



**EXP. N° 1993-393-18**

**CONSORCIO GRUPO DH vs. COMITÉ DE COMPRA AYACUCHO N° 4**

## **LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** **CONSORCIO GRUPO DH** (en adelante, el Demandante, el Contratista o el Consorcio)

**DEMANDADOS:** **COMITÉ DE COMPRA AYACUCHO 4** (en adelante, la Demandada, la Entidad o el Comité)  
**PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA como parte no signataria (en adelante, PNAEQW)**

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Marco Antonio Martínez Zamora (árbitro)  
Juan Carlos Cornejo Cuzzi (árbitro)

**INSTITUCIÓN ARBITRAL:** Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro de Arbitraje).

**SECRETARIA GENERAL:** Silvia Rodríguez Vásquez

**SECRETARIO ARBITRAL:** Alonso Cassalli Valdez

## DECISIÓN N° 13

En Lima, a los 24 días del mes de setiembre del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas.

### I. VISTOS

#### I.A. LOS ANTECEDENTES

##### El Convenio Arbitral

1. Se encuentra contenido en la cláusula vigésimo primera del Contrato N° 0001-2018-C.C-AYACUCHO 4/PRODUCTOS, celebrado el 10 de enero de 2018.
2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

##### Constitución del Tribunal Arbitral

3. El 6 de marzo de 2019, el árbitro Marco Antonio Martínez Zamora remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.
4. El 7 de marzo de 2019, el árbitro Juan Carlos Cornejo Cuzzi remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.
5. El 2 de mayo de 2019, el árbitro Hugo Sologuren Calmet, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

## I.B. LAS ACTUACIONES ARBITRALES

6. Mediante Decisión N° 1, de fecha 13 de junio de 2019, se fijaron las reglas del presente proceso. Asimismo, se otorgó al demandante el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral, conforme a las reglas establecidas.

7. Mediante Decisión N° 2, de fecha 15 de julio de 2019, se dejó sin efecto el sexto numeral de la parte considerativa y segundo numeral de la parte resolutive de la Decisión N° 1. Asimismo, se modificó los mismos, en el siguiente sentido:

Mediante escrito de fecha 13 y 14 de mayo de 2019, el MIDIS y el Consorcio formularon sus propuestas de modificación de reglas, concordando respecto de las propuestas referida a que el plazo para formular reconsideración sea de cinco (5) días hábiles.

En ese sentido, se determinó que las reglas aplicables al presente arbitraje son las propuestas de modificación de reglas aprobadas por ambas partes, el Convenio Arbitral y el Reglamento de Arbitraje del Centro.” En consecuencia, se precisó que las reglas aplicables para el presente proceso arbitral son las siguientes:

- Las partes deben presentar el escrito de demanda, contestación de demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, según corresponda, será de diez (10) días hábiles. Asimismo, se dejó constancia de que el plazo para presentar demanda arbitral se contabiliza a partir de la Notificación de la Decisión N° 1 de fecha 11 de julio de 2019.
- La realización de una Audiencia de Ilustración se llevará a cabo en la etapa procesal correspondiente.
- El plazo para la presentación de cuestionamientos a los medios probatorios ofrecidos por las partes será de diez (10) días hábiles, contado desde el día siguiente en que se les ponga en conocimiento del contenido de la demanda, contestación, reconvencción o réplica a la reconvencción, según corresponda. Luego de lo cual, se correrá traslado de las mismas por el mismo plazo a fin de que exprese lo que corresponda a su derecho.

- Luego de culminada la etapa postulatoria, las partes podrán formular cuestionamientos a los medios probatorios ofrecidos con posterioridad, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, contado desde el día siguiente de notificados con los mismos. En dichos casos, se correrá traslado de las mismas por el mismo plazo.
  
- 8. Mediante Decisión N° 3, de fecha 12 de agosto de 2019, se requirió al demandante que en el plazo de tres (3) días hábiles cumpla con subsanar su escrito de demanda, bajo apercibimiento de tener por no presentados los medios probatorios ofrecidos.
  
- 9. Mediante Decisión N° 4, de fecha 9 de septiembre de 2019, se tuvo por admitida la demanda arbitral presentada por el demandante y se tuvo por ofrecidos los medios probatorios y anexos. Asimismo, se corrió traslado al demandado de la demanda arbitral por el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que la conteste y, de ser el caso, formule reconvencción.
  
- 10. Mediante Decisión N° 5, de fecha 28 de noviembre de 2019, el Tribunal admitió a trámite la contestación de la demanda arbitral y tuvo por ofrecidos los medios probatorios, con conocimiento de la parte contraria.
  
- 11. Mediante Decisión N° 6, de fecha 16 de enero de 2019, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje y se admitieron los medios probatorios:
  - **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral disponga dejar sin efecto la aplicación de la penalidad impuesta por la primera entrega de productos comunicada mediante Carta Notarial N 017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC por la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) por no registrar el aplicativo informático en el día correspondiente, la geo referenciación que evidencia la entrega de productos.

- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral disponga dejar sin efecto la penalidad impuesta al demandante por la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por no acreditar la entrega de productos locales durante el período de atención de las entregas II.EE.
  
  - **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral disponga que la demandada abone a favor de la demandante la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) y la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por concepto de penalidades indebidamente aplicadas.
  
  - **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral disponga que la entidad abone a favor del demandante la suma de S/ 95,401.00 (noventa y cinco mil cuatrocientos uno y 00/100 soles) por concepto del daño ocasionado a la empresa por la penalidad impuesta, ya que genera puntaje negativo a la misma, lo que debilita su posición frente a los procesos de selección que convoque el PNAEQW, además de causar otros daños.
  
  - **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral disponga que la demandada asuma los costos del presente arbitraje.
12. Asimismo, mediante Decisión N° 6, de fecha 16 de enero de 2019, también se estableció que Audiencia de Ilustración y Sustentación de Posiciones sería el día 12 de febrero de 2020 a horas 4:00 p.m. en la sala 2, piso 5 del Edificio Esquilache ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro:
13. Mediante Decisión N° 7, de fecha 16 de enero de 2020, se tuvo por variada, a partir del lunes 03 de febrero de 2020, la sede administrativa del presente arbitraje al nuevo local Institucional del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú sito en Calle Esquilache N° 371, piso 9, distrito de San Isidro.

14. Mediante Decisión N° 8, de fecha 3 de febrero de 2019, el Tribunal Arbitral, luego del pedido de reprogramación por parte del demandado, reprograma Audiencia de Ilustración y Sustentación de Posiciones y cita a las partes el día, 24 de febrero de 2020 a horas 3:00 p.m. en la sala 2, piso 5 del Edificio Esquilache ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro.
15. El 24 de febrero de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración y Sustentación de Posiciones a fin de que las partes expongan los hechos que originaron la presente controversia, así como sus respectivas posiciones jurídicas. Además, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presenten los escritos con sus alegatos y conclusiones finales.
16. Mediante Decisión N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
17. Mediante Decisión N° 12, se dispuso a prorrogar el plazo para laudar.

#### **I.C. LOS GASTOS ARBITRALES**

18. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 1 de julio de 2019 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 5,417.33 neto para cada uno de los árbitros
Gastos Administrativos del Centro	S/ 6,732.00 más IGV.

19. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
20. Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que las partes cumplieron con el pago y su respectiva acreditación. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N°11, 12 y 13.

## II. CONSIDERACIONES

### II.A. AFIRMACIONES PRELIMINARES

1. Previo a entrar a analizar la materia controvertida es pertinente dejar constancia de que:
  - (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes, no habiéndose objetado en ningún momento su competencia o presentado recusación frente alguno de sus integrantes.
  - (ii) Las partes han tenido oportunidad suficiente para reconsiderar cualquier decisión distinta a la presente, que se hubiere dictado con inobservancia de una regla pactada para el presente arbitraje, el Reglamento del Centro de Arbitraje o alguna disposición de la Ley de Arbitraje, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
  - (iii) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la audiencia llevada a cabo en el transcurso de las actuaciones arbitrales.
2. De otro lado, es pertinente dejar plenamente establecido lo siguiente:
  - (i) El Tribunal Arbitral se pronunciará únicamente respecto de cada una de las materias controvertidas teniendo en cuenta el mérito de los medios probatorios aportados al arbitraje, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellos, las consecuencias jurídicas que se derivan para las partes, en función a lo que haya sido probado.

- (ii) Constituyen materias incontrovertidas<sup>1</sup> los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*<sup>2</sup>.
- (iii) El Tribunal Arbitral también es competente para pronunciarse sobre toda cuestión subsidiaria, accesorio o incidental a los puntos controvertidos, siempre y cuando no modifique sustancialmente los términos de la controversia y en la medida que tales cuestiones resulten necesarias para la efectividad de la decisión<sup>3</sup>.
- (iv) El Tribunal Arbitral es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos<sup>4</sup>.
- (v) Los medios probatorios aportados por las partes, en aplicación del Principio de «Comunidad de la Prueba», pertenecen al arbitraje por lo que pueden ser utilizados para tomar las decisiones sin distinción alguna de quien las ofreció.

---

<sup>1</sup> El arbitraje se encuentra regido, entre otros, por el principio dispositivo y el de aportación de parte, razón por la que su objeto, que es el resolver una determinada controversia – *denominado comúnmente en el plano procesal como objeto litigioso* – se va delimitando de forma progresiva a través de diversos actos realizados por las partes durante su desarrollo. Es justamente sobre este objeto litigioso que el juzgador debe emitir un pronunciamiento. A mayor abundamiento sobre este tema léase «Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros» de CAVANI, Renzo. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe>.

<sup>2</sup> La presunción legal *iuris et de iure*, es una presunción absoluta, en estos casos el juzgador tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Esta presunción legal no debe ser confundida con la presunción establecidas por el juzgador mediante el examen de los indicios o rasgos sintomáticos recurriendo a las reglas de la lógica, la sana crítica y/o de la experiencia.

<sup>3</sup> En esa medida, el Tribunal Arbitral vela por la eficacia del arbitraje como forma de solución de controversias a la que voluntariamente se han sometido las partes que suscribieron el convenio arbitral y cumplir con el propósito fundamental para el que ha sido convocado: resolver la controversia con efecto de cosa juzgada –*lo que implica una resolución definitiva de las pretensiones*.

<sup>4</sup> Los medios probatorios, en general, tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, siendo facultad de los árbitros decidir de manera exclusiva sobre su admisibilidad, pertinencia y valor. La dinamización de la carga probatoria es la flexibilización de la carga de la prueba en quien, por una especial circunstancia, se encuentre en mejores condiciones de producirla.



## II.B. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

### PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

---

*Que el Tribunal Arbitral disponga dejar sin efecto la aplicación de la penalidad impuesta por la primera entrega de productos comunicada mediante Carta Notarial N° 017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC por la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) por no registrar el aplicativo informático en el día correspondiente, la georreferenciación que evidencia la entrega de productos.*

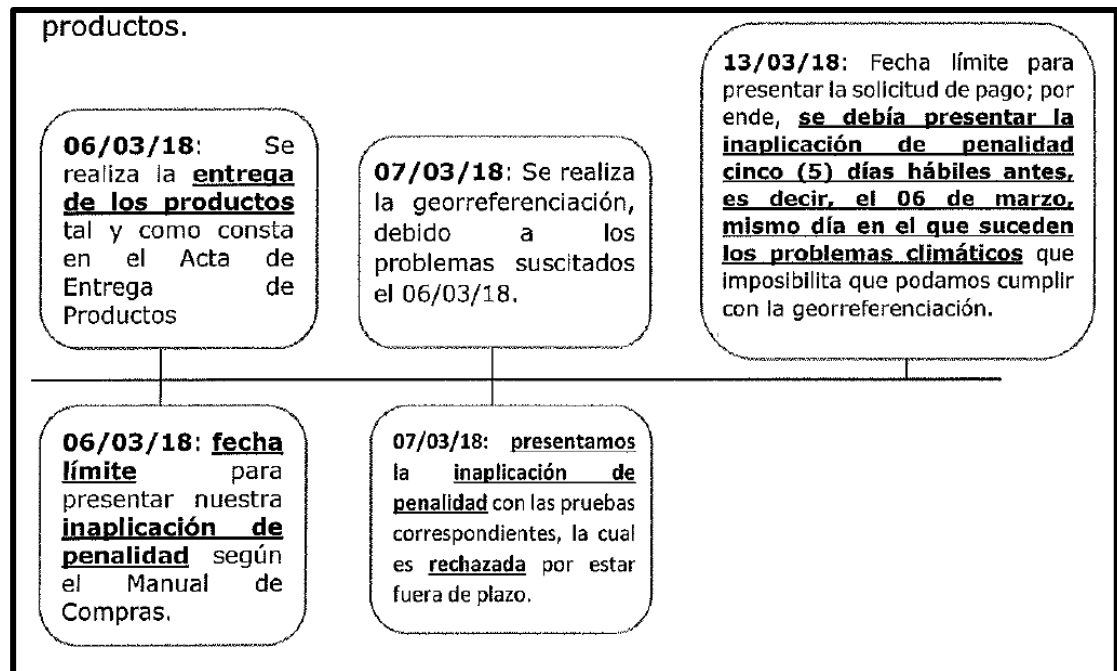
---

#### Posición del Demandante

21. El Consorcio señala que no le corresponde la aplicación de penalidades, pues cumplió con entregar los productos a las instituciones educativas (I.E.) conforme a los cronogramas establecidos en el Contrato.
22. Manifiesta que para la entrega de los productos en las diferentes instituciones educativas se procede a la geo referencia de las entregas a través del aplicativo SIGO conforme al Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas del programa PNAEQW, sin embargo, ello no siempre es posible por razones de la ubicación geográfica de los colegios, así como por razones climáticas y tecnológicas, ocasionando que no se pueda realizar dicha geo referencia de las entregas.
23. En atención a ello, afirma que la entrega de los productos en las I.E. se hizo el 6 de marzo de 2018, tal como consta en las actas de entrega de productos, pero por factores climáticos, no se pudo realizar la georreferenciación, ya que había caído un rayo como consecuencia de una tormenta eléctrica (es de conocimiento que en zonas de sierra entre los meses de diciembre y abril se presentan precipitaciones constantemente), entonces por motivo de seguridad no se podía hacer uso del teléfono celular ni ningún otro aparato electrónico, por lo tanto no se podía hacer la

georreferenciación el día que se entregó los productos, tal como consta en el acta que se encuentra en el expediente, sino que esto se hizo el 7 de marzo de 2018.

24. Reitera que ello no significa en absoluto que no haya hecho la entrega de los productos en las oportunidades señaladas en el Contrato, las cuales fueron supervisadas por las unidades territoriales (UT) del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (PNAEQW); y que esto se evidencia en las actas correspondientes.
25. Asimismo, manifiesta que en el Manual de Compras se menciona lo siguiente: *“se presenta inaplicación de penalidad en la modalidad productos, no menos de cinco (5) días hábiles antes de presentar su expediente de solicitud de pago”*.
26. Señala que, de acuerdo al contrato, la solicitud de pago respecto de la primera entrega es del 7 al 13 de marzo de 2018, entonces el Consorcio debía presentar la inaplicación de penalidades el 6 de marzo de 2018, que resulta ser el mismo que por una causa de la tormenta eléctrica no pudo realizar la georreferencia, entonces se pregunta ¿cómo es posible que se tenga como último día de plazo el mismo día que entrega los productos? No obstante, el 7 de marzo de 2018 presentó su inaplicación de penalidades con las pruebas correspondientes, pero no la aceptaron al estar fuera de plazo; por ende, queda acreditado que resultaba imposible poder presentar la inaplicación de penalidad dentro del plazo que se establece en el manual de compra ya que escapa de su control lo que sucedería con el clima el día de la entrega de los productos.
27. El Demandante afirma que, frente a esta situación de no haber georreferenciado en el momento de la entrega, se les impuso una penalidad, la cual si bien es cierto no representa una suma elevada de dinero, si les genera un perjuicio como proveedores, ya que representa un puntaje negativo para la participación en futuros procesos de selección.



28. Por tales motivos, el Consorcio considera que la aplicación de penalidades carece de sustento, por lo que solicita se deje sin efecto.

### Posición de la Demandada

29. La Procuraduría Pública del MIDIS, en representación del PNAEQW responde la demanda señalando que en la Cláusula Vigésima del Contrato se estableció que éste se rige por el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el PNAEQW, por las disposiciones adicionales que éste establezca y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil y la Ley N° 27444.
30. Es así que en el numeral 8.9 de la Cláusula Octava del Contrato, las partes pactaron las obligaciones del proveedor, dentro de las cuales se encontraba la de realizar la georreferenciación y sincronización de información de todas las entregas utilizando el respectivo aplicativo informático, de acuerdo con el “Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas” aprobado por el PNAEQW.

31. Manifiesta que dicho protocolo en su numeral 10.4 indica que la georreferenciación debe realizarse el mismo día que se realiza la entrega de las raciones/productos es decir, la fecha del registro georreferenciado debe ser igual a la fecha consignada en el Acta de Entrega y Recepción de raciones/productos.
32. Asimismo, el Comité señala que en el numeral 11.2 del citado protocolo se establece que, si la fecha del registro realizado no coincide con la fecha del Acta de Entrega y Recepción de raciones/productos presentados por el proveedor en el expediente de conformidad de entrega, se aplicará penalidad.
33. Señala que, en el presente caso, el Demandante reconoce como una de sus obligaciones la de entregar los productos en las diferentes Instituciones Educativas, a través de la georreferenciación (usando el aplicativo SIGO), la cual no pudo cumplir sustentando dicho incumplimiento en razones climáticas, la ubicación geográfica de los colegios y que el aplicativo no siempre funciona bien, sin embargo, dichas situaciones no fueron acreditadas en este arbitraje.
34. La Entidad afirma haber acreditado el incumplimiento del Demandante con las Acta de Entrega y Recepción N° 49616 y 49819 de fecha 6 de marzo de 2018, las que al ser contrastadas con los Reportes de Entrega (georreferenciación) N° 1399652 y 1430038 de fecha 7 de marzo de 2018, evidencian que las entregas de los productos en las Instituciones Educativas 24383 y 25509-2 no se realizaron el mismo día, conforme lo exige la normativa. Indica que ello se puede apreciar en el Informe N°007-2018-MIDIS-PNAEQW-UTAYAC/SUPCC4 de fecha 6 de abril de 2018, entre otros.
35. Además, manifiesta que no obra en autos ninguna acreditación de que el Demandante se hubiese encontrado imposibilitado de cumplir con sus obligaciones establecidas en el Contrato por razones de caso fortuito o fuerza mayor, que hubieran dado lugar a la inaplicación de penalidades.
36. Reitera que la penalidad no se aplicó por la no entrega de los productos, sino por registrar en el aplicativo informático la entrega en el día que no correspondía; pues el proveedor entregó los productos el 6 de marzo de 2018, sin embargo, registró en

el aplicativo estas entregas el día 7 de marzo de 2018, situación que ha sido reconocido por el propio demandante.

37. Por otra parte, señala que la regulación aplicable a este contrato prevé un mecanismo que les permite a los proveedores la inaplicación de penalidades a pesar de los incumplimientos en los que incurra, siempre que soliciten y acrediten que tal incumplimiento se debió a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el cual tiene el procedimiento previsto en el numeral 15.5 de la Cláusula Decima Quinta del Contrato; sin embargo el Demandante no acreditó haber seguido tal procedimiento ni el supuesto impedimento que tuvo al pretender iniciarlo, tal como lo manifestó en la Audiencia.
38. En esa línea, señala que el Demandante afirmó en la Audiencia de Sustentación de Posiciones que el procedimiento de inaplicación de penalidades era imposible de cumplir por los plazos que se establecían, sin embargo, debemos advertir que no existe ningún medio probatorio que acredite el cuestionamiento a tales plazos, cuestionamiento que -en todo caso- debió ser realizado durante la etapa de formulación y absolución de consultas prevista en el numeral 2.2.2.2. de las Bases Integradas que obran en autos, antes de contratar con el Comité. Es decir, lo cierto y objetivo es que existía un procedimiento para solicitar la inaplicación de penalidades que el Contratista no inició y, por tanto, no obtuvo un pronunciamiento del PNAEQW, autorizando tal inaplicación de penalidades o denegándola.
39. Concluye indicando que, por lo expuesto, resulta válida la aplicación de penalidades contemplada en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, la cual asciende a S/ 2,975.51 (Dos Mil Novecientos Setenta y Cinco con 51/100 soles).

### **Posición de Tribunal Arbitral**

40. De lo manifestado por las partes se advierte que la controversia gira en torno a determinar si existió alguna imposibilidad acreditada por la cual el Consorcio no pudo registrar la georreferenciación el día de la entrega de los productos (es decir el 6 de marzo de 2018), que justifique dejar sin efecto las penalidades impuestas.

41. Sobre este punto, el Consorcio es de la postura que la aplicación de una penalidad por no haber realizado la georreferenciación el día de la entrega de los productos en las instituciones educativas 24383 y 25509-2, carece de sustento, pues ello no se pudo realizar por razones climáticas, dado que había caído un rayo a consecuencia de una tormenta eléctrica y el uso de dispositivos electrónicos podría ocasionar que ello se repita. Precisa que dicha situación fue puesta en conocimiento de la Unidad Territorial y se solicitó la inaplicación de la penalidad pero esta fue rechazada por extemporánea. Por su parte, el PNAEQW sostiene que la penalidad se encuentra justificada en lo establecido en el Contrato, debido a que el Consorcio no cumplió con la obligación de realizar la georreferenciación el día de la entrega, dado que ello fue realizado el 7 de marzo de 2018, siendo que tampoco acreditó la imposibilidad que aduce.
42. Debemos precisar que es un hecho incontrovertido que el Consorcio cumplió con las entregas de los productos en las instituciones educativas 24383 y 25509-2, dado que estas fueron realizadas el 6 de marzo de 2018, es decir, en la fecha prevista en el cronograma del Contrato. Ello se puede apreciar en las Acta de Entrega y Recepción de Productos N°49616 y 49819:

### Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 49616

PLAZO DE ENTREGA :	26/02/2018 - 06/03/2018
FECHA DE RECEPCIÓN :	06/03/18
HORA DE RECEPCIÓN :	8:00 pm
PLAZO DE PROXIMA ENTREGA :	26/03/2018-05/04/2018
Nombres y Apellidos (Membros del CAE que confirma LA RECEPCIÓN): <u>Judith Roxana Mé Berrada</u>	
DNI: <u>70453957</u>	
Con mi firma y huella digital acredito la conformidad de la recepción de los productos detallados en la presente acta en la fecha que se indica.	
<small>CANT. Nº DE PRESENTACIONES (UNIDADES): Las cantidades pueden expresarse en unidades o fracciones VOLUMEN: CANTIDADES EXPRESADAS EN KG, L, T. UNID. TIPO DE PRESENTACIÓN (UNWARE, BOLSA, PAQUETE, BOLSA, ETC.) PLAZO DE ENTREGA, DE ACUERDO A PROGRAMACIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO Y/O ADENDA VIGENTE</small>	
OBSERVACIONES:	
COPIA PROVEEDOR	

## Acta de Entrega y Recepción de Productos N°49819

PLAZO DE ENTREGA :	26/02/2018 - 06/03/2018
FECHA DE RECEPCIÓN :	06-03-2018
HORA DE RECEPCIÓN :	6:23 am
PLAZO DE PROXIMA ENTREGA :	26/02/2018-06/04/2018
Venancio Felix Rodas Rivas	
NOMBRES Y APELLIDOS (Miembros del CAE que confirma LA RECEPCIÓN)	
28960376	
DNI	FIRMA
Con mi firma y huella digital acredito la conformidad de la recepción de los productos detallados en la presente acta en la fecha que se indica.	
<small>CANT. N° DE PRESENTACIONES (UNIDADES) Las cantidades pueden expresarse en enteros o fracciones          VOLUMEN CANTIDADES EXPRESADAS EN KG/LIT.          UNID. TIPO DE PRESENTACION (ENVASE, BOLSA, PAQUETE, BOTELETA, ETC)          PLAZO DE ENTREGA DE ACUERDO A PROGRAMACION ESTABLECIDA EN EL CONTRATO Y/O AGENDA VIGENTE</small>	
OBSERVACIONES:	
COPIA PROVEEDOR	

43. Ahora bien, para analizar la presente cuestión controvertida debemos tener presente que, «...la cláusula penal constituye un contrato autónomo que se adhiere a la obligación principal...»<sup>5</sup> y «...cuya causa constante consiste en la actuación de una finalidad práctica separada del negocio al cual accede: esto es, predisponer una sanción para el incumplimiento (o para el retraso en el cumplimiento) de la obligación que nace del contrato...»<sup>6</sup> Por esto, «...la cláusula penal representa, entonces, un negocio accesorio respecto a un diverso contrato principal, en el bien preciso sentido que la función sancionatoria propia de la misma no puede explicarse sino en relación a una diversa función, preceptiva en sentido amplio, realizada por un diverso negocio que viene, por tanto, a constituir el presupuesto...»<sup>7</sup>.
44. Al respecto, **KEMELMAJER** sostiene que la Cláusula Penal es «un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesorio, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup>ZOPPINI, Andrea. «La clausole penale e la caparra». En: «I Contratti in Generale» (a cura di Enrico Gabrieli). Tomo Secondo, Unione Tipografico-Editrice Torinese –UTET. Torino. Italia. 1999. Pág. 897. Ver también al respecto, por todos: MAGAZZU, Andrea. «Voce. Clausola Penale». En: «Enciclopedia del Diritto». Volume VII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1969. Págs. 189 y 190, quien señala al respecto que «...la individualización de una peculiar función jurídica (causa) de la cláusula penal permite considerarla como un negocio autónomo...» por lo cual «...en la previsión legal y en el propósito de las partes, los fines perseguidos con el contrato y con la cláusula penal son diversos y no interfieren entre ellos; por eso la autonomía causal y por tanto negocial de la cláusula penal no puede ser negada...». En el Perú, la autonomía de la cláusula penal es defendida por GUTIERRES CAMACHO, Walter / REBAZA GONZÁLES, Alfonso, «Comentario al artículo 1345° del Código Civil». En: «Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas» Tomo VI: «Derecho de las obligaciones». Gaceta Jurídica S.A. Lima. Perú. 2004. Pág. 1133.

<sup>6</sup>DIENER, María Cristina. «Contrato in Generale». Seconda Edizione. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 2011. Pág. 551.

<sup>7</sup>MARINI, Anibale. «La Clausola Penale». Jovene Editore. Napoli. Italia. 1984. Pág. 79.

<sup>8</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. «La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal». Buenos Aires: Depalma. 1981. p. 17.

45. En este orden de ideas, debe entenderse que la cláusula penal es «...*un negocio dotado de un objeto propio y de una propia y típica función. Y ella está normalmente ligada al contrato constitutivo de la obligación y representa un pacto accesorio...*»<sup>9</sup>; es decir, que se está ante un pacto o acuerdo privado que se insta o estipula dentro de un determinado contrato que puede cumplir diversas funciones, sean estas de liquidación preventivas y global del daño eventual (mal denominado por algunos, función resarcitoria), punitiva o, inclusive, aflictivo consolatoria o de garantía<sup>10</sup>.
46. En nuestra legislación, la cláusula penal se encuentra regulada, principalmente, en los artículos 1341° al 1345° del C.C. en los siguientes términos:

**«Artículo 1341.-**

*El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.»*

**Artículo 1342.-**

*Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.*

**Artículo 1343°.-**

*Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.*

**Artículo 1344°.-**

*La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior.*

**Artículo 1345°.-**

*La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.»*

47. Las normas citadas precedentemente regulan dos tipos de cláusulas penales:

---

<sup>9</sup>BIANCA, Massimo. «Diritto Civile»: «La Responsabilità Civile» Prima Edizione. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1994. Pág. 227.

<sup>10</sup> Véase por todos: MAZZARESE, Silvio. «Clausola Penale. Artt. 1382 – 1384». En: «Il Codice Civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger». Dott. A. Giuffrè editore. Milano. Italia. 1999. Pág. 152; BIANCA, Massimo. Ob. Cit. Págs. 222-223; y, GALLARATI, Alberto. «La Clausola Penale: funzione deterrente e risarcitoria». En: «The Cardozo Electronic Law Bulletin». Vol. 9. 2003. Pág. 4.



- (i) Una primera, denominada cláusula penal compensatoria, la cual no presupone un retraso en la ejecución de una obligación, sino el incumplimiento total de la misma. En este escenario, una vez que se verifica el incumplimiento de una obligación, el deudor queda obligado al pago de la penalidad estipulada. Dicha penalidad no se devenga en función del tiempo, sino en función del monto que corresponda a la liquidación anticipada de daños que las partes hayan efectuado al respecto.
  - (ii) Una segunda, denominada cláusula penal moratoria, la cual presupone el retraso en la ejecución de una obligación. En este escenario, una vez que se verifica el retraso del deudor, y siempre que éste se encuentre en mora, estará obligado a pagar una penalidad que se devengará en función del tiempo. Por ello, conforme a lo prescrito en el artículo 1342° del C.C., el acreedor tiene derecho a exigir, además del pago de la penalidad, el cumplimiento de la obligación respecto de la cual el deudor se encuentra en mora.
48. Conforme al citado artículo 1343° del C.C., para exigir el pago de cualquiera de las penalidades antes mencionadas no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento total o del retraso. Basta en realidad que pruebe el incumplimiento o el retraso imputable al deudor en la ejecución de este último de la obligación a su cargo<sup>11</sup>.
49. Asimismo, se observa con claridad que el C.C. ha asignado dos funciones básicas a la cláusula penal: (i) una primera función, en donde la cláusula penal constituye una «liquidación anticipada de eventuales daños futuros»; y, (ii) una segunda función que tiene el carácter de «pena privada», y en donde se busca «sancionar civilmente» a la parte que ha incumplido la obligación a su cargo, generando un efecto coercitivo dirigido a procurar el futuro cumplimiento de un determinado pacto u obligación.

---

<sup>11</sup> ESPINOZA, Juan. citando a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, señala que *de este mandato se interpreta que no se requiere de la prueba del daño, "aun cuando los daños que se produzcan en concreto sean en mayor o menor medida de aquellos cuantificados en la cláusula, o incluso, aunque no se produzca daño alguno.* Espinoza Espinoza, Juan. La Cláusula Penal. Themis Nro. 66. Revista de Derecho. Lima. 2014. p. 222.

50. En tales consideraciones, en opinión de este Tribunal Arbitral, para el cobro de toda penalidad (sea compensatoria o moratoria) se debe tener presente los siguientes requisitos:
- (i) El pago de la penalidad debe estar prevista, en forma previa, en un precepto de autonomía privada, en donde se explicita el tipo de obligación a cuyo incumplimiento o retraso se activa el pago de la penalidad.
  - (ii) Debe producirse, en el plano de los hechos, el incumplimiento o retraso descrito en la cláusula penal.
  - (iii) Dicho incumplimiento o retraso debe ser imputable al deudor, salvo que exista pacto en contrario.
  - (iv) Tanto el incumplimiento/retraso como la imputabilidad del incumplimiento/retraso deben quedar demostrados por la parte acreedora de la penalidad.
51. Ahora bien, para el análisis del presente caso resulta conveniente traer a la vista lo pactado por las partes respecto a las penalidades:

**“Cláusula décimo quinta: Penalidades**

*15.1. Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al PROVEEDOR. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y opinión favorable de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos.*

*(...)*

***15.5 No se aplican penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el presente contrato, ante lo cual debe presentar al COMITÉ como mínimo cinco (05) días hábiles antes de presentar su Expediente de Conformidad de Entrega para el pago, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes. El comité debe trasladar el pedido como máximo hasta el día hábil siguiente a la Unidad Territorial, y la o el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, eleva el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de recursos en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del COMITÉ.***

*Los elementos probatorios pueden ser: fotografías y videos visibles (con fecha y hora), resoluciones o constancias emitidas por la autoridad competente u otros, reportes periodísticos, denuncia policial o acta de constatación policial, reporte del registro del SIGO proveedores, documentos que acreditan la*

*compra de productos (órdenes de compra de productos que acredite la recepción del distribuidor, facturas, guías de remisión, voucher o cheques de depósito), entre otros elementos que acrediten los hechos suscitados.*

(...)

15.8. Las penalidades se aplicarán de acuerdo al siguiente detalle:

**Causales referidas a la Entrega de los Productos**

Nº	Causales de incumplimiento	Penalidad
8	<i>No cumplir con registrar en el Aplicativo Informático en el día correspondiente, la georreferenciación que evidencie la entrega de productos dentro de la II.EE., de conformidad a lo declarado en el Formato N°12 (requisito obligatorio N°19) y de las obligaciones del proveedor establecidas en las bases, contrato y en el protocolo correspondiente.</i>	<i>0.5% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada II.EE. no registrada.</i>

52. De lo antes citado se puede apreciar que en el Contrato al cual se han sometido las partes se ha previsto la aplicación de la «penalidad por mora en la ejecución de la prestación» o prestaciones objeto del contrato y su forma de cálculo. Asimismo, se ha previsto un procedimiento para la no aplicación de penalidades por caso fortuito o fuerza mayor, en caso el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el presente contrato. Sobre este último procedimiento, es preciso observar la Cláusula Décimo Novena:

**CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR**

Es aquella 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. El Caso Fortuito es aquél provocado por la naturaleza, o aquél hecho imprevisible, mientras que la Fuerza Mayor es el acto del hombre o el acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el **PROVEEDOR** se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, ante lo cual debe presentar al **COMITÉ** como mínimo cinco (05) días hábiles antes de presentar su **Expediente de Conformidad de Entrega** para el pago, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes. El **COMITÉ** debe trasladar el pedido como máximo hasta el día hábil siguiente a la Unidad Territorial, y la o el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, eleva el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**.

Los elementos probatorios pueden ser: fotografías y videos visibles (con fecha y hora), resoluciones o constancias emitida por la autoridad competente u otros, reportes periodísticos, denuncia policial o acta de constatación policial, reporte del registro del SIGO Proveedores, documentos que acreditan la compra de productos (órdenes de compra de productos que acredite la recepción del distribuidor, facturas, guías de remisión, voucher o cheques de depósito), entre otros elementos que acrediten los hechos suscitados.

53. En cuanto a ello, el caso fortuito o fuerza mayor es una de las causas no imputables al deudor<sup>12</sup>, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación (rectius, de la prestación) o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso – *Artículo 1315° del C.C.* Estos requisitos no tienen por qué presentarse necesariamente de manera conjunta para que opere el efecto liberatorio pues lo decisivo es que, en el caso concreto, se presente una circunstancia suficientemente determinante del incumplimiento.
54. En tanto la causa no imputable se impone, ante todo, como un límite a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, «*el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, [...de modo tal que] éste no quede liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito*»<sup>13</sup> o fuerza mayor.
55. Lo ordinario o común no es fortuito; empero, lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales, por lo que «*no deben inducir, jamás, a descuidar el análisis relativo a la precisa determinación de la actividad a la que se encuentran obligadas las empresas, según la naturaleza del servicio*»<sup>14</sup>.
56. En cuanto a la imprevisibilidad, autorizadamente se ha sostenido que no constituye un atributo del caso fortuito, dada la irrefutable comprobación de que existen hechos perfectamente previsibles (*fenómenos atmosféricos de gran dimensión, por ejemplo, susceptibles de ser pronosticados por los meteorólogos*) que pueden, con todo, revestir carácter liberatorio de responsabilidad<sup>15</sup>. Con todo, como quiera que se encuentra prescrito en el C.C. no podemos ignorarlo, por lo que, para su aplicación debemos tener en cuenta la interpretación ofrecida por la doctrina francesa, que aprecia en ella, ni más ni menos, un indicio de la irresistibilidad, y considera que para juzgar un evento como imprevisible, hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> De acuerdo con lo prescrito en los artículos 1314°, 1315°, 1316°, 1970° y 1972° del C.C. las causas no imputables al deudor son: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho propio de la víctima.

<sup>13</sup> ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*, vol. IV, La responsabilita civile, Giuffre, Milán, 1999, pág. 333.

<sup>14</sup> BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni*, en *Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffre, Milán, 1991. Pág. 479.

<sup>15</sup> ALPA, Guido. *Óp. Cit.* Pág. 334.

<sup>16</sup> CHABAS, Franyois. *Force Majeurfi'*, en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil*. Tomo VI, 2002. Pág. 4.

57. En cuanto a la irresistibilidad, debemos tener en cuenta que la causa que se alegue como no imputable, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor; esto es así en la medida que el caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por ningún medio.
58. Es pertinente destacar, que a las características señaladas por el legislador peruano –*extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad*– se añade, por parte de la mejor doctrina francesa, la exterioridad, en el sentido de que solamente los eventos de origen extraño a la persona del deudor o a la de sus dependientes –*en el caso de las empresas*– podrán ser considerados como eximentes de responsabilidad<sup>17</sup>.
59. Asimismo, a efectos de verificar si en las condiciones expuestas por el Consorcio resultaba posible o no que se ejecute la prestación a su cargo, corresponde tener presente los siguientes artículos del Código Civil:

**Artículo 1314. –**

*Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

**Artículo 1315. –**

*Caso Fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

**Artículo 1316. –**

*La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.*

*Si dicha causa es temporal, **el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure**. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar*

---

<sup>17</sup> CHABAS, Franyois. Óp. Cit. Pág. 12.

*obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.*

*También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.*

60. En postura de **COTTINO**, los conceptos de causa no imputable e imposibilidad de la prestación «...se coloca en efecto sobre dos planos diversos, en relación [...] de causa a efecto...»<sup>18</sup>. En doctrina, se han identificado hasta tres nociones de imposibilidad, a saber:

- Que la imposibilidad como límite de responsabilidad del deudor, sea *absoluta* y *objetiva*. Absoluta en los términos planteado por **OSTI**, significa que, en función de la intensidad del impedimento, este se presenta de modo tal que no puede ser vencido de ningún modo por las fuerzas humanas<sup>19</sup>. Esto es, que el impedimento que se presenta sea de tal naturaleza que «...no pueda ser superado de ningún modo cualquiera sea el esfuerzo aplicado...»<sup>20</sup>. Es objetiva en función a la extensión del impedimento y se tiene a la prestación en sí misma: Cuando ésta no es susceptible de ser ejecutada por ninguna y no solo por el deudor<sup>21</sup>.

En consecuencia, cuando se dice que la imposibilidad para calificar como límite de la responsabilidad debe ser objetiva y absoluta, se está señalando que la prestación no pueda ser ejecutada pese al esfuerzo *-que pueda desplegarse-* por ningún sujeto y no solo por el deudor colocado en posición de cumplir.

<sup>18</sup>COTTINO, Gastone. «Boce: Caso Fortuito e Forza Maggiore». En: «Enciclopedia del Diritto». Tomo VI. DOTT. A. Giuffré Editore. Milano. Italia 1960. Pág. 377

<sup>19</sup>OSTI, Giuseppe. «Revisione Critica Della Teoria Sulla Impossibilità Della Prestazioni». En: «Rivista di Diritto Civile». Anno X. Società Editrice Libreria. Milano. Italia. 1918. Pág. 220.

<sup>20</sup>BIANCA, Massimo. «Diritto Civile». Tomo IV: «L'Obbligazione». Dott. A. Giuffré Editore S.P.A. Milano. Italia. 1991. Pág. 531.

<sup>21</sup>OSTI, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 2216.

- Que la imposibilidad como límite de la responsabilidad del deudor sea relativa, *pero siempre objetiva*. Esto es, que el análisis de la imposibilidad se realice en función «...al contenido de la concreta relación que se trate, así como resulta determinada por su fuente...»<sup>22</sup>, pero que no quepa ser realizada por ninguna persona que pudiera colocarse en la posición de deudor.
  
  - Que la imposibilidad como límite de la responsabilidad del deudor sea *relativa y subjetiva*. Esto es, medida «...en función a un impedimento que no pueda ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia, superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio, o como apropiado a la particular obligación que se trate...»<sup>23</sup>, referida concretamente a la posición del deudor, pese a que podría ser ejecutada por otros.
61. Conforme a lo anterior, desde una óptica legal cabe sostener que la valoración de la imposibilidad como límite de la responsabilidad del deudor en nuestro Código Civil admite tanto ser realizada desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Empero, aún bajo los perfiles subjetivistas de la responsabilidad contractual en el Código Civil peruano, el juicio de imposibilidad debe ser valorado siempre en términos objetivos, por cuanto afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer a la diligencia (en tanto ausencia de culpa) y no a la imposibilidad misma como límite de la responsabilidad del deudor.
62. Discusión aparte merece afirmar si la imposibilidad debe ser absoluta o relativa, siendo esta última la que se adapta a la normativa legal peruana y a la zona de frontera entre diligencia o imposibilidad regulada en los artículos 1314° y 1315° del Código Civil como reglas de responsabilidad/exoneración, toda vez que el grado de esfuerzo exigible a un deudor para superar obstáculos al cumplimiento, de hecho varía según la utilidad comprometida en el deber de prestación del deudor, tal y como lo señala BETTI cuando indica que «...la prestación debida en los varios tipos de relación puede ser diversa y reclama un esfuerzo de cooperación distinto...»<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> DI MAJO, Adolfo. «La Responsabilità Contrattuale». G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 1997. Pág. 58.

<sup>23</sup> OSTI, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 220. Véase también: BIANCA, Massimo. Ob. Cit. Págs. 534 – 535.

<sup>24</sup> BETTI, Emilio. «Teoría General de las Obligaciones». Tomo I. Traducción de la Edición Italiana por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1969. Pág. 125.

63. En tal sentido, conforme a la normativa contenida en el Código Civil peruano, la imposibilidad de ejecución de una obligación debe ser medida como imposibilidad objetiva y relativa, en donde se entenderá que la ejecución de cierta prestación es imposible si, tomando las características completas de la operación económica en particular, el deudor o un tercero en la posición del deudor, pese al incremento de cierto nivel de diligencia, no puede ejecutar la prestación comprometida.
64. Dicho lo anterior, debemos precisar que, respecto de la cuestión controvertida, en el Contrato se estableció como obligaciones del Consorcio, las siguientes:

***“Cláusula Octava: Obligaciones del proveedor***

*El proveedor se sujetará a las siguientes obligaciones:*

*8.1. Cumplir con lo dispuesto en el Manual de Proceso de Compras, las Bases integradas del Proceso de Compra y sus anexos, así como, lo establecido en su propuesta y la normativa emitida por el PNAEQW.*

*(...)*

*8.9. Realizar la georreferenciación y sincronización de información de todas las entregas utilizando el respectivo aplicativo informático, de acuerdo con el **Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas** aprobada por el **PNAEQW**.*

*La sincronización debe realizarse de forma previa a la presentación del **Expediente de Conformidad de Entrega**.*

65. Conforme a ello, era una obligación del Consorcio realizar la georreferenciación de todas sus entregas en el día que se realizaban efectivamente, y que en caso de incumplimiento se le aplicaría una penalidad por institución educativa. Asimismo, en caso de imposibilidad en el cumplimiento de dicha obligación, debía realizar el procedimiento pactado para la no aplicación de penalidades.
66. Considerando el marco conceptual y normativo antes indicado, así como, lo pactado por las partes en el Contrato, corresponde analizar los hechos acontecidos en este caso.
67. Tenemos entonces que conforme se ha manifestado anteriormente, el Consorcio con fecha 6 de marzo de 2018 realizó la entrega de los productos en las instituciones educativas 24383 y 25509-2, siendo que con fecha 21 de mayo de



2018, mediante Carta Notarial N°017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC, el Comité comunica al Consorcio la aplicación de penalidades por la primera entrega, ítem Coracora:

El presente tiene como finalidad comunicarle la aplicación de la penalidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales según lo establecido en el CONTRATO N° 001-2018-CC-AYACUCHO 4/PRODUCTOS – ítem Coracora, Adenda N° 001, primera entrega:

**Causal 01:** Referidas a la entrega de productos:

N°	Causales de Incumplimiento	Penalidad
8	No cumplir con registrar en el Aplicativo Informático en el día correspondiente, la georreferenciación que evidencie la entrega de productos dentro de la IIEE, de conformidad a lo declarado en el Formato N° 12 (requisito obligatorio N° 19) y de las obligaciones del PROVEEDOR establecidas en las Bases, Contrato y en el protocolo correspondiente.	0.5% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada IIEE no registrada.

N° Entrega	MOTIVO DE LA OBSERVACIÓN	N° de Instituciones Educativas	Monto de la Penalidad
1	Proveedor no cumplió con registrar en el Aplicativo Informático conforme al numeral 10.4.4 del Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas del PNAEQW	02	S/ 2,975.51

(\*)  $(297,551.20 * 0.5\% * 2 \text{ IIEE}) = 2,975.51$

68. Al respecto, se tiene que como previamente había caído un rayo en la zona como consecuencia de una tormenta eléctrica, el Consorcio ha señalado que debido al riesgo de que se vuelva a suscitar una descarga por el uso de aparatos eléctricos, no se pudo realizar la georreferenciación.
69. Tal afirmación se puede corroborar mediante las actas presentados por el Consorcio con el escrito de fecha 9 de marzo de 2020, donde se deja constancia de los inconvenientes para el uso del aplicativo de QW el 6 de marzo de 2018:

92

Acta De Incrementos del uso de Aplicativo  
Qui Proveedores en la entrega de productos del  
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali  
Warmas en la institución Educativa Inicial N° 24383 Niego Mayo

Revisadas con la señora Directora Judith Roxana Oro Benavente de dicha institución, y Representante del Consorcio Grupo DH Jhon Ramos Coronilla para levantar el acta por el motivo de la inoperancia fútil, descargas eléctricas y apagón de luz que imposibilitó el trabajo del uso del equipo celular donde se encuentra el aplicativo Qui Proveedores y se prohibió al personal de distribución el uso de dicho equipo para el resguardo de su integridad personal, por el cual en el momento de la entrega de productos no se realiza la geotecnificación pidiendo la subsanación al día siguiente mediante el presente acta.

Cabe mencionar que se entregó la dotación de productos correspondiente a la primera entrega de manera completa y conforme según el acta de entrega y Recepción de productos N° 49616 con N° de guía de remisión N° 001-000126 cumpliendo con el plazo de entrega establecido.

NO habiendo más puntos a tratar se cierra el acta a horas 3:00 de la noche del día Martes 06 de Marzo del presente año

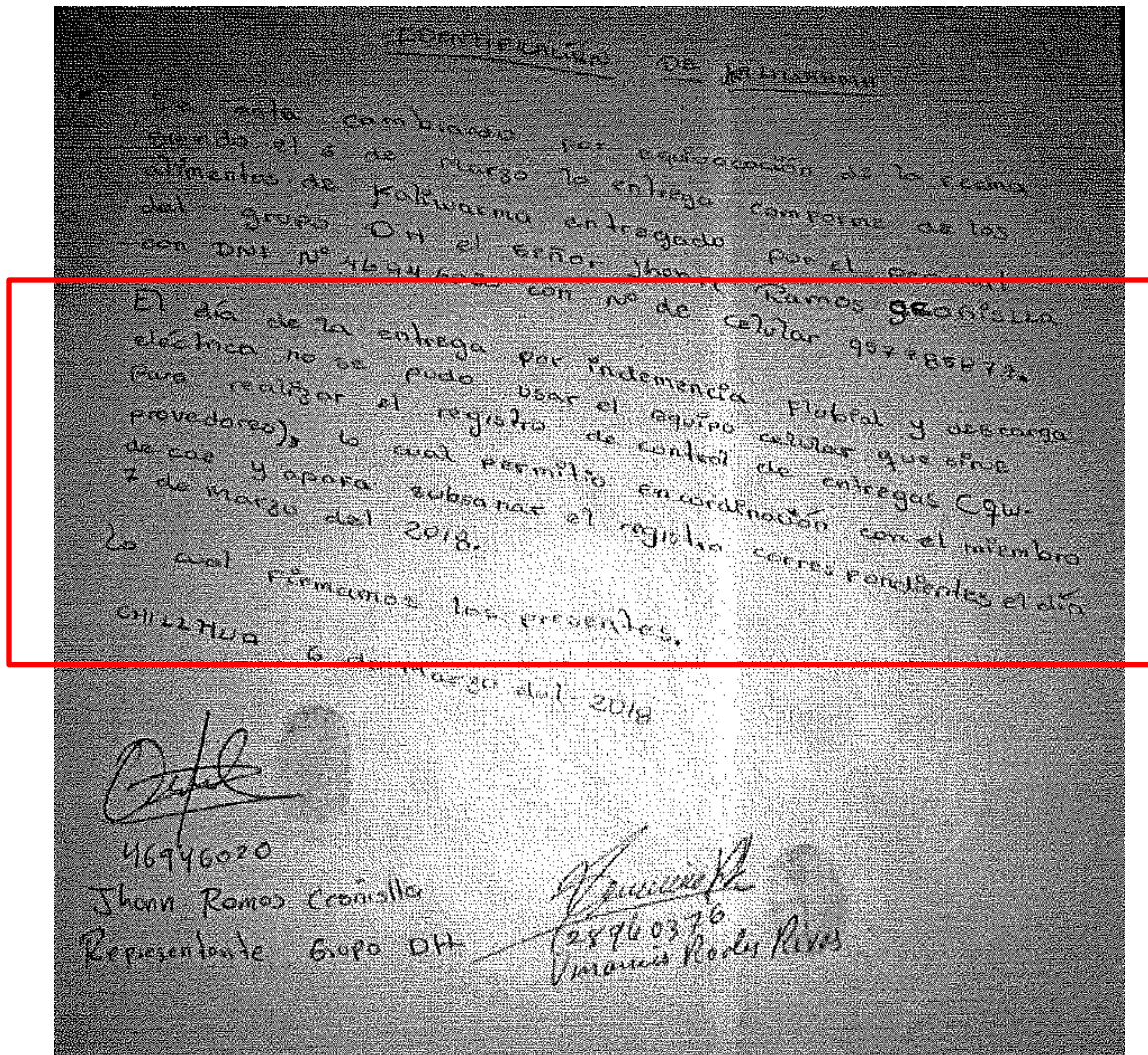
Al pie del acta firman los presentes para su mayor validez.

46946020

Jhon Ramos Coronilla  
Representante Consorcio  
Grupo DH



JUDITH ROXANA ORO BENAVENTE  
10923187  
Directora I.E.I. 24383



70. Como se puede verificar en las actas presentadas por el Consorcio, los miembros del CAE<sup>25</sup> que recibieron los alimentos, dieron cuenta de las circunstancias acontecidas y prohibieron el uso de dispositivos eléctricos, como celulares<sup>26</sup>, por el riesgo que ello implicaba para la integridad de las personas, por lo tanto, se vieron imposibilitados de realizar la georreferenciación el mismo día de las entregas; esto

<sup>25</sup> Debe tenerse en cuenta que el CAE se constituye en cada institución educativa pública por cada nivel educativo que recibe el servicio alimentario de Qali Warma (inicial, primaria y secundaria), encontrándose conformado como mínimo por tres integrantes (El/la director/a y dos madres o padres de familia de la institución pública) y como máximo por cinco integrantes:

El/la director/a, o quien haga sus veces, de la institución educativa pública, es quien preside el Comité, y podrá delegar sus funciones en un docente y/o administrativo de su institución educativa pública.

Un (01) representante de docentes de nivel inicial y/o primario y/o secundario de la Institución Educativa, según corresponda.

Tres (03) representantes de las madres o padres de familia de la Institución Educativa Pública.

<https://www.qaliwarma.gob.pe/como-lo-hacemos/comites-de-alimentacion-escolar-cae/>

<sup>26</sup> herramienta utilizada para el registro en el aplicativo QW proveedores de la georreferenciación de las entregas de productos.

es, el cumplimiento de la prestación en los términos contratados no podía ser ejecutado por el Consorcio.

71. Asimismo, se puede advertir que si bien no pudo realizar la georreferenciación el 6 de marzo de 2018, por los motivos expuestos, ello si se llevó a cabo el 7 de marzo de 2018, tal como se puede apreciar en los reportes de entregas de proveedor, en donde se consignó en las observaciones los motivos por los cuales se dio la imposibilidad:

**Institución Educativa N°24383**

07/03/2018 Registro Breo K

		<b>REPORTE DE ENTREGAS DE PROVEEDOR A INSTITUCIONES EDUCATIVAS</b>		PROCESO DE COMPRAS 2017-1 UNIDAD DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN SIGO PARA PROVEEDORES	
USUARIO:	QWP1807517	ITEM:	CORACORA		
PROVEEDOR:	CONSORCIO GRUPO DH	COMITE DE COMPRA:	AYACUCHO 4		
CONTRATO:	0001 - 2018 - C.C. AYACUCHO 4/PRODUCTOS	UNIDAD:	U.T. AYACUCHO		
N° REGISTRO:	1333652	IMEI:	884652019166563	TIPO VEHICULO:	CAMIONETA
FECHA:	07/03/2018 04:14:16 p.m.	TIPO:	SMARTPHONE	PLACA:	
SINCRONIZACIÓN:	13/03/2018 09:15:13 a.m.	MARCA/MODELO:	SAMSUNG		
LATITUD:	-14.6435873	LONGITUD:	-73.7553993	ALTITUD:	0.0
MINEDU LATITUD:	-14.643696459961	MINEDU LONGITUD:	-73.755599758059	DIFERENCIA:	36.1
NOMBRE IIEE:	24383	ENTREGA:	1		
COD. MODULAR:	1320779	ANEXO:	0		
DEPARTAMENTO:	AYACUCHO	PROVINCIA:	PARINACOCCHAS	NIVEL:	INICIAL
				DISTRITO:	CORACORA
OBSERVACIONES:	SE REALIZO LA ENTREGA CONFORME A ESTA HORA PREVIA COORDINACION CON LA DOCENTE, SIN EMBARGO NO SE PUDO REALIZAR LA GEORREFERENCIACION POR INCONVENIENCIAS CLIMATICAS LO CUAL SE DEJO CONSTANCIA EN EL LIBRO DE ACTAS DE LA INSTITUCION				

**Institución Educativa N° 25509-2**

5/2018 Registro Breo K

		<b>REPORTE DE ENTREGAS DE PROVEEDOR A INSTITUCIONES EDUCATIVAS</b>		PROCESO DE COMPRAS 2017-1 UNIDAD DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN SIGO PARA PROVEEDORES	
USUARIO:	QWP1807517	ITEM:	CORACORA		
PROVEEDOR:	CONSORCIO GRUPO DH	COMITE DE COMPRA:	AYACUCHO 4		
CONTRATO:	0001 - 2018 - C.C. AYACUCHO 4/PRODUCTOS	UNIDAD:	U.T. AYACUCHO		
N° REGISTRO:	1403038	IMEI:	366793081122390	TIPO VEHICULO:	CAMIONETA
FECHA:	07/03/2018 09:05:18 p.m.	TIPO:	SMARTPHONE	PLACA:	
SINCRONIZACIÓN:	13/03/2018 12:47:51 p.m.	MARCA/MODELO:	SAMSUNG		
LATITUD:	-14.7590337	LONGITUD:	-73.8487009	ALTITUD:	0.0
MINEDU LATITUD:	-14.7588101791382	MINEDU LONGITUD:	-73.840950012207	DIFERENCIA:	36.1
NOMBRE IIEE:	25509-2 HX-V FORTUNATO CONTRERAS GUTIERREZ	ENTREGA:	1		
COD. MODULAR:	1391242	ANEXO:	0		
DEPARTAMENTO:	AYACUCHO	PROVINCIA:	PARINACOCCHAS	NIVEL:	PRIMARIA
				DISTRITO:	CORACORA
OBSERVACIONES:	LA ENTREGA SE REALIZO DE MANERA CONFORME EL DIA 06 DE MARZO SIN EMBARGO NO SE REALIZO LA GEORREFERENCIACION RESPECTIVA DEBIDO A DESCARGAS ELECTRICAS; POR LO CUAL EN COORDINACION CON EL MIEMBRO DE CAE O FIRMO LA RESPECTIVA ACTA SE SUBSANO EL REGISTRO A ESTA HORA				

72. De lo analizado hasta aquí, se puede inferir que el Consorcio no realizó la georreferenciación el día de la entrega, por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, no imputables a él, que impidieron el cumplimiento de su obligación, no obstante ello, dejó constancia de dicha imposibilidad con las actas suscritas conjuntamente con los representantes de CAE (medio probatorio idóneo para acreditar la imposibilidad y el caso fortuito y fuerza mayor), a efectos de poder subsanar dicha situación en cuanto fuera posible, que en el presente caso fue al día siguiente, el 7 de marzo de 2018, fecha en la se realizó la georreferenciación.

73. No obstante, debemos tener en cuenta también que en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato se estableció el procedimiento para la no aplicación de las penalidades:

***15.5 No se aplican penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el presente contrato, ante lo cual debe presentar al COMITÉ como mínimo cinco (05) días hábiles antes de presentar su Expediente de Conformidad de Entrega para el pago, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes.***

74. Al respecto, el Consorcio afirma haber realizado dicha solicitud el 7 de marzo de 2018; por su parte, la Entidad niega dicha alegación indicando que el Demandante no acreditó haber iniciado el mencionado trámite.

75. Sobre el particular, se debe tener en consideración que de la revisión del expediente se advierte que no existe ningún medio probatorio que acredite lo alegado por el Consorcio, quien en su propio escrito de fecha 9 de marzo de 2020 señala que con fecha 07 de marzo de 2018 presentó la solicitud de inaplicación de penalidades con las pruebas correspondientes, la cual -según afirma- fue rechazada por ser extemporánea; sin embargo, no acreditó ni la solicitud de inaplicación ni el rechazo de la Entidad.

76. Del análisis se advierte que si bien el Consorcio habría tenido imposibilidad para realizar la georreferenciación, las partes acordaron un procedimiento específico para

la inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, de modo tal que el Consorcio debió realizar dicho procedimiento; sin embargo, ello no ha sido acreditado y tampoco ha justificado que se deba desconocer el referido procedimiento. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral, no ha llegado a la convicción de que el Demandante haya realizado la debida diligencia en el cumplimiento de los términos contractuales.

77. Por tales motivos, la penalidad aplicada al Consorcio es válida, resultando **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad impuesta por la primera entrega de productos comunicada mediante Carta Notarial N 017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC por la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles).

## SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

---

*Que el Tribunal Arbitral disponga dejar sin efecto la penalidad impuesta al demandante por la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por no acreditar la entrega de productos locales durante el período de atención de las entregas II.EE.*

---

### Posición del Demandante

78. Señala que con fecha 6 de febrero de 2018, tres días antes de la fecha límite para la presentación de la documentación para la liberación de productos, presentó la documentación correspondiente para efectos de la evaluación por parte de la Unidad Territorial Ayacucho Comité de Compras 4, habiendo solicitado el intercambio de productos regionales el día 8 y 9 de febrero de 2018.
79. Manifiesta que luego de presentar la documentación, en ningún momento se les hizo saber de observaciones y objeciones a la documentación presentada; por el contrario, se les dio la conformidad para la liberación de productos, pues de acuerdo

al protocolo de Supervisión de Liberación de Raciones y Productos en el numeral 11.2 incisos 11.2.1, 11.2.2, 11.2.3 y 11.2.4 se señala que “durante la verificación de los documentos, la SPA debe realizar el registro de información de productos y el resultado de la evaluación correspondiente en el aplicativo web (SIGO) en el módulo de liberación”. Por ello, en la ficha de supervisión modalidad de productos N° 148407, en el rubro compromisos asumidos, se constata lo siguiente:

COMPROMISOS ASUMIDOS		
s	DESCRIPCIÓN	EVALUACIÓN
	Promesa de entrega de productos locales por cada entrega, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las Instituciones educativas.	CONFORME

80. De esa forma, señala que la Entidad dio conformidad al cumplimiento de los compromisos asumidos por el Consorcio, sin que se hayan realizado observaciones a la presentación de la documentación correspondiente.
81. Dada la conformidad, el Demandante señala que se procedió a realizar las entregas de los productos, es decir que se cumplió al 100% con la prestación.
82. Por estas razones, no correspondería la aplicación de la penalidad, pues se cumplió los procedimientos establecidos por el PNAEQW, tanto en la supervisión de la documentación presentada, como en la supervisión realizada en los establecimientos de las empresas que forman parte del Consorcio, no habiéndose realizado observaciones de ninguna naturaleza que justifiquen la penalidad impuesta.
83. Sin embargo, el Demandante argumenta que fue penalizado por no haber cumplido con la entrega de tres (3) productos locales de diferentes grupos de alimentos por cada entrega a todas las instituciones educativas, siendo que al haberse verificado el cumplimiento de la declaración jurada (Formato 17), no se advirtió ello en el momento de la supervisión y se dio la conformidad para la Liberación de los Productos; de este modo, lo actuado por la supervisión tendría carácter vinculante y no correspondería que se les aplique penalidad por la supuesta comisión de un

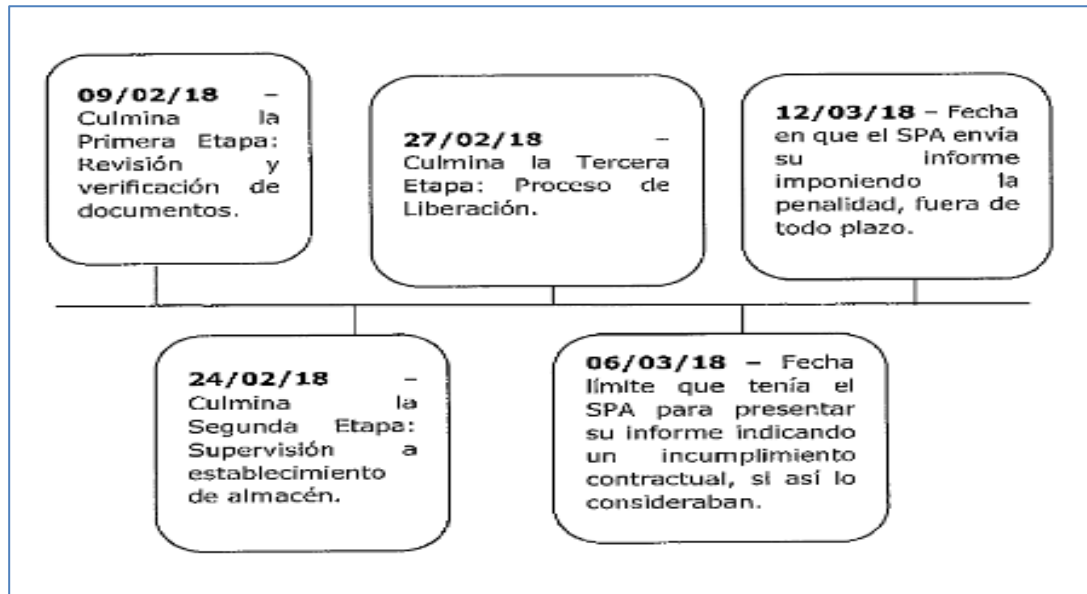
incumplimiento contractual, debiendo en tal caso, aplicarse la teoría de los actos propios.

84. El Consorcio afirma que en ningún momento se le dio la oportunidad de conocer y poder subsanar las supuestas omisiones y, por tanto, canalizar de manera correcta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por el contrario, se le aplicó una penalidad.
85. Señala que esta afirmación es falsa, pues de acuerdo al protocolo de liberación, el SPA (Supervisión de Plantas y Almacenes) tiene por obligación la verificación de los documentos que acreditan la entrega de 1, 2 o 3 productos locales según el compromiso firmado por el proveedor, y esto debe ser verificado a través de la autorización sanitaria expedida por SENASA o la validación técnica del JASAP o los protocolos técnicos de habilitación o registro de planta de procesamiento industrial expedido por SANIPES.
86. Alega que en la primera etapa referida a “revisión y verificación de documentos”, el SPA debió verificar si se cumplía o no con la promesa de entregar 3 productos locales por grupo, es decir, que si ellos consideraban que no se contaba con los 3 productos locales debieron indicar la “no conformidad”, hecho que no ocurrió y que motivó a que se pase sin ningún problema a la segunda etapa.
87. Manifiesta que para contextualizar, dentro del protocolo de liberación se indica que es la “no conformidad”, siendo éste el incumplimiento de un requisito establecido en las especificaciones técnicas de alimentos, modalidad, raciones y/o productos, contrato del proveedor, bases integradas, proceso de compra 2018 y manual de compra.
88. También señala que en el protocolo de liberación se observa un cuadro de ejemplos sobre cada término utilizado en la evaluación de expediente, y respecto del término “no conforme” se indica lo siguiente: *si no cumple con el número de productos locales según su compromiso*. De este modo, según el protocolo, el hecho debió ser observado en la primera etapa. La no observación determinó que se pase a la segunda etapa.



89. En la segunda etapa “*etapa de supervisión de establecimiento*”, el Consorcio volvió a recibir la conformidad. En esta etapa, la Entidad llena la “ficha de modalidad de supervisión y modalidad de productos”, en la cual se indica sobre los compromisos asumidos por el proveedor, lo siguiente: “*promesa de entregar los productos locales por cada entrega de acuerdo al requerimiento de productos locales en las instituciones educativas*”, en donde indica: conforme.
90. La tercera etapa es la de “liberación de productos”, en la cual se da el espacio para la distribución a las instituciones educativas. El Consorcio señala que producida la distribución es que recién, y fuera del plazo, se les notifica la no conformidad. Cabe resaltar que en el “protocolo para la supervisión y liberación” se establece un plazo para indicar una no conformidad: “*Para los casos de incumplimiento al contrato o situaciones que impliquen riesgo a la salud pública la SPA debe comunicar por la vía más rápida el evento al CTT quien comunicará inmediatamente a la jefa de la Unidad Territorial para que tome medidas del caso en un plazo no mayor a 24 horas adjuntando el acta de Supervisión y la Liberación así como las evidencias correspondientes*”.

Al respecto, el Consorcio señala que si hubo un incumplimiento del Contrato, la Entidad debió notificarle dentro de las siguientes 24 horas adjuntando todas las pruebas en el Acta de Supervisión y Liberación. Agrega que en el Acta de Supervisión y Liberación no se indica nada respecto a un posible incumplimiento de contrato; es más, en el protocolo también se indica que: “*el SPA debe presenta un informe técnico en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de culminado el proceso de liberación*”. Dicho proceso terminó el día 27 de febrero de 2018, por ende, el SPA tenía cinco (5) días hábiles para presentar su informe indicando el tema de incumplimiento contractual en caso así lo considera; entonces dicho informe podía ser presentado hasta el día 6 de marzo del 2018, para así poder facilitar al proveedor el intercambio del producto o buscar una solución dentro de un tiempo prudente, pero el SPA recién hace su informe el día 12 de marzo de 2018, no respetando el plazo establecido en el protocolo para la supervisión y liberación e impidiendo que se pueda corregir error alguno.



### Posición de la Demandada

91. La Entidad señala que de los argumentos esbozados por el Demandante se tiene que éste presentó su expediente para la liberación de los productos y que la Entidad no habría cumplido con realizar las observaciones a los productos presentados obteniendo como resultado la conformidad, razón por la cual solicita se deje sin efecto la aplicación de penalidades.
92. Al respecto, señala que en la ejecución del presente Contrato existen etapas que las partes deben cumplir y que para la presente controversia hay que distinguir claramente la etapa en lo que se produjo el incumplimiento que trajo consigo la aplicación de penalidades.
93. En ese sentido, manifiesta que hay que distinguir la etapa de liberación (en la que el Demandante argumenta que la Entidad no observó) del periodo de atención (inobservancia y/o incumplimiento del Demandante por el que se aplica la penalidad), que son etapas independientes y que tienen por finalidad garantizar una atención oportuna del servicio alimentario; así se tiene que conforme al Manual y a la Cláusula Cuarta del Contrato se establece, respectivamente, lo siguiente:

**CLÁUSULA CUARTA: CRONOGRAMA DE ENTREGA**

Los productos deben entregarse en las Instituciones Educativas de acuerdo a los plazos establecidos en el siguiente cronograma:

N° Entrega	Plazo máximo de presentación de expedientes para liberación (*)	Plazo máximo de liberación (**)	Plazo de distribución por entrega (***)	Días de Atención por entrega	Período de Atención por entrega
1	Hasta el 9 de febrero del 2018	Hasta el 23 de febrero del 2018	Del 26 de febrero al 6 de marzo del 2018	20	Del 12 de marzo al 10 de abril del 2018

- “Período de Liberación de productos” está referida a la etapa en que se ingresa la documentación completa y conforme para la revisión y conformidad correspondiente.
- “Período de Atención”<sup>5</sup> que comprende los días de atención efectiva para los cuales se brinda una cantidad determinada de alimentos o raciones de acuerdo al número de usuarios.

94. Así, cuando el Demandante señala que la Entidad no habría cumplido con realizar las observaciones correspondientes está aludiendo a la etapa de liberación de productos (la cual se da con la presentación de documentos que deben acreditar los productos a ser liberados conforme al Contrato), etapa que no es materia de controversia, dado que la aplicación de penalidad se da durante el periodo de atención de la entrega.
95. La Entidad manifiesta que al requerir 3 productos locales de diferentes grupos alimenticios, lo hizo teniendo en cuenta el componente alimentario y los hábitos de consumo locales acorde a los requerimientos y recomendaciones de energía y nutrientes por etario de la población objetivo del programa y a las zonas donde residen, de allí la importancia que los compromisos asumidos tengan para ser cumplidos en forma estricta.
96. Precisa que el Supervisor de Plantas y Almacenes, conforme a sus funciones, ha verificado la promesa de entrega de productos locales, tal es así que se emitió como resultado: conforme.

97. Por lo tanto, señala que no era función del supervisor, verificar en la etapa de liberación, que los productos sean de distintos grupos de alimentos, por cuanto esto recién se lleva a cabo y/o se materializa en el periodo de atención, cuando se entregan los productos (que es por lo que realmente se ha penalizado al proveedor), en el cual se evidencia que el Proveedor/Demandante incumplió su compromiso de entregar los 03 productos locales de distinto grupo de alimentos tal y como lo señala el Informe N° 030-2018-MIDIS-PNAEQW-UTAYAC/SCC4-MHA de fecha 03 de mayo de 2018, obligación a la cual se había comprometido de acuerdo con lo declarado en el Formato 17:

*Formato N° 17: Sobre la Entrega de productos locales, en la parte pertinente establece: "Me comprometo a entregar TRES (03) producto (s) local (es) de distinto grupo de alimentos por cada entrega para todas las Instituciones Educativas, entendiéndose que el producto local es aquel producto de procesamiento primario o industrializado (que puede incluir productos de la biodiversidad nativa) dentro del ámbito de la región. Los productos deben ser de origen local, siempre que el procesamiento y/o fabricación y/o fraccionamiento y/o envasado, se realice en el ámbito de la región a la cual postula"*

98. La Entidad manifiesta que adicionalmente el Demandante se hizo acreedor a 15 puntos adicionales respecto de los demás postores al haber ofertado 03 productos locales de diferentes grupos de alimentos, situación que finalmente no cumplió al momento de la atención.
99. Para mayor abundamiento, menciona que de la comparación entre las Actas de Entrega y Recepción de Productos y la Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos en la modalidad de Productos, el Demandante entrega dos productos del mismo grupo (lenteja y arveja) difiriendo con lo que se había comprometido:

**Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos en la modalidad de Producto<sup>6</sup>**

GRUPO	ALIMENTO	MARCA	PROCEDENCIA
Grano andino	Quinua	D'Valle	Local
Menestra 1	Lenteja	D'Valle	Local
Menestra 2	Arveja	D'Valle	Local

100. Por tal razón, la Entidad conforme a sus facultades de supervisión previstas en los numerales 136 y 139 del Manual de Compras, a fin de cautelar el adecuado

cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor contratado, que incluye los términos ofrecidos en las propuestas técnicas, advierte dicha irregularidad por parte del Proveedor/Demandante y aplica la penalidad mediante Carta Notarial N°017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC de fecha 21 de mayo de 2018; siendo que, más allá del incumplimiento contractual, debe tenerse en cuenta que la afectación recae en contra de los usuarios del PNAEQW, es decir una población vulnerable (escolares).

101. Asimismo manifiesta que, como ha indicado en la Audiencia de Sustentación de Posiciones, conforme al acta de liberación adjuntada por el propio Demandante, el supervisor verificó la existencia de los compromisos asumidos por el Contratista, evaluándolo como conforme, incluyendo la promesa de entrega de productos locales por cada entrega, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las instituciones educativas. En otras palabras, **el supervisor en la etapa de liberación verificó la existencia de tal promesa de entregar productos locales del contratista por lo que no realizó observación alguna**. Sin embargo, luego de ejecutada la primera entrega de productos, se verificó que el Contratista entregó tres productos locales (lenteja, arveja y quinua) que pertenecen a dos grupos de alimentos y no a tres como correspondía: menestras (lentejas y arvejas) y Grupo Andino (quinua). Es decir, se constató que el Contratista incurrió en la causal N°18 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato en la que se establece el siguiente supuesto: *“No acreditar la entrega de productos locales durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica, sino más bien, se sustenta en que la supervisión en la liberación agotaba cualquier supervisión posterior”*.
102. Señala que sin perjuicio de ello, hay que distinguir la etapa de liberación de la etapa de entrega de los productos a las instituciones educativas, así como precisar si la facultad supervisora del programa precluye en la etapa de liberación, pues conforme se encuentra pactado en el contrato la facultad de supervisión que realiza Quali Warma se materializa en ambas etapas de la ejecución contractual, siendo en la etapa de liberación de productos que se verifica que los productos que van a ser liberados cumplan con todos los requisitos y documentación exigida, mientras que en la etapa de entrega y recepción de los productos se verifica las cantidades de los

productos que se reciben, que los productos sean los que realmente fueron objeto del Contrato y que cumplan con las condiciones pactadas, entre otros aspectos.

103. En ese sentido, alega que en atención a lo dispuesto en el numeral 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, la supervisión se realiza en las distintas etapas de la ejecución contractual, siendo que el hecho que se haya realizado una supervisión en una etapa determinada no supone que no puedan realizarse otras supervisiones respecto al cabal cumplimiento de las condiciones contractuales en otras etapas de la ejecución contractual. Es decir, la supervisión no es preclusiva, no se agota en la etapa de liberación, o en la etapa de entrega y recepción de productos; pues ésta se puede realizar incluso después de haberse otorgado la conformidad para el pago y efectuado el pago siempre que el contrato se mantenga vigente, esto es siempre que no se haya liquidado (Cláusula Quinta del Contrato). Ello porque no existe disposición normativa alguna aplicable a la presente relación contractual que prohíba al Programa realizar supervisiones posteriores a la liberación de productos, por el contrario autoriza a que se realice durante toda la ejecución contractual y porque se trata de un servicio alimentario para niños de escasos recursos económicos que evidentemente requieren un cuidado y control riguroso que debe realizarse durante toda la ejecución contractual. Por tales motivos solicita que esta pretensión sea declarada infundada.

### **Posición del Tribunal Arbitral**

104. En el presente caso, tenemos que el Consorcio afirma haber cumplido con el 100% de la entrega de los productos y la prestación a su cargo, por lo tanto considera que no correspondería la aplicación de la penalidades, pues habría cumplido los procedimientos establecidos por la Entidad, tanto en la supervisión de la documentación presentada, como en la supervisión realizada en los establecimientos de las empresas que forman parte del Consorcio, no habiéndose realizado observaciones de ninguna naturaleza que justifiquen la penalidad impuesta.
105. Sin embargo, afirma que se le habría penalizado por no haber cumplido con la entrega de tres (3) productos locales de diferentes grupos de alimentos por cada entrega a todas las instituciones educativas, siendo que al haberse verificado el



cumplimiento de la declaración jurada (Formato 17), no se advirtió ello en el momento de la supervisión, dándole plazo para subsanar cualquier omisión y se le dio la conformidad para la Liberación de los Productos.

106. Por su parte, la Entidad manifiesta que la penalidad se aplicó en el periodo de atención de los productos y no en la etapa de liberación, ello a su criterio es importante porque se debe distinguir la etapa en lo que se produjo el incumplimiento. Cabe señalar, que el Consorcio habría incumplido con entregar los 03 productos locales de distinto grupo de alimentos, obligación a la cual se había comprometido de acuerdo con lo declarado en el Formato 17.
107. Estando a ello, a efectos de verificar si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades, debemos analizar en primer lugar cuáles fueron las obligaciones a las que se comprometió el Consorcio, luego las penalidades que pactaron y finalmente si existió el incumplimiento mencionado.

108. Así, sobre las obligaciones debemos observar lo establecido en la Cláusula Octava:  
Obligaciones del proveedor, del presente Contrato:

<p>El <b>PROVEEDOR</b> se sujetará a las siguientes obligaciones:</p>	
8.1	Cumplir con lo dispuesto en el <b>Manual del Proceso de Compras</b> , las Bases Integradas del proceso de Compra y sus anexos, así como lo ofertado en su propuesta y la normativa emitida por el PNAEQW.
8.2	Presentar el <b>expediente completo y conforme</b> , con los requisitos obligatorios para la liberación de los productos establecidos en las Bases, dentro de los plazos establecidos en el contrato.
8.3	Garantizar la liberación de los productos en los plazos establecidos en el contrato.
8.4	Entregar los productos de acuerdo con el <b>Cronograma de Entrega</b> establecido en el contrato, dentro de las Instituciones Educativas Públicas en cantidades completas, respetando estrictamente las condiciones contractuales para todos los días de labores escolares dispuestos por la Autoridad Educativa.
8.5	Presentar a la Unidad Territorial las <b>Actas de Entrega y Recepción de Productos</b> firmadas por el miembro del Comité de Alimentación Escolar (CAE), y toda la documentación requerida para el pago dentro del plazo establecido en el <b>Cronograma para la Entrega de Expedientes de Conformidad de Entrega</b> establecido en el contrato. Las únicas actas válidas para la realización del pago son las emitidas desde el respectivo aplicativo informático según el modelo establecido en el Anexo N° 05, adjunto a las Bases.
8.6	Brindar todas las facilidades necesarias para que el <b>PNAEQW</b> , pueda ejercer su derecho a verificar el cumplimiento del contrato. En consecuencia, el <b>PNAEQW</b> queda autorizado a apersonarse de manera inopinada o programada a las instalaciones del <b>PROVEEDOR</b> , a través de sus representantes o de terceros, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de esta facultad debe ser ejecutada, en presencia del <b>PROVEEDOR</b> o un representante autorizado.
8.7	Garantizar la calidad sanitaria de los productos que entrega a cada una de las Instituciones Educativas, sin perjuicio de la responsabilidad civil frente a terceros y penal de ser el caso.
8.8	Contar obligatoriamente con los dispositivos móviles con las características técnicas mínimas requeridas para instalar el respectivo aplicativo informático proporcionado por el <b>PNAEQW</b> , mediante el cual se registra el evento de la entrega en cada una de las instituciones educativas. Dichos dispositivos móviles no pueden ser utilizados por más de un <b>PROVEEDOR</b> . Las características técnicas mínimas requeridas para los dispositivos móviles están establecidas en el Formato N° 19 de la Propuesta Técnica.

109. Asimismo, se advierte que es parte integrante del Contrato el Formato N° 17: Declaración jurada de entrega de productos locales por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de los productos (Anexo N° 04) para todas las instituciones educativas:



**Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Productos Locales por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas**

Señor  
Presidente del Comité de Compra AYACUCHO 4  
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma  
Presente. -

De mi consideración:

Yo, Fior de Liz Huamani Gamarra, de nacionalidad PERUANA, identificado/a con DNI N° 73301099 con domicilio en Av. Las Malvinas S/N - Abancay - Abancay - Apurímac, en mi condición de pastor, representante común del Consorcio GRUPO DH (integrado por: Agroindustrias Renacer E. E. S. C. con RUC 20526937563; Induvalle S.R.L., con RUC 20601809878), con RUC N° 20526937563 con domicilio común en Jr. San Martín S/N - Abancay - Abancay - Apurímac, en relación al Proceso de Compra N° 001-2018-CC- AYACUCHO 4-Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar TRES (03) producto(s) local(es) de distinto grupos de alimentos por cada entrega para todas las Instituciones Educativas, entendiendo que el producto local, es aquel producto de procesamiento primario o industrializado (que puede incluir productos de la biodiversidad nativa) dentro del ámbito de la región. Los productos deben ser de origen local, siempre que el procesamiento y/o fabricación y/o fraccionamiento y/o envasado, se realice en el ámbito de la región a la cual postula.

Los productos locales se acreditarán mediante Autorización Sanitaria expedida por el SENASA, o mediante la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP o Certificación de Principios Generales de Higiene expedido por la DIGESA; o mediante el Protocolo Técnico de Habilitación o Registro de Planta de procesamiento industrial expedido por el SANIPES, en todos los casos dichos documentos deben considerar cualquiera de las operaciones arriba descritas, las cuales serán verificadas por el PNAEQW.

Ratifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

Me afirmo y me ratifico en lo expresado, en señal de lo cual, firmo el presente documento en la ciudad de Avacucho, a los 13 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete.

Atentamente,

*Señor FIOR DE LIZ HUAMANI GAMARRA - Notario de Huancabamba*

110. Se puede observar en la imagen que el Consorcio a través de su representante, se comprometo a entregar tres (03) productos locales de distintos grupos de alimentos por cada entrega para todas las instituciones educativas.
111. Cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Séptima, el Formato N° 17 antes mencionado es parte integrante del presente Contrato al formar parte de las Bases Integradas del proceso de Compra de Productos para la Provisión del Servicio Alimentario 2018 del PNAE Qali Warma:

**CLÁUSULA SEPTIMA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO**

El presente contrato está conformado por sus Anexos, las Bases Integradas del Proceso de Compra con sus Anexos y Formatos, la Propuestas Técnica y Económica del **PROVEEDOR**, disposiciones establecidas en el **Manual del Proceso de Compras** y normativa complementaria.

Las partes reconocen expresamente que ninguno de los documentos que conforman el presente contrato puede contener estipulaciones, condiciones o alcances inferiores a los contenidos en las Bases Integradas del Proceso de Compra. Todo contenido que intente reducir los alcances o exigencias de las Bases Integradas no será válido, siendo en tal circunstancia, de aplicación el requerimiento en las Bases Integradas.

112. Tenemos entonces que el compromiso del Consorcio de entregar los tres (03) productos locales de distinto grupo de alimentos, esta parte del Contrato por lo tanto debe de ser cumplido, salvo acuerdo expreso de las partes que modifique dicho extremo de las obligaciones contractuales.
113. Habiendo determinado las obligaciones del Consorcio, corresponde analizar cuales fueron las penalidades establecidas en caso de incumplimiento. Así tenemos que en la Cláusula Decimo Quinta se estableció la siguiente penalidad para la no acreditación de la entrega de productos locales:

N°	Causales de Incumplimiento	Penalidad
18	No acreditar la entrega de productos locales durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica.	7% del monto total del contrato.

114. Sobre el particular, mediante Carta Notarial N°017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC de fecha 21 de mayo de 2018, se advierte que la Entidad le aplicó una penalidad al Consorcio por la suma de S/ 191,622.97 Soles al no haber cumplido con entregar los tres (3) productos locales de diferentes grupos:

N° Entrega	Causales de Incumplimiento	Monto de la Penalidad
1	No acreditar la entrega de productos locales durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica.	S/ 191,622.97

(\*) (2,737,471.04 \* 7%) = 191,622.97



115. Ahora bien, a efectos de determinar si dicha aplicación de penalidad carece sustento y por lo tanto debe dejarse sin efecto, corresponderá verificar que el Consorcio haya cumplido con entregar lo pactado por las partes.
116. Sobre el particular, de la revisión de los actuados en este proceso advertimos que el Consorcio no acreditó el cumplimiento de la obligación objeto de la imputación de la penalidad, puesto que no se advierte que haya realizado la entrega de los tres (03) productos locales de diferentes grupos.
117. En este punto cabe preguntarse si el hecho de que la Entidad no haya observado al momento de la liberación de los productos el cumplimiento del compromiso de entrega de los productos locales constituye una modificación respecto de la entrega pactado en el Contrato.
118. Sobre el particular debemos señalar que este tipo de variación no se podría realizar de manera unilateral ni tácita, aspecto que confirma el incumplimiento del Consorcio. En todo caso, toda variación de las condiciones y compromisos asumidos por las partes durante la ejecución del contrato, dada su naturaleza formal y la dependencia que éstos mantienen respecto de las Bases administrativas y de la propia oferta del postor, deben constar de modo expreso o, en todo caso, evidenciarse una decisión modificatoria de ambas partes, hecho que no se aprecia ni se sustenta del presente caso, máxime si se tiene en cuenta el carácter explícito de la obligación contraída por el actual demandante.
119. Por tales motivos, la penalidad aplicada al Consorcio es válida, resultando **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta al demandante por la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por no acreditar la entrega de productos locales durante el período de atención de las entregas II.EE.

## TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

---

*Que el Tribunal Arbitral disponga que la demandada abone a favor de la demandante la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) y la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por concepto de penalidades indebidamente aplicadas.*

---

### Posición del Demandante

120. Conforme se ha señalado en los numerales precedentes, dado que la aplicación de penalidad no procede, es que el PNAEQW debe proceder a la devolución de las sumas impuestas como penalidad, tanto por la supuesta falta de georreferenciación como por la supuesta comisión de un incumplimiento contractual por la no entrega de productos locales.
121. En tal sentido, manifiesta que al no haberse configurado los supuestos para la aplicación de las penalidades, estas tienen que ser devueltas.
122. Concluye que ha quedado acreditado que el error que originó la inejecución del contrato no es imputable al proveedor, ya que se denota que la Entidad actuó con negligencia al no realizar las supervisiones necesarias, de manera diligente en las etapas correspondientes, lo que indujo al error al demandante.
123. Asimismo, señala que queda acreditado que sobre la georreferenciación resultó imposible realizar dicho procedimiento por un hecho fortuito que escapa totalmente de las manos del proveedor, como lo es el mal clima en la zona.
124. De igual manera señala que es de conocimiento del Tribunal que las fechas entre diciembre y abril suelen haber muchas precipitaciones en la sierra de nuestro país, lo que muchas veces termina desatando tormentas eléctricas, en las cuales por motivos de seguridad personal y colectiva se prohíben el uso de celulares o cualquier otro dispositivo electrónico a fin de evitar desgracias.

### Posición de la Demandada

125. Manifiesta que como consecuencia de lo expuesto respecto de las pretensiones anteriores, no corresponde la devolución de ningún monto en la medida que la aplicación de las penalidades fueron por causa imputable al proveedor, por lo que no requiere mayor comentario al respecto, correspondiendo declarar infundada esta pretensión.

### Posición del Tribunal Arbitral

126. Teniendo en cuenta el análisis y las conclusiones arribadas en la primera y segunda cuestiones controvertidas, no corresponde la devolución de ningún monto por concepto de penalidades indebidamente aplicadas.

127. Por tal motivo, resulta **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde disponer que la Demandada abone a favor del Demandante la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) y la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por concepto de penalidades indebidamente aplicadas.

### CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

---

*Que el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad abone a favor del demandante la suma de S/ 95,401.00 (noventa y cinco mil cuatrocientos uno y 00/100 soles) por concepto del daño ocasionado a la empresa por la penalidad impuesta, ya que genera puntaje negativo a la misma, lo que debilita su posición frente a los procesos de selección que convoque el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y además de causar otros daños.*

---

## Posición del Demandante

128. Señala que esta pretensión se encuentra acreditada con el daño causado por la Entidad, al haberse impuesto una penalidad sin razonabilidad alguna, en tal sentido, invoca la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, aplicable por expresa disposición del Manual de Compras.
129. Argumenta que el daño ha sido causado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Demandado, al haberse impuesto una penalidad sin sustento alguno, conforme lo ha demostrado a lo largo del arbitraje y con las pruebas presentadas, las que no fueron objeto de tacha o cuestionamiento por parte del Demandado.
130. Menciona que la imposición de penalidades le genera efectos negativos en la asignación de puntajes en los procesos que luego convoque el Demandado, generando un daño por la suma de S/ 95,401.00, siendo esta responsabilidad civil de índole contractual y no aquiliana.
131. En cuanto a los requisitos para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, señala que el hecho generador del daño es la indebida imposición de penalidades ascendente al 7% del monto contractual, lo que a su parecer es un incumplimiento contractual, puesto que las etapas de la supervisión ya había precluido no pudiéndose imponer penalidad de manera retroactiva, en tal sentido la injustificada actuación del Demandado imponiendo penalidades ha causado de manera directa el daño.
132. Señala que el Demandado ha incurrido en culpa inexcusable, pues la conducta desplegada, resulta a todas luces negligente, en la medida que era claro y notorio que actuó con negligencia en la prestación de los servicios que vino desplegando el supervisor al haber prestado la conformidad haciendo incurrir en error a su parte, para luego evadir su responsabilidad imponiendo de manera extemporánea penalidad por no haber entregado productos locales por grupo conforme ya lo hemos desarrollado.

133. El daño fue causado por el Demandado por la imposición de penalidades consistente en la afectación real y actual que importó la realización de un indebido descuento que debe ser restituido, al margen de la compensación generada por dicha actuación.
134. En cuanto al nexo causal, el Consorcio señala que este se advierte en la conducta de la Entidad al imponer una penalidad de manera indebida. Asimismo, señala que existe más de un hecho generador de los daños denunciados, pues como ya lo describió es conducta negligente de la Entidad el imponer de manera indebida penalidades, pese a haber autorizado o señalado la conformidad, de las prestaciones de su parte.

#### **Posición de la Demandada**

135. En cuanto a este punto, la Entidad manifiesta que el Demandante no ha acreditado el daño sufrido por la aplicación de penalidades, pues no es suficiente afirmar haber sufrido el daño sino que este debe probar, consecuentemente, no es amparable su pretensión, correspondiendo declarar infundada esta pretensión.

#### **Posición del Tribunal Arbitral**

136. Del resumen libre de la posición de las partes se advierte que la controversia sobre este aspecto radica en determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad indemnizar al Consorcio por un presunto daño generado por la supuesta indebida aplicación de penalidades.
137. Para analizar tales vicisitudes es pertinente resaltar que la responsabilidad civil subjetiva supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido el causante de un daño y otro lo ha recibido, siendo el principal fundamento de la obligación de reparar el dolo o culpa en el obrar del causante del daño. A fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil contractual, es importante considerar los siguientes presupuestos:

- **DAÑO:** Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura, definido este concepto como «*todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*»<sup>27</sup>; no obstante, el daño «*no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido [...], [pues] él incide más bien en las consecuencias, [en] aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido*»<sup>28</sup>; de este modo, se debe distinguir el evento dañoso del daño, el cual –*desde el punto de vista de sus consecuencias*– pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales. De ahí que, de una sola lesión o evento dañoso puedan resultar consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales.
  
- **ANTI JURIDICIDAD:** Se entiende a una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.
  
- **NEXO CAUSAL:** Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica.
  
- **FACTOS DE ATRIBUCIÓN:** Propiamente, se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el dolo.

138. Debido a su importancia particular en el presente caso, es pertinente destacar que en el daño emergente se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a

<sup>27</sup> LARENZ, Karl. «Derecho de obligaciones», traducción española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958. Pág. 193.

<sup>28</sup> ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 8va. Edición. Instituto Pacífico, septiembre 2016. pág. 299.



consecuencia de la producción del daño; por su parte, el caso del lucro cesante se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la circunstancia dañosa.

139. En ambos casos, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1331° del Código Civil, **«la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»**; empero, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1332° del mismo cuerpo legal, cuando el daño *«no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa»*.
140. De este modo, queda claro que, en principio y como regla, **la parte que alega el acaecimiento de un daño debe probarlo y cuantificarlo**; como excepción a dicha regla, ante la imposibilidad de la cuantificación del daño, su determinación será efectuada por el juzgador con criterio de equidad.
141. Esta facultad de los juzgadores de cuantificar los daños no es óbice para dispensar a la parte interesada de indicar los elementos concretos en los cuales funda su pretensión, ello en tanto que la facultad discrecional de la cuantificación, encuentra obstáculo en el hecho que existan en el proceso elementos suficientes para precisar el daño, pues solo si este daño es comprobado y, siempre y cuando se acredite la imposibilidad de establecer su exacta cuantía, será el juzgador quien deba fijarlo. Dicho de otro modo, la excepción a la regla viene dada solo respecto del extremo de la cuantificación del daño, más no sobre el extremo mismo del daño, el cual está de cargo del perjudicado por mandato legal y además por la sencilla razón que es a aquél a quien le interesa *–carga de la prueba*.
142. Para probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima. En el caso del lucro cesante, al tratarse de un daño que se produce en el tiempo, deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño. Asimismo, deberá acreditarse que existía una probabilidad o expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del perjudicado, de

no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico).

143. La doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización).
144. Sobre este aspecto acertadamente Fernando de Trazegnies señala que *«[...] es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño [...]. Una condición que aparentemente se deriva de la anterior -pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado [...] salvo intervenga una presunción [...], rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo»* (Supresiones nuestras).
145. Ahora bien, en el presente caso, conforme lo analizado apartados atrás, tenemos que la decisión de la Entidad de aplicar penalidades al Consorcio no es contraria a los derechos y obligaciones asumidos con el Contrato, por lo tanto, no se configura una conducta contraria a derecho o antijurídica que, cuanto menos, obedece a un actuar negligente o culposo. De este modo, no se cumpliría con el primer elemento de la responsabilidad civil contractual.
146. No habiendo cumplido en el requisito de antijuricidad carece de sentido analizar los demás elementos.

147. Por tal motivo, resulta **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde disponer que la Entidad abone a favor del Demandante la suma de S/ 95,401.00 (noventa y cinco mil cuatrocientos uno y 00/100 soles) por concepto del daño ocasionado a la empresa por la penalidad impuesta.

#### **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA**

---

*Que el Tribunal Arbitral disponga que la demandada asuma los costos del presente arbitraje.*

---

#### **Posición del Demandante**

148. Señala que se ha visto forzado a recurrir a este método alternativo de resolución de conflictos, al haberse impuesto penalidades contractuales sin justificación alguna por lo que declaradas fundadas nuestras pretensiones, se deberá condenar al Demandado al pago de los costos del arbitraje, los mismos que están compuestos por los honorarios de los árbitros, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje, y los costos de defensa legal.

#### **Posición de la Demandada**

149. Señala que es evidente que los gastos que viene incurriendo el demandante devienen por causas atribuibles a él mismo y no a la entidad; por ende dicha pretensión de pago de Costas y costas debe ser declarada infundada y atribuirle el pago íntegramente a dicha parte.

#### **Posición del Tribunal Arbitral**

150. La cuestión controvertida antes citada está relacionada con la asunción de los costos arbitrales. De conformidad con lo establecido en el Artículo 70º de la Ley de Arbitraje, «los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del

*tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».*

151. En cuanto a la distribución de los costos arbitrales, el numeral 1 del artículo 73º de la citada Ley de Arbitraje prescribe que **«el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso».**
152. Bajo este lineamiento, en la medida que las partes no han establecido pacto alguno acerca de la asunción de los costos arbitrales y siendo que no se puede afirmar que existe una parte «perdedora», en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, es razonable disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

### III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

153. Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas 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 pruebas presentadas o actuadas 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.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en la primera cuestión probatoria, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad impuesta al Consorcio Grupo DH por la primera entrega de productos comunicada mediante Carta Notarial N 017-2018-MIDIS/PNAEQW/UTAYAC por la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles).

**SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, analizada en la segunda cuestión controvertida, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta al Consorcio Grupo DH por la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por no acreditar la entrega de productos locales durante el período de atención de las entregas II.EE.

**TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en la tercera cuestión controvertida, en consecuencia, no corresponde disponer que el Comité de Compras Ayacucho 4 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma abonen a favor del Consorcio Grupo DH la suma de S/ 2,975.51 (dos mil novecientos setenta y cinco y 51/100 soles) y la suma de S/ 191,622.97 (ciento noventa y un mil seiscientos veintidós y 97/100 soles) por concepto de penalidades indebidamente aplicadas.

**CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, analizada en la cuarta cuestión controvertida, en consecuencia, no corresponde disponer que el Comité de Compras Ayacucho 4 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, abonen a favor del Consorcio Grupo DH la suma de S/ 95,401.00 (noventa y cinco mil cuatrocientos uno y 00/100 soles) por concepto del daño ocasionado a la empresa por la penalidad impuesta.


**QUINTO.- DISPONER** que tanto el Consorcio Grupo DH así como el Comité de Compras Ayacucho 4 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma asuman el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

**SEXTO.- NOTIFÍQUESE** a las partes.



---

**Hugo Sologuren Calmet**  
**Presidente**



---

**Marco Antonio Martínez Zamora**  
**Árbitro**



---

**Juan Carlos Cornejo Cuzzi**  
**Árbitro**