

DECISIÓN No. 6

Lima, 18 de noviembre de 2020

LAUDO

I. INTRODUCCIÓN. -

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Emitido por el Tribunal Arbitral cuya composición es como sigue:

Presidente: Gonzalo **García Calderón Moreyra**

Árbitros: Miguel **Grau Quinteros**
José **Talavera Herrera**

Secretario: Joan Enrique **Torre Pinares**

Según el Proceso Arbitral seguido entre:

Consortio Seragal (en adelante, el CONSORCIO o el DEMANDANTE)

v.

Comité de Compra Loreto 5 (en adelante, el COMITÉ o el DEMANDADO)

y

Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante, QALI WARMA),
como parte no signataria.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

VISTOS:

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL. -

Con fecha 2 de marzo de 2017, el CONSORCIO y el COMITÉ suscribieron los Contratos No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1), No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2), No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3), No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4), No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5) (en adelante, “los CONTRATOS”).

De acuerdo con la Cláusula Vigésima Primera de los CONTRATOS, se estableció lo siguiente:

- 21.1 Toda y cualquier controversia contractual, será resuelta por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, mediante arbitraje de derecho organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con los reglamentos vigentes de dicha institución y lo establecido en la presente cláusula.
- 21.2 La parte interesada deberá presentar su solicitud de arbitraje al Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, incluyendo el árbitro de parte designado. Posteriormente, la parte demandada responderá la solicitud, incluyendo el árbitro de parte designado; ambos árbitros de común acuerdo designarán al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso los árbitros designados no se pongan de acuerdo en el nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- 21.3 El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.
- 21.4 El presente contrato establece los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses del PNAEQW.

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes y la concurrencia de las condiciones para su validez.

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

El CONSORCIO designó como árbitro al doctor José Talavera Herrera. Por su parte, la Corte de Arbitraje del Centro designó como árbitro del COMITE al doctor Miguel Grau Quinteros. Finalmente, ambos árbitros de parte designaron al doctor Gonzalo García Calderón Moreyra como Presidente del Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE. -

Mediante comunicación de fecha 19 de setiembre de 2020, la secretaría arbitral remitió a las partes la aceptación al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral por parte del doctor Gonzalo García Calderón Moreyra. En tal sentido, y encontrándose constituido el Tribunal Arbitral, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que formulen su propuesta de modificación a las reglas del proceso.

Se dejó constancia que, en caso no se proponga ninguna modificación, las reglas aplicables al presente caso serán las contenidas en el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES. -

5.1. Posición del CONSORCIO:

Mediante escrito de demanda de fecha 21 de octubre de 2019, el CONSORCIO formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

SE DECLARE LA INEFICACIA Y/O INVALIDEZ DE LA IMPOSICIÓN DE LAS PENALIDADES ECONOMICAS efectuadas hasta por un monto de **S/.** **672,272.65** soles (seiscientos sesenta y dos mil Doscientos

setenta y dos con 65/100 soles), por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en:

- **CONTRATO N° 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES ITEM IQUITOS 1.**
- **CONTRATO N° 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES ITEM IQUITOS 2.**
- **CONTRATO N° 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES ITEM IQUITOS 3.**
- **CONTRATO N° 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES ITEM IQUITOS 4.**
- **CONTRATO N° 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES ITEM IQUITOS 5.**

Los que se encuentran referidos a la provisión del servicio alimentario en la modalidad de productos, destinado a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL:

SE ORDENE EL REINTEGRO Y/O DEVOLUCIÓN DE LAS PENALIDADES IMPUESTAS POR PARTE DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA Y/O POR EL COMITÉ DE COMPRA LORETO 5/RACIONES, DEL MONTO DE S/. 672,272.65 NUEVOS SOLES, COMO CONSECUENCIA DEL AMPARO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL:

SE ORDENE EL PAGO DE INTERESES LEGALES QUE SE DEVENGUEN DEL MONTO DE S/. 672,272.65 SOLES, O QUE SE HUBIESEN GENERADO DESDE LA FECHA EN QUE DEBIO REALIZARSE EL MISMO, HASTA LA FECHA EFECTIVA DEL PAGO QUE EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA Y/O EL COMITÉ DE COMPRA LORETO 5/RACIONES DEBERAN ASUMIR, Y QUE SOLICITAMOS SEAN CALCULADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL AL MOMENTO DE LA EXPEDICIÓN DEL LAUDO.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

SE ORDENE LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LOS GASTOS ARBITRALES QUE SE GENERE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL, TALES COMO, HONORARIOS DE LOS ARBITROS, DEL SECRETARIO ARBITRAL, GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y LOS HONORARIOS DE LA DEFENSA LEGAL.

5.2. Fundamentos de Hecho:

De acuerdo con los fundamentos de su demanda arbitral, el CONSORCIO sostiene que, durante la ejecución de los CONTRATOS antes señalados, su contraparte le interpuso una serie de penalidades de manera automática y arbitraria, las cuales fueron descontadas de sus facturaciones, arrojando como penalidad económica la suma de S/ 672,272.65 soles, las cuales violarían el procedimiento de aplicación de penalidades establecido en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS.

Tribunal Arbitral:
 Gonzalo García Calderón Moreyra
 Miguel Grau Quinteros
 José Talavera Herrera

Así refiere que, mediante las siguientes comunicaciones, su contraparte le impuso las siguientes penalidades:

Carta Notarial	Notificación al Contratista	Contrato	Monto
No. 022-2017-CC-LORETO 5	13.07.2017	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 6,157.28 -S/ 3,078.64 -S/ 307.86
No. 025-2017-CC-LORETO 5	13.07.2017	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 5,270.38 -S/ 5,270.38 -S/ 263.52
No. 024-2017-CC-LORETO 5	13.07.2017	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 298.17
No. 026-2017-CC-LORETO 5	13.07.2017	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 4,593.37 -S/ 2,296.69 -S/ 229.67
No. 023-2017-CC-LORETO 5	13.07.2017	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 6,015.24 -S/ 3,007.62 -S/ 300.76
No. 027-2017-CC-LORETO 5	15.08.2017	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 6,015.24 -S/ 12,481.61 -S/ 12,481.61 -S/ 300.76
No. 028-2017-CC-LORETO 5	15.08.2017	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 6,157.28 -S/12,776.35 -S/ 12,776.35 -S/ 307.86

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

No. 029-2017-CC-LORETO 5	15.08.2017	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 5,963.33 -S/ 2,981.67 -S/ 12,373.91 -S/ 298.17
No. 030-2017-CC-LORETO 5	15.08.2017	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 5,270.38 -S/ 2,635.19 -S/ 10,936.03 -S/ 263.52
No. 031-2017-CC-LORETO 5	15.08.2017	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 4,593.37 -S/ 9,531.25 -S/ 9,531.25 -S/ 229.67
No. 032-2017-CC-LORETO 5	22.09.2017	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 3,007.62 -S/ 3,007.62 -S/ 12,481.61 -S/ 18,647.23
No. 033-2017-CC-LORETO 5	22.09.2017	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 3,078.64 -S/ 3,078.64 -S/ 12,776.35 -S/ 19,087.56
No. 034-2017-CC-LORETO 5	22.09.2017	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 12,373.91 -S/ 18,486.33
No. 035-2017-CC-LORETO 5	22.09.2017	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 2,635.19 -S/ 2,635.19 -S/ 10,936.03 -S/ 16,338.17
No. 036-2017-CC-LORETO 5	22.09.2017	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 2,296.69 -S/ 2,296.69 -S/ 9,531.25 -S/ 14,239.45

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

No. 040-2017-CC-LORETO 5	20.11.2017	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 2,908.67.
No. 041-2017-CC-LORETO 5	20.11.2017	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 12,815.31
No. 042-2017-CC-LORETO 5	20.11.2017	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 12,061.75
No. 043-2017-CC-LORETO 5	20.11.2017	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 10,835.71
No. 001-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 2,172.32 -S/ 9,265.76
No. 003-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 2,916.54
No. 004-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 3,089.34
No. 005-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 2,828.00
No. 006-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 2,589.12
No. 007-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 2,186.21

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

No. 008-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 2,916.54
No. 009-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 3,089.34
No. 010-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 2,028.00
No. 011-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 2,589.12
No. 012-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 2,186.21
No. 013-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 11,666.15
No. 014-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 11,354.12
No. 015-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 2,916.54 -S/ 24,692.87
No. 016-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 3,089.34 -S/ 25,630.62 -S/ 3,089.34
No. 017-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)	-S/ 2,870.11 -S/ 24,146.90 -S/ 2,870.11

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

No. 018-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 2,589.12 -S/ 21,725.63 -S/ 5,178.23
No. 019-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)	-S/ 2,186.21 -S/ 18,569.71 -S/4,372.42
No. 020-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)	-S/ 12,346.43
No. 021-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 12,815.31
No. 022-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)	-S/ 10,862.81
No. 023-2018-CC-LORETO 5	08.01.2018	No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)	-S/ 9,284.85 -S/ 2,186.21

Sobre el particular, el CONSORCIO sostiene que su contraparte ha vulnerado su derecho de defensa debido a que aplicó arbitrariamente las penalidades sin haber previamente dado la posibilidad de presentar sus descargos y en otros por no haber tomado en consideración los medios probatorios que sustentaron las solicitudes de inaplicación de penalidades.

Además, refiere que dichas comunicaciones fueron suscritas únicamente por el presidente del COMITÉ y no por la Unidad Territorial de QALI WARMA, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 136 del Manual de Compras. Aunando a ello, el CONSORCIO refiere que las penalidades se sustentan en informes que no han sido puestos en conocimiento de su representada, por lo que deberían dejarse sin efecto.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

En atención a lo antes expuesto, para el CONSORCIO, lo anterior se condice con una falta de motivación y una lesión a la buena fe contractual, además de constituir, a su criterio, en abuso del derecho.

5.3. Posición del COMITÉ

Por escrito de fecha 18 de noviembre de 2019, el COMITÉ contestó la demanda señalando que el contrato suscrito con esta parte establece que el mismo se rige por el Manual de Compras aprobado por QALI WARMA y solo por defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

En ese sentido, de acuerdo con el Manual de Compras, en el apartado referido a aplicación de penalidades, se dispone en ninguno de sus extremos, una etapa previa de presentación de descargos ni mucho menos una etapa de subsanación de incumplimientos, por lo que no existiría la supuesta vulneración al derecho de defensa que reclama el CONSORCIO.

De otro lado, en cuanto a las solicitudes de inaplicación de penalidades formuladas por el CONSORCIO, el COMITÉ señala que están han sido dirigidas (salvo una) a la Unidad Territorial Loreto y no al Comité de Compras Loreto 5, tal y como señala el procedimiento acordado entre las partes, deviniendo en consecuencia, en ineficaz estas solicitudes.

Además, en cuanto a la Carta Notarial No. 032-SERAGAL-LORETO-2017, la cual fue remitida tanto al COMITÉ como a la Unidad Territorial, señala que esta fue recepcionada el 18 de abril de 2017, es decir fuera del plazo señalado en el artículo 139 del Manual de Compras que prescribe su presentación dentro de las cuarenta u ocho (48) horas de cesado el evento, el cual ocurrió el 12 de abril de 2017.

Por otra parte, el COMITÉ refiere que el Presidente del Comité de Compra Loreto 5 quien ejerce la representación legal del mismo, se encuentra facultado para suscribir las cartas notariales con las cuales se comunica al contratista la aplicación de penalidades, debiendo especificarse el concepto, monto, porcentaje y fecha de aplicación de penalidad y otros datos.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

Finalmente, respecto a la primera y segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal, el COMITÉ sostiene que al encontrarse todas las pretensiones correlacionadas a la principal y basados en los mismos fundamentos de hecho y de derecho, el COMITÉ refiere que estas pretensiones deberán igualmente desestimarse.

VI. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO. -

Mediante Decisión No. 1 de fecha 20 de enero de 2020, el tribunal arbitral resolvió tener por variada, a partir del lunes 3 de febrero de 2020, la sede administrativa del presente caso al nuevo local institucional del Centro de Arbitraje, sito en Calle Esquilache No. 371, piso 9, distrito de San Isidro.

Mediante Decisión No. 2 de fecha 13 de febrero de 2020, el tribunal arbitral suspendió el proceso por quince (15) días, conforme a lo establecido en el inciso d) del artículo 85 del Reglamento del Centro. Asimismo, y a través de la misma Resolución, se requirió a la secretaria arbitral para que custodie el escrito de fecha 16 de diciembre de 2019.

Mediante Decisión No. 3 de fecha 25 de mayo de 2020, el tribunal arbitral levantó la suspensión del proceso, disponiendo la continuación del proceso. Del mismo modo, se dispuso tener por absueltas las tachas formuladas a los medios probatorios presentados por el demandante y a conocimiento del escrito de fecha 16 de diciembre de 2019.

Mediante Decisión No. 4 de fecha 9 de setiembre de 2020, el tribunal arbitral determinó las cuestiones controvertidas del proceso, admitiendo los medios probatorios presentados. Del mismo modo, se declaró improcedente la tacha formulada por la Entidad y se citó a las partes a Audiencia Única.

Mediante Decisión No. 5 de fecha 23 de octubre de 2020, el tribunal arbitral resolvió tener por presentados los alegatos escritos de las partes y se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 3 de noviembre de 2020, prevista originalmente para el día 28 de octubre de 2020.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

6.1. Determinación de Puntos en Controversia:

En la Decisión No. 4, el Tribunal Arbitral determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

a. Primera cuestión controvertida:

Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas al CONTRATISTA hasta por el monto de S/ 672,272.65 soles.

b. Segunda cuestión controvertida:

Determinar, en caso se ampare la primera cuestión controvertida, si corresponde ordenar el reintegro y/o devolución de las penalidades aplicadas por la ENTIDAD.

c. Tercera cuestión controvertida:

Determinar, en caso se ampare la primera cuestión controvertida, si corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los intereses legales devengados de S/ 672,272.65 soles, contados a partir de la fecha en que debió efectuarse hasta la fecha efectiva de pago.

d. Cuarta cuestión controvertida:

Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD, la devolución del pago de los gastos arbitrales asumidos por el CONTRATISTA, incluyendo los honorarios profesionales de la defensa legal.

6.2. Admisión de Pruebas:

En la misma Decisión No. 4, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO y descritos en los numerales 1 al 58 del acápite IV de su escrito de demanda. Por otro lado, en cuanto a las tachas formuladas por la Entidad contra dos medios probatorios presentados por su contraparte, mediante la misma Decisión No. 4 se declaró su improcedencia.

6.3. Audiencia Única:

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

En la Audiencia Única realizada el 28 de setiembre de 2020, el Tribunal Arbitral concedió a las partes el uso de la palabra con la finalidad de que ilustren al Colegiado sus posiciones en torno al presente proceso, quienes procedieron a exponerlas.

6.4. Audiencia de Informes Orales:

En la Audiencia de Informes Orales realizada el 3 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral concedió a las partes el uso de la palabra con la finalidad de que expongan sus argumentos jurídicos en torno al presente proceso, quienes procedieron a exponerlas.

Del mismo modo, y en la misma diligencia, el Tribunal Arbitral decretó el cierre de la instrucción, de conformidad a lo previsto en el artículo 53 del Reglamento y fijó el plazo para laudar, el mismo que no podrá exceder de 40 días hábiles.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES. -

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) Que, el proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en los CONTRATOS.
- ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas del proceso.
- iii) Que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.
- iv) Que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció su derecho de defensa y;
- v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver de mejor manera

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

las pretensiones planteadas en el proceso sin que el orden o ajuste empleado genere nulidad de algún tipo y sin que exceda de la materia controvertida del arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Del mismo modo, el Tribunal Arbitral hace notar que de conformidad con lo establecido en las reglas del proceso, tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada, en concordancia con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...*” (Sentencia de fecha 30/11/87) (1)

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

VIII. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS. -

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

CONSIDERANDO:

PRIMERO.

En primer término, es preciso señalar que el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la aplicación de penalidades. En este sentido, y para un desarrollo metódico y exacto de la controversia, este Colegiado estima pertinente referirse, de manera previa, al marco jurídico que resulta aplicable al presente proceso.

Para tal efecto, es preciso hacer referencia a la Cláusula Vigésima de los CONTRATOS suscritos por las partes, la misma que señala literalmente lo siguiente:

CLÁUSULA VIGESIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

El presente Contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por el PNAEQW. Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

Por otra parte, de acuerdo con la Cláusula Octava de los CONTRATOS, se observa lo siguiente:

CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE EL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

- 8.1. Cumplir con lo dispuesto en el presente Contrato, el Manual del Proceso de Compras, las Bases y los procedimientos operativos que le sean aplicables, aprobados por el PNAEQW.

De otro lado, considerando que las normas de derecho privado se aplican de manera supletoria al presente caso, es preciso tener en cuenta el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil. -

“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

En atención a lo anterior, este Colegiado aprecia que la base jurídica para amparar sus consideraciones y evaluar los puntos controvertidos del presente proceso, se encuentra constituida por las disposiciones de los CONTRATOS, el Manual del Proceso de Compras, las Bases, las disposiciones establecidas por QALI WARMA, y supletoriamente, las normas de derecho privado, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Teniendo en consideración el marco jurídico antes expuesto, este Tribunal pasa a analizar cada una de las cuestiones controvertidas fijadas en el presente proceso.

Primera cuestión controvertida:

Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas al CONTRATISTA hasta por el monto de S/ 672,272.65 soles.

SEGUNDO.

De acuerdo con las alegaciones formuladas en su escrito de demanda, este Colegiado aprecia que el CONSORCIO solicita que se declare la ineficacia y/o invalidez de las penalidades aplicadas por el DEMANDADO derivado de los supuestos incumplimientos incurridos durante la ejecución de los siguientes CONTRATOS:

- Contrato No. 001-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 1)
- Contrato No. 002-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 2)
- Contrato No. 003-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 3)
- Contrato No. 004-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 4)
- Contrato No. 005-2017-CC-LORETO 5/RACIONES (ítem Iquitos 5)

Para sustentar su posición, el CONSORCIO ha enlistado una serie de cartas notariales a través de las cuales, el DEMANDADO le aplicó diversas penalidades, cuya suma total asciende a S/ 672,272.65 soles, solicitando que se declare su ineficacia y/o invalidez por haber vulnerado su derecho de defensa toda vez que no habría tenido oportunidad de formular sus descargos o no haber tomado en consideración sus solicitudes de inaplicación de penalidades.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

Asimismo, sostiene que estas comunicaciones fueron suscritas únicamente por el Presidente del Comité de Compra Loreto 5 y no por la Unidad Territorial de QALI WARMA, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 136 del Manual del Proceso de Compras, además de no haber sustentado ni fundamentado el motivo por el cual se le habría penalizado pues no se habría incluido los informes que los sustentan.

TERCERO.

Por su parte, el DEMANDADO al momento de contestar la demanda ha señalado que, de acuerdo con el Manual del Proceso de Compras aplicable al presente caso, para el caso de las penalidades, no se ha establecido una etapa previa de presentación de descargos o etapa de subsanación de incumplimientos, por lo que no existiría una vulneración al derecho de defensa que reclama la DEMANDANTE, pues los CONTRATOS se rigen en virtud de lo acordado por ambas partes.

De otro lado, en cuanto a las solicitudes de inaplicación de penalidades, el DEMANDADO sostiene que el Manual de Proceso de Compras establece un procedimiento específico para dar trámite a dichas solicitudes, no obstante, salvo una, estas fueron formuladas a la Unidad Territorial de Loreto y no al COMITÉ, tal y como lo exige el procedimiento acordado entre las partes, por lo que al no cumplir correctamente con su procedimiento consecuentemente devienen en ineficaz.

Por otra parte, en cuanto a la Carta Notarial No. 032-SERAGAL-LORETO-2017, la cual fue remitida tanto al COMITÉ como a la Unidad Territorial, el DEMANDADO refiere que esta fue presentada de manera extemporánea por el DEMANDANTE, pues el numeral 139 del Manual de Proceso de Compras estipula un plazo de cuarenta y ocho (48) horas de cesado el evento.

Finalmente, el DEMANDADO sostiene que el Presidente del Comité de Compra Loreto 5 ejerce la representación legal del COMITÉ, y por tanto, se encuentra facultado para suscribir las cartas notariales que sean dirigidas al CONSORCIO. Asimismo, señala que, en cada una de estas comunicaciones, se especificó el concepto, monto, porcentaje, fecha de aplicación de penalidad, entre otros.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

CUARTO.

Tomando en cuenta las posiciones entre las partes, y con la finalidad de analizar esta primera cuestión controvertida del proceso, es preciso señalar que el proceso se deriva de las controversias de los CONTRATOS, suscritos para la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones por parte del proveedor (DEMANDANTE) a los usuarios de QALI WARMA de los niveles de inicial y primaria.

En ese sentido, de conformidad con la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, es preciso tener en consideración lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

- 15.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual del Proceso de Compras, en las Bases y/o en el presente Contrato, y aquella responde a circunstancias imputables al PROVEEDOR. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del Contrato y/o de las acciones legales que correspondan.
- 15.2 Para cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplicará la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.
- 15.3 La Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial.

CONSORSIO SERAGAL
SERAGAL ENL - BÚBILUS ALIMENTIS Y

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
 Miguel Grau Quinteros
 José Talavera Herrera

La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del COMITÉ DE COMPRA. Éste notificará al PROVEEDOR, las penalidades impuestas, vía carta notarial.

- 15.4 Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el Manual de Compras vigente.
- 15.5 No se aplicarán penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor deberá presentar al COMITÉ DE COMPRA dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de cesado el evento un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, para lo cual deberá adjuntar a su solicitud los elementos probatorios correspondientes. El COMITÉ DE COMPRA debe trasladar el pedido en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial previo Informe técnico con toda la información del caso, elevará el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del COMITÉ DE COMPRA.
- 15.6 En caso que el monto de las penalidades aplicadas en el presente Contrato superen los montos pendientes de pago, las mismas serán descontados de la garantía de fiel cumplimiento o de la retención del 10% en caso de MYPE.
- 15.7 Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

Causales referidas a la entrega de las raciones

N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
1	Entregar una cantidad menor de raciones a la establecida en el contrato en una o más IIEE	1% del monto total del periodo correspondiente a 20 días de atención por día
2	Entregar las raciones en una o más IIEE con un retraso que exceda el tiempo de tolerancia de 20 minutos en relación al horario establecido en el contrato.	1% del monto total del periodo correspondiente a 20 días de atención por cada día de retraso
3	No entregar raciones en una o más IIEE del ítem. También constituye supuesto de no entrega de raciones, la entrega de componente sólido sin bebida o bebida sin componente sólido. Tampoco puede entregarse sólido sin acompañamiento o relleno, salvo que esté considerado en la tabla de alternativas para la provisión de desayunos o refrigerios; de realizarse entregas bajo estos supuestos no serán consideradas para su valorización ni pago.	0.5% del monto total del contrato por cada día de no entrega

Causales referidas a la calidad de las raciones

N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
4	Elaborar y entregar raciones que no cumplan con lo establecido en las Especificaciones Técnicas de alimentos y en la tabla de alternativas para la provisión de desayunos o refrigerios. En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación de las raciones y se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato por cada día de no entrega.
5	Utilizar envases o empaques que no cumplan con las Especificaciones Técnicas de Alimentos (Anexo N° 03-A de las presentes Bases) En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación de las raciones y se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato por cada día de no entrega.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

6	No acreditar la adquisición de productos locales durante el periodo de preparación de las raciones.	0.5% del monto correspondiente a 20 días de atención por cada día de incumplimiento.
7	Que el (los) Integrante (s) de Organizaciones Sociales de Base no cuenten con vínculo contractual con el proveedor	0.5% del monto correspondiente a 20 días de atención por cada día de incumplimiento.
8	Durante la distribución de alimentos los vehículos de transporte de las raciones no cumplan con las especificaciones establecidas en las presentes Bases y/o normativa del PNAEQW. En caso este incumplimiento ponga en riesgo la inocuidad de los alimentos no se permitirá continuar con la distribución de las raciones.	0.5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.
9	No entregar los documentos establecidos como requisitos obligatorios en las especificaciones técnicas de alimentos correspondientes a los insumos o materias primas a utilizar para la preparación de la ración o productos a ser distribuidos, según plazos establecidos. En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación de las raciones.	0.5% del monto total del contrato por cada día de no entrega.
10	Impedir el ingreso del supervisor u otro personal acreditado por el PNAEQW a las instalaciones de las plantas y/o almacenes. En este supuesto, se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.
11	De comprobarse por parte de un organismo de inspección (contratada por el PNAEQW) y/o autoridad sanitaria competente y/o CENAN, que los productos no cumplen con los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas de alimentos de las bases integradas del proceso de compra convocado, siempre que no hayan generado afectación a la salud de los usuarios.	1% del monto total del periodo correspondiente al periodo de 20 días de atención.

Otras causales de incumplimiento contractual

N°	Causales de Incumplimiento	Penalidad
12	No entregar raciones en una o más II.EE de acuerdo a la programación establecida en el Anexo N° 4, de las presentes bases.	1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención por cada día.
13	No cumplir con realizar el saneamiento ambiental de plantas y/o almacenes en la frecuencia establecida por el PNAEQW. En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación de la ración y se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.
14	No realizar los controles médicos del personal manipulador de alimentos, de acuerdo a lo establecido por el PNAEQW y/o permitir que en la elaboración de las raciones participe personal que no cuente con los controles médicos respectivos. En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación de la ración y se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato.
15	No subsanar las observaciones formuladas durante las supervisiones del PNAEQW, terceros o autoridad sanitaria competente, en el plazo establecido. Dichas observaciones no deben estar relacionadas a aspectos de inocuidad.	1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención por cada día de incumplimiento.

16	No contar con el personal responsable de control de calidad durante el proceso productivo, de acuerdo a lo declarado en el Formato N° 06 de los requisitos obligatorios de las presentes Bases. En este supuesto no se permitirá iniciar la producción y/o liberación del producto y se dispondrá la suspensión de la prestación del servicio.	0.5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.
17	No presentar la documentación completa para la supervisión y liberación de las raciones de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato.	0.1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención por cada día de retraso.
18	No presentar las actas de entrega y recepción en los plazos establecidos en el contrato.	0.1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención por cada día de retraso.
19	Incumplimiento de registrar en el Aplicativo Informático en el día y la hora correspondiente, la georreferenciación que evidencie la entrega de raciones, de acuerdo a lo establecido en las presentes bases y el protocolo correspondiente.	0.1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención del contrato, por cada II.EE no registrada.
20	Presentar el expediente de conformidad de entrega sin cumplir con los requisitos para el trámite del pago correspondiente.	0.1% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención.
21	No permitir el acompañamiento y supervisión del profesional responsable o tercero contratado por el PNAEQW para el cumplimiento de supervisión del plan de rutas	0.5% del monto total correspondiente al periodo de 20 días de atención.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

Como podemos apreciar, de conformidad con la citada Cláusula, se advierte que en caso se configure una situación de incumplimiento prevista en el Contrato, en las Bases o en el Manual del Proceso de Compras, la Entidad aplicará una penalidad al CONSORCIO, cuyo procedimiento de aplicación se encuentra además regulado en el Manual de Compras:

“Aplicación de Penalidades:

- 135) *Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial del PNAEQW cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual del Proceso de Compras, en las Bases y/o en el contrato respectivo y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan.*
- 136) *La Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos verifica y aprueba la penalidad identificada y sustentada por la Unidad Territorial.*
- 137) *La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité de Compra. Este notificará al proveedor las penalidades impuestas vía carta notarial.*
- 138) *Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final conforme a lo señalado en el presente Manual de Compras.*
- 139) *No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor deberá presentar al Comité de Compra dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de cesado el evento un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, para lo cual deberá adjuntar a su solicitud los elementos probatorios correspondientes. El Comité de Compra debe trasladar el pedido en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial previo informe técnico con toda la información del caso, elevará el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del Comité*

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

de Compra.

- 140) *En caso que el monto de las penalidades aplicadas en un determinado contrato supere los montos pendientes de pago, las mismas serán descontadas de la garantía de fiel cumplimiento.*
- 141) *Para cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplicará la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.*
- 142) *Las causales de incumplimiento y los montos de las penalidades para la modalidad de raciones y productos serán establecidas en las Bases del Proceso de Compras y en el contrato correspondiente”.*

Tal y como se aprecia de la lectura de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, así como del Manual de Proceso de Compras, el retraso injustificado por parte del CONSORCIO para ejecutar sus prestaciones en el marco de las contrataciones con el DEMANDADO se repele mediante sanciones de carácter económico, dependiendo del evento ocurrido.

En ese sentido, dado que el DEMANDADO ha considerado aplicar al CONSORCIO retenciones por el retraso injustificado para cumplir con sus obligaciones contractuales, en principio correspondería a este Colegiado analizar si el DEMANDANTE incurrió efectivamente en dichos retrasos y si estos fueron injustificados, pues no se aplicaban penalidades si estos se producían por caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, conforme se aprecia de la lectura del escrito de demanda, así como de la posición sostenida por la DEMANDANTE en las audiencias de ilustración e informes orales, no es materia controvertida del presente proceso, analizar si el CONSORCIO incurrió o no en retraso injustificado, sino más bien estudiar la falta de sustentación o fundamentación para aplicar dichas penalidades, entre otros aspectos de forma.

Lo anterior se sustenta además de la lectura integral de todas y cada una de las alegaciones que comprenden el escrito de demanda formulado por el CONSORCIO, a través del cual se aprecia

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

que, a su criterio, los actos administrativos relativo a la aplicación de penalidades por parte de la Entidad son nulos por haberse impuesto de forma arbitraria al no encontrarse debidamente motivados.

De ahí que este Colegiado deba dirigir sus esfuerzos en emitir un pronunciamiento respecto del cumplimiento o no del procedimiento de aplicación de penalidades, pues “como dice Roque Caivano, *los árbitros deben resolver todos los puntos litigiosos que se sometieron a su conocimiento y deben resolver sin extenderse a otras materias que las partes no han consentido en someterlas a su conocimiento*”².

QUINTO.

En ese sentido, conforme consta en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, y en el procedimiento previsto en el Manual de Procesos de Compras, las penalidades que se aplican en el marco de los CONTRATOS deben seguir un procedimiento específico para poder ser formuladas al CONSORCIO y posteriormente cobradas por el DEMANDADO, el cual puede resumirse de la siguiente forma:

- (i) Identificación y sustentación de la penalidad por la Unidad Territorial de QALI WARMA.
- (ii) Verificación y aprobación de la penalidad identificada en el punto anterior por la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.
- (iii) Notificación vía notarial de la penalidad al CONSORCIO por parte del COMITÉ.

Como podemos apreciar, para la aplicación de las penalidades al CONSORCIO no solo basta verificar la configuración de la causal imputada al proveedor, sino que resulta indispensable cumplir con el procedimiento específico antes detallado, el mismo que según las alegaciones del DEMANDADO refiere haber cumplido a su cabalidad.

² CAIVANO, Roque J. “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”. En jurisprudencia argentina No. 5869. Buenos Aires, 23 de febrero de 1994. P. 8. Citado por: ARAMBURU YZAGA, Manuel Diego. Comentarios al artículo 58 de la Ley de Arbitraje, En: AA.VV SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. (coordinadores). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 668.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

No obstante, considerando que, al momento de formular su demanda, el CONSORCIO ha deducido una serie de defectos de forma en su tramitación, para un mejor entendimiento de la decisión contemplada en el presente laudo, este Colegiado procederá a analizar cada uno de los aspectos que el CONSORCIO ha deducido respecto de la aplicación de las penalidades.

SEXTO.

Sobre la vulneración al derecho de defensa.

Así, en relación a esta primera arista de la línea de defensa del DEMANDANTE, refiere que el COMITÉ habría vulnerado su derecho de defensa, al no haberle dado la posibilidad de formular sus descargos luego de aplicación de las penalidades, así como no haber considerado los medios probatorios que sustentaron sus solicitudes de inaplicación de penalidades.

En torno al derecho de defensa, es preciso señalar que la Constitución, en su artículo 139, inciso 14, reconoce justamente este derecho, y como el máximo interprete de la Constitución lo sostiene, *“constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último.*

Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés³”.

Como se advierte, el derecho fundamental a la defensa se encuentra reconocido en el marco de nuestra Constitución Política, mediante la cual se garantiza a todo sujeto a no ser privado del mismo en ningún estado de un proceso o procedimiento administrativo. En ese sentido, se verifica su connotación eminentemente procesal y su aplicación en el marco de cualquier litigio.

Tomando en cuenta lo anterior, de la lectura de todos y cada uno de los términos de los CONTRATOS suscritos, específicamente de la Cláusula Décimo Quinta de los mismos, no se

³ Exp. No. 05085-2006-PA/TC de fecha 07/05/2007

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

aprecia disposición alguna por la cual se otorgue al CONSORCIO la posibilidad de presentar o formular descargos y mucho menos de subsanar los incumplimientos que son detectados por la Unidad Territorial, los cuales originaron la imposición de las penalidades.

En efecto, ni en los CONTRATOS suscritos, ni en el Manual de Proceso de Compras, se dispone dicha posibilidad, pues el marco normativo que rige la contratación en el presente caso dispone, según aprecia este Tribunal, una aplicación automática de penalidades cuando se verifique por parte de la Unidad Territorial el incumplimiento injustificado de las obligaciones del CONSORCIO.

Esta disposición si bien puede constituir una cláusula exorbitante, como así la ha delimitado el profesor Manuel de la Puente y Lavalle⁴, lo cierto es que se encuentra presente en toda clase de contratos administrativos como el que es materia de análisis, pues a diferencia del contrato civil, “supone esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; y el otro, el interés privado del contratante⁵”.

Asimismo, es preciso señalar que en virtud del artículo 1361 del Código Civil, norma de aplicación supletoria al presente caso, los CONTRATOS son obligatorios en todo cuanto se hayan expresado en ellos, debiendo presumirse que la declaración expresada en estos responde a la voluntad común de las partes, de tal manera que resulta totalmente exigible a cada una de ellas todos y cada uno de sus términos, incluyendo la cláusula de los CONTRATOS relativa a la penalidad.

De ahí que, a criterio de este Colegiado, no existe vulneración al derecho de defensa como afirma el CONSORCIO, no solo porque se aprecia que la Entidad ha actuado conforme lo estipula el marco jurídico contractual -o conforme a sus prerrogativas- al cual se ha sometido voluntariamente el CONSORCIO, sino porque el derecho de defensa puede ser ejercido, como hemos visto, en el marco de un proceso o procedimiento, es decir cuando el CONSORCIO actúe como parte procesal o administrado y no en una relación contractual propiamente dicha.

No obstante, si bien la posibilidad de presentar descargos no se encuentra prevista en los CONTRATOS, no menos cierto es que el CONSORCIO tuvo la oportunidad de pronunciarse al

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las Cláusulas Exorbitantes. Disponible en: Themis 39, Pág. 7

⁵ Loc. Cit

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

respecto, pudiendo incluso hacerlo en el presente proceso, pues a pesar de que esta formalidad procedimental no se encuentre prevista, corresponde a esta parte desarrollar sus argumentos de defensa y presentar las pruebas pertinentes frente a las penalidades que se le imputan.

Sin embargo, el CONSORCIO se ha limitado a aseverar que ha cumplido con sus obligaciones sin hacer mayor desarrollo de las pruebas que adjunta. Lo anterior es importante pues permitiría demostrar que ha contradicho los retrasos que se le indican o exponer las alegaciones en contra de esas penalidades aplicadas para probar el incumplimiento justificado de sus obligaciones o las razones que motivaron sus incumplimientos, ejerciendo así su derecho de defensa.

En ese sentido queda verificado por este Tribunal que el derecho de defensa invocado por el CONSORCIO no se ha visto afectado.

SÉPTIMO.

Sobre las solicitudes de inaplicación de penalidades.

Como segundo argumento de defensa, el CONSORCIO ha señalado que durante la relación jurídica contractual ha formulado una serie de solicitudes de inaplicación de penalidad, las cuales no habrían sido tomadas en consideración por el COMITÉ al momento de aplicar las penalidades. En atención a ello, es preciso traer a colación el numeral 15.5 de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, el mismo que señala a la letra lo siguiente:

*“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la provisión del servicio alimentario en las condiciones pactadas. **En este caso, el proveedor deberá presentar al Comité de Compra dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de cesado el evento un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, para lo cual deberá adjuntar a su solicitud los elementos probatorios correspondientes.** El Comité de Compra debe trasladar el pedido en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas a la Unidad Territorial, y el Jefe de la Unidad Territorial previo informe técnico con toda la información del caso, elevará el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio*

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

cumplimiento por parte del Comité de Compra". (énfasis agregado)

Como podemos apreciar, los CONTRATOS permiten al CONSORCIO solicitar la inaplicación de penalidades en casos donde el retraso o el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de sus obligaciones contractuales, se origine por causas de fuerza mayor o caso fortuito, debiendo en dichos supuestos presentar su solicitud dentro del plazo para poder hacerlo, acompañando los medios probatorios pertinentes.

Dicho de otro modo, para dar trámite a una solicitud de esta naturaleza deben concurrir los siguientes supuestos que prevén los CONTRATOS:

- (i) El proveedor deberá presentar su solicitud al Comité de Compra.
- (ii) El proveedor deberá presentarla en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas de cesado el evento descrito.
- (iii) El proveedor deberá presentar su solicitud con los medios probatorios correspondientes.

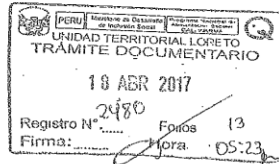
En el presente caso, si bien se observa que el CONSORCIO formuló once (11) solicitudes de inaplicación de penalidades, un detalle que llama la atención de este Colegiado es que dichas comunicaciones fueron dirigidas al Jefe de la Unidad Territorial de Loreto en lugar del Presidente del COMITÉ con quien suscribió los CONTRATOS, generando así un desconocimiento acerca de la fecha exacta de su recepción por parte del COMITÉ para efectos del cómputo del plazo.

En efecto, de conformidad con el encabezado de los CONTRATOS suscritos, se observa que estos fueron firmados tanto por el Presidente como la Secretaria del COMITÉ conjuntamente con el representante común del CONSORCIO, de manera que cualquier comunicación física por parte suya, como es lógico y legal, debía ser dirigida a nombre de los representantes del COMITÉ y no de otra autoridad, pues así lo exigía la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS.

Además, cabe señalar que, de la revisión de los medios probatorios presentados al expediente, solo una de estas solicitudes se encuentra ingresada con el sello de recepción por parte del COMITÉ, lo cual evidencia, al menos a criterio de este Tribunal, de la existencia de una mesa de partes de esta autoridad, tal y como se aprecia a continuación:

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera



Iquitos, 18 de Abril del 2017

CARTA N° 032 – SERAGAL - LORETO – 2017

COMUNICO : FUERZA MAYOR

SOLICITO : EXONERACION DE APLICACIÓN DE PENALIDAD, POR LA NO ATENCION A LAS HEE Y/O TARDANZAS A LAS MISMAS, POR HECHOS FORTUITOS O DE FUERZA MAYOR DIA 12.04.2017

Señora:

Ing. JUDY GERALDINA GUERRA NAPANGA
Jefe de la Unidad Territorial de Loreto
Calle Bolognesi N°461, Distrito de Iquitos
Presente.-

Señores: COMITÉ DE COMPRA LORETO

Referencia: ITEM : IQUITOS 1 – CONTRATO N° 001-2017-CC-LORETO 5
ITEM : IQUITOS 2 – CONTRATO N° 002-2017-CC-LORETO 5
ITEM : IQUITOS 3 – CONTRATO N° 003-2017-CC-LORETO 5
ITEM : IQUITOS 4 – CONTRATO N° 004-2017-CC-LORETO 5
ITEM : IQUITOS 5 – CONTRATO N° 005-2017-CC-LORETO 5

Sin embargo, considerando que el CONSORCIO tenia el plazo de cuarenta y ocho (48) horas para formular sus solicitudes de inaplicación de penalidad tras haber cesado el evento que motivó su incumplimiento, se observa que esta solicitud fue presentada de manera extemporánea, pues transcurrieron cuatro (4) días hábiles luego de haber ocurrido el acontecimiento generador de atraso, el mismo que se produjo el día 12 de abril de 2017.

De otro lado, y sin perjuicio de lo antes desarrollado, es preciso señalar que estas comunicaciones resultan ser independientes de la decisión y notificación de la Entidad de aplicar las penalidades durante la ejecución de los CONTRATOS suscritos, pues luego de su revisión, se observa que estas solicitudes no se tratan de comunicaciones de respuesta o de contradicción a las disposiciones de la Entidad de aplicar las penalidades por el atraso incurrido.

Mas bien, se tratan aparentemente de situaciones o circunstancias que sucedieron antes de producirse la notificación de las cartas notariales con la aplicación de penalidades, y que estaban originando o iban a originar retraso para el cumplimiento de las obligaciones del CONSORCIO.

Sin embargo, como se expuso en el sexto considerando, el CONSORCIO no ha desarrollado o argumentado los medios probatorios que ha presentado con la finalidad de demostrar

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

contradicción a las penalidades aplicadas o las razones fácticas que motivaron el incumplimiento de sus obligaciones, razón por la cual, este Colegiado se encuentre circunscrito a analizar únicamente el procedimiento de notificación de las penalidades aplicadas, pues ello ha sido petitionado por el DEMANDANTE.

De ahí que este Colegiado considere que dichas solicitudes, al haber sido presentadas ante una autoridad distinta a la que estipula el procedimiento establecido en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS y fuera del plazo previsto para hacerlo, tratándose de la solicitud contenida en la Carta No. 032-SERAGAL-LORETO-2017, y conforme a las consideraciones que enmarcan el desarrollo del presente considerando, carece de asidero la argumentación sostenida por el CONSORCIO en este extremo de su demanda, al no cumplirse con el procedimiento previsto por las propias partes al regular su relación contractual.

OCTAVO.

Sobre la suscripción de las cartas de imputación de penalidad.

De otro lado, en relación al tercer argumento que sostiene la demanda formulada por el CONSORCIO, esta parte afirma que las decisiones de aplicar las penalidades deben ser suscritas por el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto y no por el Presidente del COMITÉ, pues de conformidad con lo dispuesto en el Manual de Proceso de Compras, la Unidad Territorial es el único competente para aplicar estas retenciones.

Sobre el particular, es preciso señalar que, de conformidad con los términos de los CONTRATOS suscritos, así como del numeral 137) del Manual de Proceso de Compras, el COMITÉ tiene la obligación de notificar al proveedor, las penalidades impuestas por la Unidad Territorial, no siendo esta autoridad la que debe suscribir los documentos por los cuales se hace de conocimiento estas penalidades.

En efecto, de conformidad con el literal a) y h) del numeral 14 del mismo Manual, se establece lo siguiente:

“14) Son funciones del Presidente del Comité de Compra:

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

a) *Ejercer la representación legal del Comité de Compra y emitir voto dirimente en caso de empate, en las sesiones que realice el Comité de Compra.*

(...)

h) Suscribir cartas notariales, en las que se comunica a los proveedores la decisión del Comité de Compra de la resolución y aplicación de penalidades a los contratos suscritos. *En tales cartas notariales se debe especificar el concepto, monto, porcentaje y fecha de aplicación de penalidad, y otros datos que considere pertinente”. (énfasis agregado)*

En ese sentido, queda claro para este Tribunal que las afirmaciones señaladas por el CONSORCIO carecen de sustento fáctico – jurídico, en la medida que ha quedado verificada la facultad que tiene el Presidente del COMITÉ de suscribir las cartas notariales por las cuales se comunica la decisión de la Unidad Territorial de aplicar las penalidades a los CONTRATOS suscritos, no requiriéndose mayor análisis sobre el particular.

NOVENO.

Sobre la falta de notificación de los informes de penalidad.

Finalmente, en relación a este último cuestionamiento formulado por el CONSORCIO, este Colegiado aprecia que el DEMANDANTE refiere que la Entidad no le habría comunicado las observaciones que habrían originado la aplicación de las penalidades o los informes por los cuales se le estaría penalizando, razón por la cual debería declararse la nulidad, invalidez o ineficacia de la decisión de la Entidad.

Al respecto, se advierte que, para el CONSORCIO, la aplicación de las penalidades no ha sido debidamente diligenciada o notificada por no haberse acompañado a las cartas notariales los informes elaborados por la Unidad Territorial de Loreto.

Sin embargo, dicho argumento resulta incorrecto pues de conformidad con el procedimiento previsto en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, así como en el procedimiento previsto

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

en el Manual de Procesos de Compras, basta con la notificación vía notarial de la penalidad al CONSORCIO por parte del COMITÉ, para que se advierta su aplicación en cada supuesto retraso.

Además, de conformidad con el apartado h) del numeral 14 del Manual de Proceso de Compras, en las cartas notariales por las cuales se comunica a los proveedores de la decisión del COMITÉ de la resolución y aplicación de penalidades, se debe especificar el concepto, monto, porcentaje y fecha de aplicación de la penalidad, entre otros datos que se consideren pertinentes, tal y como el CONSORCIO así lo ha exigido.

No obstante, de la revisión de todas y cada una de las cartas notariales cursadas por la Entidad, se verifica que en cada una de ellas se ha sustentado las razones por las cuales se decidió aplicar las penalidades, especificando con detalle a mérito de qué informe se esta expidiendo la comunicación notarial, así como la fecha, el monto y las razones que llevaron a la Entidad de aplicarlas.

En ese sentido, si bien es cierto no existe obligación legal por parte de la Entidad de remitir al CONSORCIO los informes que motivaron su decisión de aplicar las penalidades que son materia de cuestionamiento en el presente proceso, no menos cierto es que el DEMANDANTE ha tenido pleno conocimiento y oportunidad de contradecir las decisiones de la Entidad, incluso en el presente proceso arbitral y ejercer así su derecho de defensa.

Siendo así, y habiéndose analizado todos y cada uno de los puntos sobre los cuales el CONSORCIO sustenta este extremo de su demanda, y considerando que los mismos deben ser desestimados por las razones que enmarcan el desarrollo de este extremo del laudo, este Tribunal concluye que la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por el CONSORCIO deberá ser declarada infundada.

Segunda cuestión controvertida:

Determinar, en caso se ampare la primera cuestión controvertida, si corresponde ordenar el reintegro y/o devolución de las penalidades aplicadas por la ENTIDAD.

DÉCIMO.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

En relación a esta segunda cuestión controvertida, es preciso señalar que, habiéndose desestimado la primera cuestión controvertida, consecuentemente debe desestimarse la pretensión accesoria que involucra a esta segunda cuestión controvertida, máxime si en virtud de los principios generales del derecho, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Siendo así, el Tribunal Arbitral concluye que la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal deberá ser declarada improcedente.

Tercera cuestión controvertida:

Determinar, en caso se ampare la primera cuestión controvertida, si corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los intereses legales devengados de S/ 672,272.65 soles, contados a partir de la fecha en que debió efectuarse hasta la fecha efectiva de pago.

UNDÉCIMO.

En relación a esta tercera cuestión controvertida, es preciso señalar que, habiéndose desestimado la primera cuestión controvertida, consecuentemente debe desestimarse la pretensión accesoria que involucra a esta tercera cuestión controvertida, máxime si en virtud de los principios generales del derecho, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Siendo así, el Tribunal Arbitral concluye que la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal deberá ser declarada improcedente.

Cuarta cuestión controvertida:

Determinar si corresponde ordenar a la ENTIDAD, la devolución del pago de los gastos arbitrales asumidos por el CONTRATISTA, incluyendo los honorarios profesionales de la defensa legal.

DUODÉCIMO.

Por último, en relación a esta cuarta y última cuestión controvertida, relativa a las costas y costos

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Miguel Grau Quinteros

José Talavera Herrera

del proceso arbitral, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el Arbitraje en el Perú, se dispone que el Tribunal Arbitral debe emitir pronunciamiento en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

En efecto, de conformidad con la citada disposición de la Ley de Arbitraje, se dispone lo siguiente:

“El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. 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”.

En atención a la citada disposición, considerando que el CONTRATISTA resultó ser la parte vencida en el presente caso, y no habiendo acuerdo previo entre las partes sobre la distribución de los gastos arbitrales, este Colegiado considera pertinente disponer que los mismos sean asumidos en su integridad por el CONTRATISTA, debiendo cada parte asumir los costos que involucran a sus respectivas defensas legales.

IX. DECISIÓN. -

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 las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Miguel Grau Quinteros
José Talavera Herrera

desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por el CONSORCIO.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal formulada por el CONSORCIO.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal formulada por el CONSORCIO.

CUARTO: DISPONER que el CONTRATISTA asuma el pago íntegro de los gastos arbitrales del presente proceso, debiendo cada una de las partes asumir los gastos que involucraron sus respectivas defensas legales.



Gonzalo García Calderón Moreyra

Presidente del Tribunal Arbitral



Miguel Grau Quinteros
Miembro del Tribunal



José Talavera Herrera

Miembro del Tribunal