades de actas:

U.T.	Actas de Verificación Digitadas	Cantidad de ollas entregadas a IIEE según actas	Cantidad de ollas contratadas que se debió entregar
AYACUCHO	1,550	2,927	3,105
HUANUCO	966	1,523	3,146
UCAYALI	114	204	1,096
TACNA	38	70	136
TOTAL	2,668	4,724	7,484

U.T.	Actas de verificación digitadas	Cantidad de Ollas entregadas a las IIEE según actas	Cantidad de ollas contratadas que se debió entregar
CAJAMARCA 1	1670	3116	
CAJAMARCA 2	1849	3621	
TOTAL	3159	6737	7208

5.65 De la lectura del referido informe se advierte la siguiente información:

- La Entidad no contaba con información que permita confirmar que la data de las IIEE inmersas en los procesos de equipamiento del 2013 era inexacta, puesto que esa información la tendría la Unidad de Supervisión y Monitoreo.
- En enero de 2016 se hizo referencia a un informe del año 2013 en el que la Entidad acepta que al proveedor no le fue entregado formalmente la información de las IIEE beneficiarias, y más aún que las Unidades Territoriales modificaron la relación dentro de la ejecución del contrato.
- Con el informe N° 141-2015-MIDIS/PNAEQW-UA del 23 de abril de 2013, la Unidad de Administración solicitó la contratación de dos personas naturales que brinden servicio de digitalización de datos contenidas en las Actas de Verificación de entrega de menaje y utensilios distribuidos por el Consorcio Roaga – Pacífico, en las Unidades Territoriales de Ayacucho, Cajamarca 1, Cajamarca 2, Huánuco, Tacna y Ucayali.

5.66 De lo anterior se tiene que, la Entidad no podía descartar si las direcciones de las IIEE eran correctas o no, ya sea porque otra dependencia tenía la información o no, lo cierto es que, de los medios probatorios presentados se advierte que la Entidad no podía descartar si había información inexacta. Por lo que, en consecuencia, la Entidad no contaba con el detalle para determinar los lugares a donde se iban

a entregar los bienes, lo cual, como parte contratante debía ser precisado y le correspondía a la Entidad de conformidad con las Bases. Ello se ve reforzado también con el hecho que no le comunicaron formalmente al Contratista la información de las IIEE beneficiadas y las Unidades Territoriales las modificaron durante la ejecución contractual.

5.67 Aunado a lo anterior, se tiene que con el informe 141-2015-MIDIS/PNAEQW-UA y al margen de si el mismo fue emitido en el año 2013 o 2015, se advierte que la Entidad contaba con la posibilidad cuanto menos de poder digitalizar y consecuentemente determinar la cantidad de bienes que habría recibido, lo cual debió ser materia de observación de acuerdo al procedimiento establecido en el contrato, sin embargo no se advierte medio probatorio que acredite que se observó o cuestionó en su oportunidad (luego de haber sido entregados los bienes por el Contratista)

5.68 El contratista por su parte presentó como medios probatorios las cartas con las que habría solicitado entregar los bienes a la Entidad, CD con las actas de recepción, el acta de acuerdos mediante la cual los contratistas se comprometen a devolver los bienes a los almacenes indicados por la Entidad.

5.69 Además, la Entidad al absolver⁶ los referidos medios probatorios del Contratista, mencionó lo siguiente:

1. En cuanto al medio probatorio N° 09 del escrito del 1° de marzo de 2017 que contendría las actas de recepción-entrega que constituyen los títulos representativos de las entregas, debemos indicar que el CD contienen actas de entrega-recepción de productos vinculadas al Contrato 054.2013-MIDIS/PNAEQW celebrado con el proveedor CONSORCIO IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA ZURECE SAC-PRODUCTOS en el que el objeto del contrato es la provisión de laptops y no ollas de aluminio de 30 lts. como acontece en el contrato materia de controversia. En ese sentido debemos manifestar que los únicos medios probatorios que permitirían acreditar que el contratista cumplió con la entrega de las 14,892 ollas de aluminio en cada institución educativa (IE) son las Actas de entrega-recepción que como repito no han sido presentadas por el contratista; situación que el tribunal deberá mentuar oportunamente; sin embargo en aquellos casos en los que no se entregó los utensilios a las IE, estos fueron entregados a los Jefes de las Unidades Territoriales, conforme a las actas de recepción de bienes no distribuidos a IEs que fueron presentadas por el contratista.
2. En cuanto a los medios probatorios N° 13,16 y 17 del escrito del 1° de marzo de 2017 que contiene las cartas del operador logístico del contratista DISTRIBUIDORA E INVERSIONES RISCO debemos señalar que son documentos que no acreditan los hechos que se pretenden probar, en tanto son meras declaraciones del distribuidor del contratista; situación que deberá mentarse oportunamente

⁶ Mediante su escrito del 14 de marzo de 2018.

- 5.70 En atención al escrito anterior se advierte que la Entidad ha aceptado que los bienes no distribuidos a las IEs fueron entregados a los Jefes de las Unidades Territoriales de conformidad con las actas presentadas por el Contratista. En tal sentido, la Entidad no cuestiona la cantidad que se ha devuelto, ni niega que se hayan devuelto bienes no distribuidos. Además de no haber cuestionado las actas de recepción, su número ni tampoco su validez, por lo que no hay controversia sobre dicho hecho.
- 5.71 Sin embargo, se advierte que la Entidad cuestiona y discrepa con la cantidad de bienes que el Contratista alega haber distribuido, además de cuestionar las actas presentadas por el Contratista por considerarlas que provienen de otro contrato.
- 5.72 En tal sentido, el Colegiado estima pertinente analizar los medios probatorios aportados por las partes para resolver la controversia respecto a la cantidad de bienes que cada parte alega haber recibido y/o distribuido.
- 5.73 La Entidad además presentó el Informe N° 007-2016-MIDIS/PNAEQW-CETPAM⁷ del 26 de julio de 2016, el cual fue materia de tacha por parte del Contratista, y que fuera declarada infundada por el Colegiado mediante Resolución N° 4, por lo que dicho informe forma parte del acervo probatorio del proceso y por ende el Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre el mismo.
- 5.74 En el informe N° 007-2016-MIDIS/PNAEQW-CETPAM, la Entidad alega que quedarían pendiente de entregar 1,145 ollas de aluminio, contrario a las 406 que alega el Contratista. Sobre dicho informe el Colegiado advierte lo siguiente:

⁷ En si escrito del 14 de marzo de 2018.

INFORME N° 007-2016-MIDIS/PNAEQW-CETPAM		<small>PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR</small> DIRECCIÓN EJEC
A :	MÓNICA MORENO SAAVEDRA Directora Ejecutiva del PNAE-Qali Warma	26 JUL 16
CC. :	ROSARIO MERCEDES GONZALES YBAÑEZ Jefa de la Unidad de Asesoría Jurídica	RECIBIDO Firma: <i>[Firma]</i>
	JESSICA ROXANA GONZALEZ CORNEJO Jefa de la Unidad de Organización de las Prestaciones	
Asunto :	Remisión de información solicitada por la Procuraduría del MIDIS	
Referencia :	Oficio N° 1583-2016-MIDIS/PP	
Lugar y fecha :	El Agustino, 26 de Julio 2016.	

Tenemos el agrado de dirigimos a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual la Procuraduría Pública del MIDIS solicita información respecto a los Contratos suscritos en mérito a las Licitaciones Públicas N°001-2013-MIDIS/PNAEQW, N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW y la AMC N°013-2013-MIDIS/PNAEQW, correspondiente a la adquisición de menaje y utensilios de cocina para el PNAE Qali Warma.

En atención a lo solicitado por la Procuraduría Pública del MIDIS, mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 3919-2016-MIDIS/PNAEQW, se conforma la Comisión Especial de Trabajo, encargada de recabar la información relacionada a la entrega de utensilios adquiridos durante el año 2013, la misma que se encuentra conformada por la suscrita como representante de la Unidad de Organización de las Prestaciones (Presidenta); la servidora Nancy Pilar Alfaro Áscón, como representante de la Unidad de Administración (Miembro); y la servidora Susana Natalia Alcántara Altamirano, como representante de la Unidad de Asesoría Jurídica (Miembro); y los veintisiete (27) Jefes de las Unidades Territoriales del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, como responsables y representantes de las unidades territoriales a su cargo (Miembros).

Al respecto, la referida Comisión ha procedido a consolidar la información remitida por los veintisiete (27) Jefes de las Unidades Territoriales, y además la información remitida por la Unidad de Administración (Coordinación de Tesorería y Contabilidad), en relación a los precitados procesos de adquisición de bienes, obteniéndose el siguiente resultado:

- Mediante Informe N° 226-2016-MIDIS/PNAEQW-UA e Informe N° 228-2016-MIDIS/PNAEQW-UA, la Unidad de Administración remite información respecto a los giros emitidos en relación a las Licitaciones Públicas N°001-2013-MIDIS/PNAEQW, N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW y la AMC N°013-2013-MIDIS/PNAEQW.
- De la información proporcionada por los veintisiete (27) Jefes de Unidades Territoriales del Programa, la misma que se encuentra debidamente sustentada con los documentos detallados en el cuadro consolidado, se advierte:
 - Cantidad de bienes cuya entrega se encontraría pendiente de entregar al Programa.

Además, se menciona en el referido informe el detalle de las ollas que faltarían entregar a la Entidad de acuerdo con el siguiente detalle:

Cuadro N° 1 Consolidado de Utensilios de Cocina 2013

Unidad	Presupuesto	Compras	Entregas	Saldo	%
MIDIS/PNAEQW	943,134	943,134	844,873	98,811	100%
MIDIS/PNAEQW	943,134	943,134	844,788	98,835	100%
MIDIS/PNAEQW	14,059	14,059	13,547	1,145	100%
MIDIS/PNAEQW	11,750	11,750	9,287	2,093	100%
MIDIS/PNAEQW	12,196	12,196	10,953	1,243	100%
MIDIS/PNAEQW	12,512	12,512	10,913	1,599	100%
MIDIS/PNAEQW	5,103	5,103	4,503	600	100%
MIDIS/PNAEQW	34,091	34,091	23,448	2,643	100%
MIDIS/PNAEQW	27,162	27,162	23,745	3,417	100%
MIDIS/PNAEQW	37,142	37,142	27,145	2,037	100%
MIDIS/PNAEQW	9,137	9,137	8,023	1,114	100%
MIDIS/PNAEQW	45,497	45,497	41,357	4,059	100%
MIDIS/PNAEQW	54,258	59,511	55,545	3,966	Existen giros a nombre del proveedor por el monto total de 3,966.00
MIDIS/PNAEQW	17,310	17,310	16,830	1,280	100%
MIDIS/PNAEQW	27,162	27,162	20,764	6,398	Existen giros a nombre del proveedor por el monto total de 6,398.00

5.75 Del análisis de dicho informe se advierte lo siguiente:

- Es un informe emitido en el año 2016.
- En atención a un pedido de la Procuraduría del MIDIS en el año 2016 se conformó una comisión especial.
- La comisión especial se encargaría de RECABAR la información relacionada a la entrega de utensilios durante el año 2013.
- La comisión especial procedió a CONSOLIDAR la información remitida por los 27 Jefes de las Unidades Territoriales.
- Mediante informes del año 2016 la Unidad de Administración informó sobre los giros de las licitaciones públicas, entre las cuales se encuentra la que es materia de la presente controversia.
- Con toda esa información y la de los Jefes de las Unidades territoriales se determina como bienes cuya entrega se encuentra pendiente: 1,145.

5.76 Es decir que, en julio del año 2016, dos (02) años después de la presentación de la Carta N° 075-2014-ROAGA, mediante la cual el Contratista informó haber concluido la distribución de las ollas, la Entidad, luego de pedir información a las Unidades Territoriales, así como información remitida con informes del año 2016, concluye recién dos años después que faltarían entregar bienes respecto del contrato. Más aún faltaría que verifique el cumplimiento de los requisitos de las bases de cada uno de los bienes, puesto que el referido informe solo hace precisiones respecto de las cantidades de los bienes.

5.77 Es decir, este Colegiado advierte que, recién para el año 2016, la Entidad habría podido verificar la cantidad exacta de bienes que faltarían por recibir, teniendo en cuenta además el Informe N° 107-206-MIDIS/PNAEQW-UAJ en el que la Entidad manifestó que había contratado personal para digitalizar las actas. De dichos medios probatorios se advierte que la Entidad, se encontraba realizando gestiones internas a fin de poder contabilizar los bienes que había recibido, y no se advierte que haya puesto esa información a conocimiento del Contratista. Por el contrario, es hasta el año 2016, cuando CONSOLIDÓ la información a fin de poder determinar la cantidad de bienes pendientes de entrega.

5.78 Como este Colegiado ha mencionado al resolver la primera pretensión principal; en la ejecución contractual, al ser un contrato de prestaciones recíprocas, las partes deben cooperar cumpliendo sus obligaciones contractuales en los plazos establecidos en el contrato. Por ello, este Colegiado considera que el plazo de dos (02) años, posteriores a la Carta N° 075-2014-ROAGA (de julio de 2014) no es un plazo razonable para que la Entidad pueda sólo haber contabilizado los bienes.

5.79 Así las cosas, la Entidad a fin de realizar la licitación debió tener los mecanismos suficientes para poder controlar la ejecución del contrato que suscribió, de tal manera que le permita de acuerdo con el contrato: (i) hacer observaciones respecto de los bienes que se distribuyeron, y/o (ii) Otorgar la conformidad y proceder al pago. Sin embargo, se advierte que hubo silencio por parte de la Entidad pese a las comunicaciones que cursó el Contratista informando de los incidentes.

5.80 Por otro lado, sobre el cuestionamiento que realizó la Entidad respecto que las actas presentadas pertenecerían a otro contrato, así como los documentos de la Distribuidora e Inversiones Risco que solo serían meras declaraciones del contratista; este Colegiado advierte que la Entidad no ha presentado medios probatorios que desvirtúen los presentados por el Contratista. Tampoco ha presentado medios probatorios en que la Entidad manifieste que: (i) no los ha recibido, (ii) ha cuestionado u observado dichos documentos y actas (iii) tampoco ha tachado o

desconocido haberlos o que la firma de sus funcionarios no corresponda.

5.81 Se debe tener en cuenta como ya se ha precisado a lo largo de los considerandos que era la Entidad la que tenía la obligación contractual de revisar y dar el visto bueno de la calidad y cantidad de los bienes recibidos para que se pueda otorgar las conformidades o las observaciones conforme corresponda, sin embargo, se tiene que la Entidad guardó silencio pese a las comunicaciones del contratista, siendo que dicho silencio no puede prolongarse en el tiempo por causas que no son imputables al Contratista.

5.82 En tal sentido, siendo que la Entidad no ha cuestionado las actas de recepción de bienes no distribuidos a las IIEE, y que en su oportunidad no había contabilizado, observado, cuestionado ni comunicado al Contratista alguna discrepancia respecto de los bienes entregados materia del contrato, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvenición vinculada al sétimo punto controvertido, en consecuencia no corresponde que el Contratista entregue los productos que la Entidad manifestó que estarían pendientes y que corresponden al ITEM N°06 – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no se ordene al contratista asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la Entidad para su mejor defensa en este proceso arbitral

5.83 Respecto a este punto controvertido, el Tribunal Arbitral emitirá pronunciamiento al pronunciarse sobre los costos del arbitraje.

VI. DETERMINACIÓN DE LOS COSTOS DEL PROCESO:

6.1 De conformidad con el artículo 59 del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, aprobado por R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporción deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

6.2 En el presente caso, no se advierte que las partes hayan pactado sobre la distribución de los gastos arbitrales en el convenio arbitral del contrato, por lo que este Tribunal Arbitral queda facultado a distribuirlos. En atención a que este Tribunal Arbitral considera que ambas partes tuvieron

razones suficientes para litigar, considera que cada una de las partes debe asumir los gastos arbitrales en que ha incurrido, en atención a las liquidaciones separadas elaboradas por la Secretaría Arbitral, asimismo que cada una de las partes deberá asumir el gasto irrogado en sus defensas.

6.3 En el presente caso se tiene que, mediante Resolución N° 1 se dejó constancia que cada una de las partes había asumido el monto que le correspondía de la liquidación inicial del 23 de febrero de 2017.

6.4 Además, mediante Resolución N° 7 se dejó constancia que el Contratista había cumplido con acreditar el pago de los honorarios arbitrales que le correspondían en atención a la reliquidación elaborada por la Secretaría de fecha 27 de diciembre de 2018.

6.5 En atención a que el Colegiado ha emitido pronunciamiento sobre los gastos arbitrales, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre el cuarto y octavo puntos controvertidos referidos a la condena de las costas y costos formuladas por cada una de las partes.

VII. LAUDO:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición del presente laudo ha analizados todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado las pruebas aportadas por estas 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 que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo también tenido presente durante la tramitación de todo el proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

En atención a las consideraciones precedentes, este Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda vinculada al primer punto controvertido, en consecuencia, reconocer que se cumplió con la ejecución del contrato N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW y, por ende, la Entidad demandada proceda a otorgar la conformidad y otorgar el pago del monto producto del adicional N° 2 del Contrato, más los intereses legales desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

SEGUNDO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre las pretensiones subordinadas a la primera pretensión principal, debido a que se ha amparado la primera pretensión principal de la demanda.

Proceso Arbitral: Consorcio Roaga – Pacífico con Qali Warma
Expediente: S-159-2016/SNA-OSCE
Contrato: N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, vinculada al segundo punto controvertido, en consecuencia, corresponde determinar que el plazo de ejecución del Contrato no ha habido vencido como se señaló mediante Carta N° 50-2016-MIDIS/PSNAEQW-UD.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda vinculada al tercer punto controvertido, en consecuencia, **DECLARAR** que corresponde devolver la carta fianza de fiel cumplimiento al Consorcio Roaga - Pacífico en el momento que se otorgue la conformidad de la prestación.

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE el quinto punto controvertido de la vinculado a la quinta pretensión de la demanda.

SEXTO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre el sexto punto controvertido al ser una pretensión accesorio a la quinta pretensión de la demanda.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvencción formulada por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma vinculada al sétimo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde que el Contratista entregue los productos que la Entidad manifestó que estarían pendientes y que corresponden al ITEM N°06 – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW.

OCTAVO: DETERMINAR que cada una de las partes deberá asumir los gastos arbitrales en los que ha incurrido en base a las liquidaciones separadas formuladas por la Secretaría Arbitral, así como que cada una de las partes deberá asumir el monto irrogado en sus respectivas defensas.

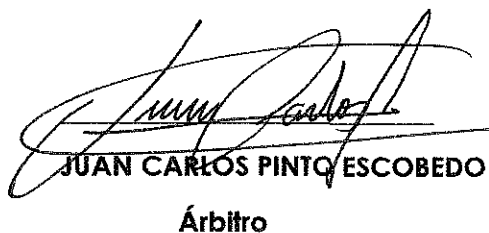
NOVENO: PROCEDA el Presidente del Tribunal Arbitral a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE, en cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado. En caso existan limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente laudo en el SEACE, autorizar al Presidente del Tribunal Arbitral ordenar por correo electrónico al Secretario Arbitral que en nombre del Presidente del Tribunal Arbitral remita al Director del SEACE el laudo arbitral para su publicación en el SEACE, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Arbitral en el mismo plazo.

Proceso Arbitral: Consorcio Roaga – Pacifico con Qali Warma
Expediente: S-159-2016/SNA-OSCE
Contrato: N° 31-2013-MIDIS/PNAEQW

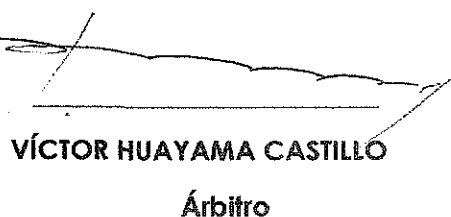
DÉCIMO: DISPONER que el presente laudo es inapelable y tiene carácter vinculante para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento.



DANIEL TRIVEÑO DAZA
Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO
Árbitro



VÍCTOR HUAYAMA CASTILLO
Árbitro

