

Lima, 26 de marzo de 2021

Señores

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

Jirón de la Unión N° 264, Piso 8

Cercado de Lima.-

Correo electrónico: cfigueroa@midis.gob.pe, jramirez@midis.gob.pe,
martin.correa@qw.gob.pe, mprocuraduria@midis.gob.pe y
procuraduriapublica.midis2020@gmail.com

Ref.: Caso Arbitral: Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma - Comercial Man & Liu S.R.L.

Att.: Procuraduría Pública

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumpla con notificarles un ejemplar del laudo emitido por el Tribunal Arbitral compuesto por los doctores Alfredo Fernando Soria Aguilar, en calidad de Presidente y Luis Manuel Juárez Guerra y Reynaldo Bustamante Alarcón, en calidad de Árbitros, de fecha 26 de marzo de 2021.

Atentamente,



JUAN DIEGO GUSHIKEN DOY
Secretario Arbitral Ad-Hoc

Caso arbitral seguido entre:

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

COMITÉ DE COMPRA LIMA 4

y

COMERCIAL MAN & LIU S.R.L.

LAUDO

Tribunal Arbitral

Alfredo F. Soria Aguilar | Presidente
Luis Manuel Juárez Guerra
Reynaldo Bustamante Alarcón

Secretario Arbitral

Juan Diego Gushiken Doy

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 26 de marzo de 2021

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a series of loops and a final flourish.

Resolución N° 33

I. ANTECEDENTES:

1. En el portal institucional del Programa Nacional de Alimentación Qali Warma (en adelante, indistintamente la Entidad o el Demandante) se publicó la convocatoria del proceso de compra de canasta básica de raciones de los ítems MALA 1, QUILMANA 1 y SAN LUIS 1.
2. Producto de la convocatoria antes referida, el 26 de febrero de 2014, se suscribieron los “Contratos 003-2014-CCLIMA4/RAC, 004-2014-CCLIMA4/RAC y 005-2014-CCLIMA4/RAC” (en adelante, los Contratos) entre Comité de Compra Lima 4 (en adelante, el Comité) con Comercial Man & Liu S.R.L. (en adelante el Contratista).
3. Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias, las cuales constituyen el origen del presente arbitraje.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

4. El convenio arbitral sobre la base del cual se cimienta el presente arbitraje se encuentra previsto en la “Cláusula Vigésima: Solución de Controversias” de los Contratos, la cual establece que cualquier controversia que surja en la etapa de ejecución contractual deberá solucionarse mediante Arbitraje. Así, se tiene que el numeral 20.1 de dicha cláusula establece lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

20.1 Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un Tribunal Arbitral, de acuerdo con el monto contractual y a los términos establecidos en el contrato celebrado. En el caso del Tribunal Arbitral, cada una de las partes designará a un árbitro y éstos de común acuerdo designarán al tercero, quien

será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del Árbitro Único o en el Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Arbitraje establecido en el contrato correspondiente. De ser necesario efectuar un proceso arbitral, éste se desarrollará en la ciudad de Lima. El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. El contrato establecerá los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses de Qali Warma.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

III.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

5. Con fecha 28 de marzo de 2019, en la Sede del Tribunal Arbitral, se llevó a cabo, con asistencia de la Entidad y el Contratista, la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, en la cual se fijaron las reglas del presente arbitraje.
6. Los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados, dejando constancia de que no incurrieran en algún supuesto de incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, por lo que se desenvolverían con imparcialidad e independencia.
7. Se dejó constancia de que ninguna de las partes impugnó o reclamó el contenido del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

III.2. DE LA PARTICIPACIÓN DEL DEMANDANTE EN EL PRESENTE ARBITRAJE

8. Mediante escrito de fecha 28 de marzo de 2019, el Demandante se apersonó en calidad de parte no signataria. En atención a ello, mediante Acta de

Instalación, entre otros asuntos, dio cuenta de la presentación de dicho escrito y se otorgó al Contratista y al Comité un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que manifieste a su derecho.

9. Dicho escrito y el Acta de Instalación fueron notificados al Contratista el mismo día de realización de la audiencia.
10. Mediante Resolución N° 2, el Tribunal Arbitral, en atención que la Entidad se apersonó al presente arbitraje como parte no signataria, procedió a analizar la procedencia o no del pedido efectuado.
11. En primer lugar, se dejó constancia que el Contratista no ejerció su derecho de pronunciarse respecto del pedido formulado por la Entidad, pese a ser debidamente notificado para tales efectos.
12. En segundo lugar, tal como se analizó en dicha resolución, el Tribunal Arbitral advirtió que la Entidad no suscribió el Convenio Arbitral previsto en los Contratos N° 003-2014-CC LIMA 4/RAC, N° 004-2014-CC LIMA 4/RAC y N° 005-2014-CC LIMA 4/RAC.
13. Sin embargo, en aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, se tuvo en cuenta que dicha norma permite incluir a las partes no signatarias del convenio y cuyo consentimiento de ser parte del convenio pueda ser presumido a través del proceder de las mismas.
14. Por lo que, de una revisión del esquema contractual establecido en los Contratos, los derechos y obligaciones contractuales no solo se regulan entre el Comité de Compra Región Lima 4 y el Contratista, sino que se puede apreciar que la Entidad forma parte integral de la ejecución de los mismos, al brindar la conformidad de la prestación, realiza funciones de supervisión, entre otras.

15. Adicionalmente a ello, tanto el Comité de Compra Región Lima 4 como el Contratista han previsto que la Entidad pueda participar en un arbitraje que se inicie a raíz de los Contratos materia de litis. Así, en la cláusula Vigésimo Primera común a los Contratos, se puede apreciar que las partes han acordado que la Entidad pueda participar en todo litigio o controversia que surja de tales contratos, aplicándose el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.
16. En ese sentido, el Tribunal Arbitral declaró como parte no signataria de los Contratos N° 003-2014-CC LIMA 4/RAC, N° 004-2014-CC LIMA 4/RAC y N° 005-2014-CC LIMA 4/RAC a la Entidad, precisándose que no han interpuesto una reconsideración a dicha decisión, ni el Contratista ni el Comité de Compra Lima 4.

III.3. LA DEMANDA

17. El 12 de junio de 2019, la Entidad presentó su demanda, formulando las siguientes pretensiones, las cuales fueron ratificadas por la Entidad, mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2021 y se transcriben a continuación:
 - 17.1. Que el tribunal declare consentida la resolución de los contratos 003, 004 y 005-2014-CCLIMA4/RAC, al haber transcurrido el plazo pactado por las partes en la cláusula décimo sexta, para que el contratista someta cualquier controversia derivada de dichas resoluciones a arbitraje.
 - 17.2. Que el tribunal declare consentida la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento de los contratos 003, 004 y 005-2014-CCLIMA4/RAC, al haber operado el consentimiento de las resoluciones de dichos contratos, conforme a lo dispuesto en el numeral 11.1 de la cláusula undécima y la cláusula décimo sexta de los contratos.

17.3. Que el tribunal ordene el pago pendiente de las garantías de fiel cumplimiento de los contratos 003, 004 y 005-2014-CCLIMA4/RAC, a favor del Programa Qali Warma, en mérito a lo dispuesto en el numeral 11.1. de la cláusula undécima de los contratos, cuyo monto total asciende a S/. 253,099.09 Soles; al haber quedado consentida la resolución de los contratos 003, 004 y 005-2014-CCLIMA4/RAC.

Fundamentos de hecho y de Derecho de la Demanda:

18. La Entidad manifestó que, de acuerdo a los Contratos, la entrega de raciones era diaria por parte del contratista, conforme al requerimiento que, para cada día de provisión, regulaba el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
19. En mérito a una alerta sanitaria sobre presunta intoxicación de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en la provincia de Cañete, se desplegaron acciones de supervisión y monitoreo de las condiciones de higiene sanitaria en la planta de procesamiento de alimentos del Contratista.
20. De las actividades de supervisión se levantó el Acta de Supervisión de fecha 21 de marzo de 2014, en la que se dejó constancia que: (i) De los insumos utilizados para la preparación de las raciones, el queso utilizado no correspondía al exigido según Ficha Técnica de Producción de Raciones y que no contaba con la correspondiente documentación obligatoria (Registro Sanitario del Producto y Análisis Microbiológico), (ii) Para el caso de la preparación del bebible, la quinua entera utilizada para la preparación del bebible no contaba con el rotulado exigido en la Ficha Técnica del Producto, generando así la no identificación del mismo y no permitiendo de esta manera poder comprobar la procedencia del insumo de quinua. Por lo que, se vulneró los requisitos establecidos en las Fichas Técnicas, Bases de Compra y el numeral 16.6. de la cláusula décimo sexta de los Contratos.

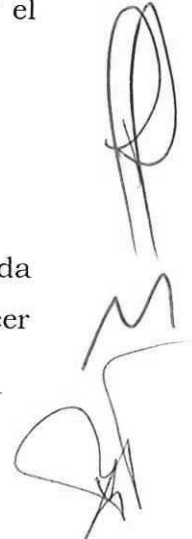
21. Asimismo, dicha parte señaló que el Contratista obtuvo un calificativo malo en la supervisión.
22. Por lo que, el 24 marzo de 2014, notificó la resolución de los Contratos, sin que el Contratista dentro del plazo de quince (15) días hábiles haya sometido a controversia la citada resolución, operando como consecuencia de dicha inacción, el consentimiento de la resolución pactada en la cláusula décimo sexta.
23. En ese sentido, la Entidad explicó que se configuraría el supuesto de hecho establecido en la Cláusula Undécima que estipula la ejecución de garantías. Sin embargo, no ha podido ejecutar de manera completa de la garantía de fiel cumplimiento de los Contratos, quedando pendiente, el cobro de la suma de S/ 253,099.09 Soles; situación que motiva la demanda.
24. Respecto la primera pretensión, la Entidad sostuvo que, en atención a la alerta de presuntas intoxicaciones y en cumplimiento a lo señalado en el numeral 13.2. de la cláusula décimo tercera de los Contratos, el personal del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma realizó una visita de supervisión a la planta de producción de raciones que abastece a los usuarios de las Instituciones Educativas de los Contratos, evidenciándose observaciones en la planta de preparación de raciones del Contratista, las cuales no han sido negados, observados o contradichos por el Contratista, reconociendo con su firma lo que en el Acta de Supervisión se deja constancia (esto es, el hecho generador de la resolución de los Contratos).
25. En mérito de la supervisión antes detallada, la Entidad señaló que se levantó el Informe N° 29-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSL de fecha 22 de marzo de 2014, mediante el cual se da cuenta de los incumplimientos imputables del Contratista a la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao.

26. De esa forma, el 22 de marzo de 2014., mediante Informe N° 032-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-ATAPIA-UTLM, la coordinadora de Supervisión y Monitoreo de la Unidad Territorial informó que, en atención a la alerta de presuntas intoxicaciones en el distrito de Pacarán – provincia de Cañete, se recibieron actas de dos instituciones educativas, así como el Acta emitida por el Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Fiscalía Provincial de Prevención del delito y materia ambiental de Cañete, mediante las cuales se da cuenta de la existencia de afectación de salud en tres instituciones educativas, vinculadas a la provisión de las raciones del Contratista.
27. Con fecha 22.03.2014, la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao, Lic. Ivette Otárola emitió el Informe Técnico N° 004-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLM que sustenta la resolución de los Contratos; el mismo que se adjunta a la Carta N° 152-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLM de la misma fecha, para que el Comité de Compra Lima 04 proceda con la extinción del vínculo contractual.
28. De esa forma, el 22 de marzo de 2014 se emite la Carta N° 010-2014-CC LIMA4 mediante la cual el Comité de Compra Lima 4 comunica al Contratista la resolución de los Contratos.
29. La Entidad sostuvo además que se siguió en forma escrupulosa el procedimiento pactado por las partes para la extinción del vínculo contractual, la cual fue absolutamente válida, legal y eficaz en relación al demandado.
30. Por otra parte, la Entidad manifestó que, frente a la resolución efectuada, el Contratista nunca interpuso una demanda en la vía arbitral, operando el consentimiento de la resolución de los Contratos. Para lo cual, la Entidad sustentó su posición basándose en jurisprudencia arbitral.

31. Respecto a la Segunda y Tercera Pretensión, la Entidad manifestó que, de acuerdo con las Bases Integradas, al ser el Contratista una MYPE, la garantía de fiel cumplimiento se iría descontando de las valorizaciones (pagos de cada entrega) al estar imposibilitado de la emisión de una carta fianza por el total de la garantía, esto es por el 10% del monto del contrato.
32. Sin embargo, la Entidad explicó que, teniendo en cuenta que se han visto perjudicados en obtener el total de la garantía de fiel cumplimiento (ascendente al 10% del monto del contrato), toda vez que la prestación del servicio alimentario se interrumpió para garantizar la provisión adecuada de raciones a los usuarios (por otro proveedor) y para garantizar también, que no exista riesgo alguno de afectación en su salud. Razón por la cual, queda una suma pendiente de cobro o recupero de las garantías de fiel cumplimiento por la suma de S/253,099.09.
33. Por lo que, la Entidad manifestó que, de acuerdo con la Cláusula Undécima de los Contratos, al quedar consentida la resolución efectuada, se ha configurado el supuesto habilitante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.
34. Por lo que, la Entidad solicitó que no solo declare consentida la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento de los Contratos, sino que, además, al existir un saldo pendiente de pago por dichos conceptos, se ordene al contratista pague suma total de las garantías pendientes de pago por el demandado.

III.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

35. Mediante Resolución N° 19, se corrió traslado al Contratista de la demanda arbitral presentada por la Entidad, a fin de que el Contratista pueda ejercer su derecho de defensa.



36. De acuerdo a la regla contenida en los numerales 25 y 28 del Acta de Instalación, aprobada por acuerdo de las partes, señala que el plazo para formular excepciones y presentación de la contestación de demanda es de veinte (20) días hábiles computados a partir del día siguiente en que la parte sea notificada con la correspondiente demanda o reconvención.
37. Al respecto, teniendo en cuenta que el Contratista fue notificado con la demanda el 8 de enero del 2020, el Contratista presentó su contestación de demanda el 7 de febrero del 2020, razón por la cual, el Tribunal Arbitral resolvió declarar, mediante Resolución N° 23, lo siguiente:
- 37.1 Por unanimidad, improcedentes por extemporáneas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y de prescripción extintiva planteadas por el Contratista. Sin perjuicio de ello, se precisó que no existe falta de legitimidad para obrar debido a que quien actúa como parte demandante en este arbitraje es el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, pero quien la representa y ejerce su defensa en este arbitraje es la Procuraduría Pública del MIDIS, al que dicho Programa pertenece y que la prescripción extintiva no se ha configurado debido a que las pretensiones de la Entidad demandadas en este arbitraje no se enmarcan en el supuesto de hecho del numeral 3 del artículo 2001° del Código Civil (como equivocadamente parece sostener el Contratista), sino en el numeral 1 de dicho artículo, el cual establece un periodo de diez (10) años para la prescripción de la acción personal (entre otras).
- 37.2 Por mayoría, improcedente por extemporánea la contestación de demanda, con el voto de los árbitros Alfredo F. Soria Aguilar y Luis Manuel Juárez Guerra. Sin perjuicio de ello, se tuvo presente la argumentación expuesta en la contestación de demanda por el Contratista, en lo que corresponda y fuere de Ley.

Por su parte, el árbitro Reynaldo Bustamante Alarcón emitió un voto en minoría únicamente en contra de declarar improcedente la contestación de demanda del Contratista, estimando que el Tribunal Arbitral podría ejercer la facultad prevista en el último párrafo del numeral 13 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral para ampliar el plazo de contestación de la demanda, aunque se encuentre vencido, y, en tal sentido, admitir a trámite la contestación de demanda.

38. De acuerdo a los actuados arbitrales, cabe señalar que la referida Resolución N° 23 ha quedado firme, no siendo objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral.

La Contestación de la Demanda:

39. Teniendo en cuenta lo resuelto mediante Resolución N° 23, se procede a desarrollar los argumentos planteados por el Contratista, al tener en cuenta que el Tribunal Arbitral en mayoría tuvo presente la argumentación expuesta en la contestación de la demanda.
40. Respecto a la primera pretensión, el Contratista afirmó la resolución de contrato efectuada no surte sus efectos, por haberse vulnerado lo que determina el Manual de Compras. Ya que, el numeral 12) del artículo II señala que los actos, deliberaciones y acuerdos que adopte el Comité de Compras constan en actas. El quorum requerido para sesionar es la de menos de tres (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de tres (3) de sus integrantes. Las decisiones del comité son inapelables. Por su parte, el numeral 16), el cual indica las funciones del Presidente del Comité de Compras, no establece como función la de resolver contratos.
41. En ese sentido, el Contratista señaló que de la comunicación notarial que resuelve el contrato, no se indica la fecha de sesión del comité y menos adjunta el acta que haya determinado la resolución del contrato.

42. Asimismo, el Contratista afirmó que la carta no está suscrita por la totalidad de sus miembros o en su defecto por tres de sus integrantes, dicha carta solo cuenta con la firma del Presidente, mas no de los integrantes del comité, ya que los únicos autorizados a resolver el contrato es el comité y no solo el Presidente, en consecuencia no puede declararse consentida la resolución de contrato, cuando no se ha realizado del modo y forma establecido por ley y menos por la entidad o personas autorizadas para hacerlo.
43. En consecuencia, el Contratista aseveró que no puede declararse consentida la llamada resolución de contrato, no ser ineficaz la misma y no haberse emitido por la Entidad o funcionarios habilitados para hacerlo, por lo que, según el Contratista, la pretensión es infundada.
44. Respecto a la segunda pretensión, el Contratista señaló que no puede declararse consentida la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento de los contratos materia de ejecución debido a que la resolución de contrato resulta ineficaz, ya que no ha sido emitida por la entidad o funcionarios habilitados para hacerlo, y menos aún existe el acta de sesión del comité que conste la decisión de resolver el contrato.
45. Por lo que, al no seguirse con los procedimientos que señala el Manual de Compras, la carta cursada es ineficaz. Al no haber resolución valida, no puede declararse consentida la misma y por ende la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, por lo cual, el Contratista afirmó que la segunda pretensión demandada resulta ser infundada.
46. Respecto a la Tercera Pretensión, el Contratista reiteró los argumentos señalados para la Segunda Pretensión y efectuó un análisis respecto a la cláusula 11.1 de los Contratos.

47. De esa forma, el Contratista señaló que la cláusula 11.1 establece que una vez resuelto el contrato, la garantía de fiel cumplimiento corresponde íntegramente a Qali Warma.
48. En ese sentido, el Contratista manifestó que, conforme a lo normado por el artículo 168 del Código Civil, el Acto jurídico debe de ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él, según el principio de la buena fe; y el artículo 169 del Código Civil, precisa que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
49. En ese sentido, el Contratista explicó que, en el presente caso, al no haberse ejecutado la totalidad del contrato, esta solo puede ejecutarse la garantía de fiel cumplimiento sobre la base de lo retenido y lo que ha conformado la garantía de fiel cumplimiento, ya que la garantía de fiel cumplimiento solo puede ejecutarse sobre la base retenida, ya que solo se pudo retener lo que se había cumplido como obligación, mas no obligarse a un pago que aún no se ha ejecutado.
50. Por ello, el Contratista afirmó que no puede pagarse reintegro alguno respecto a la garantía de fiel cumplimiento, debido a que el contrato no se ejecutó en su totalidad y por ende, solo es factible ejecutar lo retenido con el contrato durante la vigencia del mismo y que fue retenido por la Entidad.

III.5. MODIFICACIÓN DE REGLAS ARBITRALES COMO CONSECUENCIA DEL COVID-19

51. A partir de las circunstancias que se han presentado en nuestro país en razón a la pandemia mundial producida por la propagación del virus COVID-19, mediante la Resolución N° 22 del 17 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral estableció diversas medidas que permitan la continuación del proceso arbitral, garantizando el acceso a la justicia y el debido proceso, en esta circunstancia de pandemia.

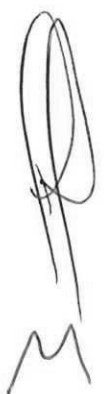

52. Dentro de las reglas fijadas, el Tribunal Arbitral estableció que todas las decisiones del colegiado, así como las comunicaciones de la Secretaría Arbitral, se enviarán por vía electrónica a los correos señalados en las partes en el Acta de Instalación, salvo indicación contraria de estas. En este caso, la notificación de las decisiones del Tribunal Arbitral y las comunicaciones de la Secretaría Arbitral se consideran efectuadas el día de su envío, salvo prueba en contrario.
53. Asimismo, se determinó que los escritos de las Partes se remitirán por correo electrónico acompañados de los anexos documentales, así como cualquier otra prueba que sea aportada.

III.6. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

54. Mediante la Resolución N° 25 del 12 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral señaló que prescinde de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, procediendo a fijar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento, así como va a determinar la admisión de los medios probatorios ofrecidos en el presente arbitraje en dicha resolución.
55. Sobre la admisión de los medios probatorios, el Tribunal Arbitral emitió un pronunciamiento respecto de los medios probatorios ofrecidos por las partes, el cual se transcribe a continuación:

Medios Probatorios ofrecidos por la Entidad:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en su escrito de demanda de fecha 12 de junio de 2019 y 15 de agosto de 2019.

Medios Probatorios ofrecidos por el Contratista:

Se debe estar a lo resuelto mediante Resolución N° 23, la cual declaró improcedente por extemporánea la presentación de la contestación de demanda.

56. Sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió admitir de oficio los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de fecha 7 de febrero de 2020.

III.7. ALEGATOS

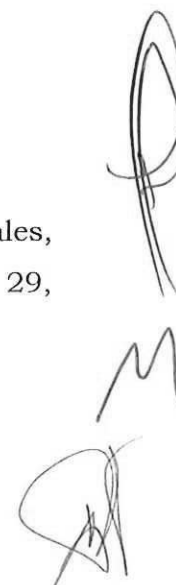
57. Mediante Resolución N° 25, el Tribunal Arbitral solicitó a las partes para que dentro de un plazo de diez (10) días hábiles formularan sus alegaciones finales por escrito y, de considerarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

58. Transcurrido el plazo otorgado mediante la referida resolución, el Comité de Compra Lima 4 y la Entidad presentaron sus alegatos por escrito, solicitando, asimismo, el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

59. Sin embargo, se dejó constancia que el Contratista no presentó sus alegatos por escrito, a pesar de haber sido notificado inclusive notarialmente para tales efectos.

III.8. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

60. Habiéndose solicitado el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral las citó para tales efectos mediante Resolución N° 29, para el 8 de enero de 2021, contando con la asistencia de la Entidad.



III.9. PLAZO PARA LAUDAR

61. Mediante Resolución N° 32, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, pudiendo prorrogarse el mismo en treinta (30) días hábiles adicionales.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

IV.1. CUESTIONES PRELIMINARES

62. Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- a. El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
- b. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- c. Ninguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.
- d. Las partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar las pruebas que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- e. El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido de común acuerdo por las partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.



IV.2. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES MATERIA DEL ARBITRAJE

PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

Posición del Tribunal Arbitral:

63. Habiendo analizado las posiciones y defensas de las partes corresponde al Tribunal Arbitral que emita un pronunciamiento respecto este punto controvertido.
64. Cuando dos partes, ya sean públicas o privadas, deciden celebrar un contrato, existe una situación esperada de cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas.
65. Si bien el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito contractual, dicha situación no necesariamente se verifica en todo contrato, pues alguna de las partes podría dejar de cumplir sus obligaciones, e incumplir el contrato.
66. En primer lugar, corresponde recordar los alcances de la figura jurídica conocida como "resolución contractual". En este caso, tenemos que el artículo 1371 del Código Civil estipula que la resolución "*deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración*". Por tanto, la resolución del contrato extingue de manera anticipada el ciclo del iter contractual, impidiendo que se cumpla la finalidad económica que se buscaba con esa relación contractual.
67. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que:

la resolución de un contrato por incumplimiento es una situación jurídica emergente de la configuración de un acto ilícito por el cual quien es parte de aquel no adopta el comportamiento que

comprometió con su otorgamiento, inejecutando así la prestación asumida como objeto del negocio. El incumplimiento resulta ser referido a una obligación contractual, hecho que coloca a la resolución como una causa endógena de cesación de los efectos del vínculo contractual.¹

68. Tal es así que mediante la resolución del contrato se busca

dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones.²

69. Asimismo, García de Enterría indica que la resolución

es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en **salvaguardar su interés contractual** como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte³. (Resaltado agregado)

70. De los actuados arbitrales podemos apreciar que, mediante la Carta N° 010-2014-CC LIMA4⁴, la Entidad procede con la resolución de los contratos, tal como se puede apreciar a continuación:

¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CATILLOS FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Vol. XVI — Cuarta Parte — Tomo X Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL, p. 78

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima - 2001. Pág. 455.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001. Civitas, Madrid - 2001, Pág. 750.

⁴ Anexo 7 de la demanda.

ANEXO 7

CARTA NOTARIAL

Lima, 22 de Marzo de 2014
CARTA NOTARIAL N°: 453

CARTA N° 610-2014-CC-LIMA 4

Señor:
MAN CHIEN WANG
 Representante de Comercial Man & Liu SRL
 Av. Raimor N° 455 - Imperial - Cañete
 Presente



Asunto	Resolución de contrato
Referencia	CONTRATO N° 002-2014-CC LIMA 4/RAC CONTRATO N° 003-2014-CC LIMA 4/RAC CONTRATO N° 004-2014-CC LIMA 4/RAC CONTRATO N° 005-2014-CC LIMA 4/RAC

De nuestra consideración:

Me dirijo a usted con relación a los contratos de la referencia suscritos con su representada para atender los ítems Lunahuaná 1, Mala 1, Guáquina 1/ San Luis 1 el ítem, para comunicarle lo siguiente:

OFICINA NOTARIAL
 GUAYAMA
 CANTAS NOTARIALES

- o El día 21 de Marzo de 2014, en atención a la carta de presunta intencionalidad recibida y en cumplimiento a lo señalado en el numeral 13.2 de la cláusula décima tercera del contrato suscrita con su representada, personal del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma realizaron una visita en supervisión a su planta de producción de raciones que abastece a los usuarios de las Instituciones Educativas de los contratos de la referencia.
- o De acuerdo al informe N° 29-2014-MIDIS/INAGOV-UTLMD-MRI durante la visita de supervisión realizada el día 21 de marzo de 2014 a su planta ubicada en J. Soria N° 510, distrito de Imperial - Cañete, se evidenció el siguiente incumplimiento:
 1) evidencia que algunos insumos para la preparación de las raciones de uso de (ítemes 21) no contaban con registro sanitario y certificado de calidad que imposibilitaban hacer la trazabilidad respectiva.
- o Los hechos descritos líneas arriba configuran incumplimientos al contrato señalado en los numerales 16.6 y 16.7 de la cláusula décima sexta, que alientan resolución de contrato, los mismos que señalan:

Numeral 16.6: "Los insumos empleados por EL PROVEEDOR para la preparación de raciones, no cuentan con el respectivo Registro Sanitario ya no cuentan con Autorización Sanitaria de Establecimiento, según corresponda".

Numeral 16.7: "Los insumos utilizados por EL PROVEEDOR para la preparación de raciones no cumplan con las características físico - químicas, microbiológicas y sensoriales, de acuerdo a lo establecido en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas según corresponda siendo susceptibles de generar riesgos a la salud de los usuarios".

En este contexto, de acuerdo a las condiciones del contrato se invoca la cláusula resolutoria y se procede a RESOLVER de pleno derecho los contratos de la referencia, reservándonos el derecho a iniciar otras acciones legales que correspondan.

Atentamente,



JUAN JAVIER BUSTOS CAYCHO
 FOLIO REGISTRO DE EMPRESAS 000011044
 INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE EMPRESAS

71. Ahora bien, conforme con la constancia notarial de entrega⁵, la referida comunicación de resolución contractual fue notificada en el domicilio contractual del Contratista, el 24 de marzo de 2014:

HUBERT CAMACHO GALVEZ
Notario de Cañete

CERTIFICO: Que, la presente CARTA NOTARIAL, signada con el N° 453/2014, cuyo contenido está expresado al dorso y conste de dos folios más tres anexos ha sido diligenciado en la dirección del destinatario ubicado en la Av. Ramos N° 485, del Distrito de Imperial, Provincia de Cañete, Departamento de Lima, el día 24 de Marzo del 2014, a horas 04:51 p.m., habiéndose entregado la notificación a una persona quien manifestó ser la encargada Doña: JHOVANA CANDELA, quien enterada de la integridad del texto de la Carta Notarial, recepcionó el original del documento firmando en el cargo de recepción. De lo que DOY FE, para los efectos de Ley.

En la Ciudad de San Vicente de Cañete, a los 24 días del mes de Marzo del Año Dos Mil Catorce.



72. Ahora bien, luego del 24 de marzo de 2014, no se encuentra evidencia documental alguna de que el Contratista haya cuestionado o negado la decisión de la Entidad. Ninguna de las partes ha aportado prueba alguna al respecto.
73. Esta situación fue advertida por la Entidad demandante en el escrito de demanda (página 16), en el que señala que el Contratista consintió la resolución del contrato, tal como se puede apreciar a continuación:

⁵ Anexo 7 de la demanda.

Es el caso que el contratista NUNCA interpuso una demanda en la vía arbitral para cuestionar la RESOLUCION de los CONTRATOS debidamente notificada a COMERCIAL MAN & LIU SRL, operando el efecto que las partes pactaron en dicho supuesto, esto es **EL CONSENTIMIENTO DE LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS**.

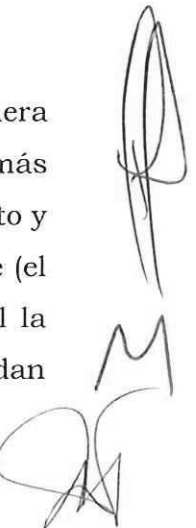
16

74. En esa línea, de una revisión de los Contratos materia de litis, tenemos que la cláusula Décimo Sexta de los Contratos establece lo siguiente:

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

75. Tomando en cuenta que el Contratista no ha aportado medio probatorio alguno que acredite que haya cuestionado la resolución dentro del plazo previsto contractualmente, en aplicación del artículo 1361 del Código Civil que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, corresponde que el Tribunal Arbitral declare que ha quedado consentida la resolución, conforme con lo estipulado en el citado último de la cláusula Décimo Sexta de los Contratos.
76. A mayor abundamiento, pretender que el Tribunal Arbitral ingrese al análisis de la validez o eficacia de la resolución, tal como se desprende de la defensa del Contratista, implicaría que este colegiado contravenga el acuerdo adoptado por las partes en los Contratos.
77. Entonces, la resolución del contrato, una vez consentida, genera consecuencias importantes en relación con el contrato, siendo la más importante, la extinción del contrato. Así, se ha señalado que el contrato y la obligación que este crea constituyen una sola unidad de continente (el contrato) y contenido (la obligación). Se resuelve el contrato y con él la obligación que crea; con la resolución del contrato, los sujetos quedan desligados de la obligación.⁶

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Rescisión y resolución del contrato, en <https://bit.ly/2J5jaVN>, p. 9.




78. Por tanto, resuelto el contrato, sin que dicha resolución se haya discutido en la vía arbitral, la resolución ha quedado consentida y, por ende, por propio acuerdo de las partes, no resulta viable que el Tribunal Arbitral analice y se pronuncie respecto de cualquier cuestionamiento acerca de la validez o eficacia de la resolución, dado que la resolución ha quedado consentida.
79. Por lo que, el Tribunal Arbitral declara fundada la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar consentida la resolución de los Contratos N° 003-2014-CCLIMA4/RAC, 004-2014-CCLIMA4/RAC y 005-2014-CCLIMA4/RAC por el transcurso del plazo pactado por las partes para que el contratista someta cualquier controversia derivada de dichas resoluciones a arbitraje.

SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

Posición del Tribunal Arbitral

80. Habiendo analizado las posiciones y defensas de las partes, el Tribunal Arbitral considera pertinente emitir un pronunciamiento en conjunto respecto estas pretensiones, al encontrarse vinculadas entre sí.
81. Respecto a lo referente a las garantías otorgadas en los Contratos, las Bases Integradas regulan lo siguiente sobre la garantía de fiel cumplimiento:

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page. The signature is a large, stylized 'M' with a vertical line extending downwards. Below it are smaller initials, possibly 'S' and 'L'.

Para suscribir el contrato, el postor ganador deberá presentar los siguientes requisitos obligatorios:

- Copia de DNI vigente del postor ganador; en caso de persona jurídica corresponde presentar el DNI del representante legal o apoderado y en caso de consorcio el DNI del representante común.
- Garantía de Fiel Cumplimiento por el 10% del valor adjudicado del ítem, la misma que será materializada a través de una "carta fianza". La Garantía de Fiel Cumplimiento será emitida a favor de Qali Warma y deberá ser expedida por una entidad financiera dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. La garantía debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática al sólo requerimiento de Qali Warma. La garantía debe extender su vigencia hasta 30 días posteriores a la culminación del período de atención. La carta fianza recibida por la Unidad Territorial correspondiente, deberá ser enviada a la Sede Central de Qali Warma para su custodia. En el caso específico de las MYPE, podrán solicitar acogerse al mecanismo de retención de dicho porcentaje de forma proporcional conforme a lo establecido en el contrato, para lo cual deberán presentar su Constancia de REMYPE, expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Contrato de consorcio con firmas legalizadas notarialmente por cada uno de los representantes legales y/o titulares de los consorciados, precisando el porcentaje de participación, las obligaciones de cada consorciado (conforme la promesa de consorcio, presentada en el proceso de compra), designación del representante común y el domicilio común, en caso corresponda.

82. Como sostiene García-Trevijano, la constitución de las garantías tiene el "objetivo de asegurar que el licitador o contratista no sólo pueda cumplir, sino que efectivamente así va a ser (so pena en caso contrario, entre otros efectos, de perder la garantía prestada) y, además en los concretos términos pactados".⁷
83. En ese sentido, podemos señalar que, las garantías pretenden incentivar o compeler al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario, la garantía será ejecutada por su acreedor.
84. Es en ese sentido que, en los Contratos materia de litis, entre las obligaciones a cargo del Contratista, se prescribe su obligación en otorgar una garantía para asegurar la ejecución y cumplimiento del contrato. Específicamente, las Bases Integradas establecen sobre la garantía de fiel cumplimiento, lo siguiente:

⁷ GARCÍA - TREVIJANO GARNICA, Ernesto. El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa. Editorial Civitas S.A. 1° edición, 1997, España. Pág. 16-17.

Garantía de Fiel Cumplimiento por el 10% del valor adjudicado del ítem, la misma que será materializada a través de una "carta fianza". La Garantía de Fiel

85. Conforme con lo descrito, la Garantía de Fiel Cumplimiento es por el 10% del valor adjudicado del ítem, la misma que debía materializarse a través de una "carta fianza". Sin embargo, en el presente caso, atendiendo que el Contratista acreditó ser una MYPE, las Bases Integradas establecieron que el Contratista podía acogerse al mecanismo de retención del 10% del valor adjudicado del ítem de forma proporcional (fraccionada) conforme se establezca en los Contratos. Así, las Bases Integradas establecen esta facilidad para las MYPE en los siguientes términos:

correspondiente, deberá ser enviada a la Sede Central de Qali Warma para su custodia. En el caso específico de las MYPE, podrán solicitar acogerse al mecanismo de retención de dicho porcentaje de forma proporcional conforme a lo establecido en el contrato, para lo cual deberán presentar su Constancia de REMYPE, expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

86. De esa forma, los Contratos suscritos por las partes y adjuntado en calidad de medio probatorio 3, 4 y 5 de la demanda, señalan expresamente lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA: RETENCION MYPE

EL PROVEEDOR ha acreditado ser una MYPE mediante la presentación de la respectiva constancia de inscripción en el REMYPE, solicitando acogerse al mecanismo de la retención.

EL COMITÉ retendrá el 10% del monto total del contrato para constituir el fondo de garantía, durante la primera mitad de la prestación del servicio, según detalle:

(...)

Una vez liquidado el contrato, EL COMITÉ procederá con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

87. En efecto, de la evaluación y análisis de los medios probatorios antes citados queda demostrado con claridad meridiana que existe una declaración y aceptación por parte del Contratista respecto a la metodología para la entrega de la garantía, consistente en la retención del 10% del monto de las facturas presentadas y de ser el caso, su posterior devolución de las retenciones efectuadas a la finalización del contrato, una vez liquidado el contrato correspondiente.
88. Teniendo en cuenta lo anterior, la retención se efectuaría de la siguiente forma:

Nº DE CONTRATO	MONTO CONTRACTUAL	MONTO DE LA GARANTÍA
003-2014-CCLIMA4/RAC	S/. 1'018,113.78	S/. 101,811.38
004-2014-CCLIMA4/RAC	S/. 691,514.52	S/. 69,151.45
005-2014-CCLIMA4/RAC	S/. 1'102,583.82	S/. 110,258.38

89. De esa forma, es el propio Contratista que reconoce que la Entidad puede proceder con la ejecución del monto retenido a la fecha de resolución de los Contratos, tal como lo señaló en su contestación de demanda y tal como se puede apreciar a continuación:

Por ello, queda claro que no puede pagarse reintegro alguno respecto a la garantía de fiel cumplimiento, debido a que el contrato no se ejecuto en su totalidad y por ende solo es factible ejecutar lo retenido con el contrato durante la vigencia del mismo y que fue retenido por la entidad;

(El subrayado es agregado)

90. Ello quiere decir que, en el transcurso de la ejecución del contrato, se procedió a retener parte del total de la garantía que se encontraba obligado

a entregar el Contratista, lo cual no ha sido cuestionado ni negado por éste último, sino que, por el contrario, ha sido reconocido por el propio Contratista.

91. De esa forma se tiene que, en la ejecución contractual, se han retenido los siguientes montos:

Contrato	Monto retenido por Garantía de Fiel Cumplimiento	Monto total de Garantía de Fiel Cumplimiento
003-2014-CCLIMA4/RAC	S/10,181.14	S/101,811.38
004-2014-CCLIMA4/RAC	S/6,915.14	S/69,151.45
005-2014-CCLIMA4/RAC	S/11,025.84	S/110,258.38
TOTAL	S/28,122.12	S/281,221.21

92. Ahora bien, en la oportunidad en que los Contratos fueron resueltos, las retenciones que se efectuaron de manera proporcional⁸, no alcanzaron el monto total de Garantía de Fiel Cumplimiento convenida⁹. Por ello, en virtud de la tercera pretensión planteada por la Entidad, corresponde que el Tribunal Arbitral analice, a continuación, si es que corresponde ordenar al Contratista el pago pendiente de las Garantías de Fiel Cumplimiento, por un monto ascendente a S/. 253,099.09 Soles, al haber quedado consentida la resolución de los Contratos.

93. Al respecto debe indicarse que, el artículo 168 del Código Civil establece que: *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”*. Este artículo debe ser concordado con el artículo 1361 del mismo Código que establece: *“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume*

⁸ El monto total retenido a la resolución contractual por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento de los Contratos fue de S/28,122.12 Soles.

⁹ El monto total de Garantía de Fiel Cumplimiento de los Contratos convenida fue de S/281,221.21 Soles.

que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

94. Así, De La Puente y Lavalle asevera que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato como categoría general es obligatorio, sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo, un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él.¹⁰
95. Por lo que, la obligatoriedad del contrato también genera consecuencias para el juez y para el árbitro, de ser el caso. Tanto el juez como el árbitro están llamados a pronunciarse sobre todo lo que se refiere al cumplimiento del contrato.¹¹ Esto, debido a que se debe aplicar el contrato de conformidad con lo expresado en él y esta aplicación no puede dejar de hacerse so pretexto de interpretación o por respeto a los principios de equidad.¹²
96. De esta forma, estando a los establecido en los artículos 168 y 1361 del Código Civil antes acotados y a lo señalado en los puntos anteriores, los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en él responde a la voluntad común da las partes; de no ser así, quien alegue esa falta de coincidencia tiene la obligación de probarlo.
97. Bajo estas premisas, el último párrafo del numeral 62) del Manual de Compras, dispone lo siguiente:

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima – 2001. Pág. 317.

¹¹ Ibidem, p. 317.

¹² Idem.

61) Forma parte integrante del contrato, el documento que lo contiene, los anexos, las propuestas técnica y económica, las bases integradas y los requerimientos técnicos mínimos consignados en las bases, así como las disposiciones establecidas en el presente manual y la normativa complementaria. En caso exista una contradicción y/o incongruencia entre los documentos previamente citados, las bases integradas tienen prevalencia sobre los demás documentos.

(El subrayado es agregado)

98. El Manual de Compras, en el literal b) de su numeral 59), exige para la firma del contrato una garantía de fiel cumplimiento por el 10% del valor adjudicado, materializada a través de una carta fianza expedida por una entidad financiera supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones.
99. Sin embargo, agrega que en el caso de MYPEs, la garantía de fiel cumplimiento puede materializarse a través del mecanismo de retención de dicho porcentaje (10% del valor adjudicado) de acuerdo con lo establecido en el contrato.
100. Sobre lo anteriormente expuesto, la cláusula Undécima de los Contratos establece el supuesto en el que la Entidad puede disponer del fondo otorgado en garantía, señalándose expresamente que:

CLÁUSULA UNDÉCIMA: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS para MYPE

QALI WARMA está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando:

11.1 La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

(El subrayado es agregado)

101. Como se advierte, el pacto entre las partes ha establecido que el mecanismo específico que tiene la Entidad para proteger sus intereses, en el supuesto que el contrato haya sido resuelto por causas imputables al

contratista, consiste en la disposición definitiva del fondo de garantía, el cual se entiende se encuentra en obligación por parte del Contratista en su totalidad, dado que lo pactado no indica que se disponga del fondo de garantía hasta el monto que hubiere sido retenido, como pretende el Contratista, es decir, sobre el monto retenido a la fecha de resolución de los Contratos.

102. Esta estipulación contractual es concordante con el numeral 88) del Manual de Compras que establece lo siguiente:

88) Qali Warma está facultada para solicitar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, a su sólo requerimiento, cuando:

a) El proveedor no hubiere renovado la garantía antes de su fecha de vencimiento. Contra esta ejecución, el proveedor no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

b) La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

(El subrayado es agregado)

103. Conforme con lo establecido en el citado numeral 88 del Manual de Compras, la Entidad está facultada para solicitar y ejecutar el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento si se cumplen los mismos supuestos estipulados en la cláusula undécima del Contrato, es decir, que la resolución contractual quede consentida o que, por laudo arbitral, se determine la procedencia de la resolución contractual.

104. Así pues, bajo la premisa que todo contrato resuelto debido a incumplimiento por causa imputable al contratista, implica una afectación inmediata (las prestaciones que no se ejecutaron y el costo económico derivado de la prestación incumplida) lo estipulado por las partes confiere

a la Entidad el derecho al íntegro de la Garantía de Fiel Cumplimiento, independientemente del daño efectivamente irrogado.

105. Asimismo, como se ha señalado previamente, la finalidad principal de la garantía es asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato.
106. En ese sentido, el incumplimiento del contratista de alguna de estas obligaciones, faculta a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la referida garantía, conforme con lo expresado en la Cláusula Undécima de los Contratos.
107. De esta forma, habiendo quedado consentida la resolución de contrato por incumplimiento imputable al Contratista, conforme con lo pactado por las partes en los Contratos y demás documentos contractuales, la Entidad se encuentra facultada para exigir y ejecutar, en su totalidad, la Garantía de Fiel Cumplimiento.
108. Cabe señalar que el Contratista considera que no puede pagarse reintegro alguno respecto a la garantía, debido a que, a su criterio, solo es factible ejecutar lo retenido durante la vigencia de los Contratos. En ese sentido, dicha parte, en resumen, expresó que:

el acto jurídico, referido a los contratos de ejecución relativo a la cláusula undécima, debe de interpretarse en forma conjunta con las otras cláusulas antes descritas, lo que nos da a entender que, la garantía de fiel cumplimiento solo puede ejecutarse sobre la base retenida, ya que solo se pudo retener lo que se había cumplido como obligación, mas no obligarse a un pago que aún no se ha ejecutado.¹³
(El subrayado es agregado)

¹³ Página 15 de la Contestación de Demanda.

109. Sin embargo, dicha interpretación no puede ser amparada por el Tribunal Arbitral puesto que no sólo desconoce la finalidad por la cual se otorgan garantías para asegurar el cumplimiento del contrato, sino que desconoce el lenguaje inequívoco de los Contratos materia de litis, en específico, lo pactado por las partes en la Cláusula Undécima de los mismos.
110. No solo ello, sino que, antes de participar en el proceso de contratación y, por ende, de suscribir los Contratos, el Contratista conocía el contenido del Manual de Compras, de las Bases, así como del Modelo de Contrato contenido en las Bases, documentos que establecen la obligación de constituir una garantía de fiel cumplimiento, sea bajo la forma de carta fianza o bajo el mecanismo de retenciones sobre valorizaciones aplicable a las MYPEs, y que tal garantía debía hacerse efectiva por el 10% del monto adjudicado en caso haya quedado consentida la resolución contractual por incumplimiento de obligaciones por causa imputable al proveedor, lo cual ha sucedido en el presente caso.
111. Como se ha señalado, una de las razones de la garantía de fiel cumplimiento es compeler al estricto cumplimiento de los Contratos.
112. El hecho que el Contratista sea una MYPE que se acogió al mecanismo de retención de valorizaciones no le exime de su deber de cumplir estrictamente sus obligaciones. Tanto más si la forma fraccionada de obtener esa garantía, a través de la retención del 10% de cada valorización, constituye un beneficio para el Contratista en su calidad de MYPE, lo cual no puede servir de mecanismo para que el Contratista deje de cumplir con asumir el íntegro de la Garantía de Fiel Cumplimiento prevista en caso quede consentida la resolución de los Contratos por incumplimientos por causa imputable al Contratista.
113. Finalmente, amparar lo señalado por dicha parte, implicaría que este colegiado desconozca cláusulas contractuales pactadas en base a su propia autonomía, lo que no puede ser permitido en un estado de derecho.

114. En ese sentido, teniendo en cuenta que el 10 % del monto de los Contratos asciende a la suma de S/ 281,221.21 (monto total de la garantía) y que, a la fecha, se ha retenido la suma de S/ 28,122.12, corresponde que el Contratista pague a favor de la Entidad la diferencia, la cual ascendente a S/. 253,099.09 Soles, precisándose que dicho monto o cálculo, no ha sido negado ni cuestionado por el Contratista.
115. Por lo que, el Tribunal Arbitral declara consentida la ejecución de las Garantías de Fiel Cumplimiento de los Contratos, cuyas retenciones fueron efectuadas durante la vigencia de los Contratos, sin que el Contratista haya cuestionado las mismas, y, por otro lado, corresponde ordenar al Contratista el pago pendiente de las garantías, cuyo monto total asciende a S/ 253,099.09 Soles, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Undécima de los Contratos, en concordancia con el numeral 88 del Manual de Compras.

SOBRE LOS COSTOS ARBITRALES:

Posición del Tribunal Arbitral

116. En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.
117. Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 70° de la Ley de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Dicha norma establece, además, qué conceptos se encuentran comprendidos como costos del arbitraje.
118. El citado artículo 70 de la Ley de Arbitraje expresa literalmente lo siguiente:

“Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

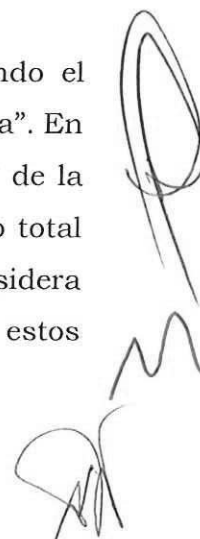
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos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

119. Asimismo, el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje, 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.”

120. En relación a ello, de una revisión del Convenio Arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

121. En el presente caso, el Tribunal Arbitral estima que, considerando el resultado del arbitraje, puede afirmarse que existe una “parte vencida”. En consecuencia, al amparo de lo establecido en el citado artículo 73° de la Ley de Arbitraje, corresponde al Contratista hacerse cargo del pago total de los costos del arbitraje, dado que el Tribunal Arbitral no considera razonable ejercer la facultad excepcional de distribuir y prorratear estos costos entre las partes.



122. En ese sentido, mediante Acta de Instalación, se fijó como honorarios netos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral la suma de S/ 73,440.00 (Setenta y tres mil cuatrocientos cuarenta con 00/100 Soles) netos y S/ 28,402.00 (Veintiocho mil cuatrocientos dos y 00/100 Soles), respectivamente, las mismas que debían ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales, siendo del cargo de las mismas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta.
123. Sin embargo, la Entidad, de acuerdo a los actuados arbitrales, efectuó el pago de la totalidad de los anticipos liquidados mediante Acta de Instalación.
124. Por estas razones, el Tribunal Arbitral dispone condenar al pago de los costos del arbitraje, que comprenden el pago de los honorarios de los árbitros y de la secretaria arbitral al Contratista, precisándose que los demás costos comprendidos en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, serán también de cargo del Contratista.

V. LAUDO

Por las consideraciones antes establecidas, luego de haber evaluado con detenimiento los argumentos y las pruebas actuadas en este proceso, este Tribunal Arbitral **POR UNANIMIDAD LAUDA:**

PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, consentida la resolución de los Contratos 003-2014-CCLIMA4/RAC, 004-2014-CCLIMA4/RAC y 005-2014-CCLIMA4/RAC.

SEGUNDO: DECLÁRESE FUNDADA la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, se declara consentida la ejecución de las garantías de los contratos N° 003-2014-CCLIMA4/RAC, 004-2014-CCLIMA4/RAC y 005-2014-CC LIMA4/RAC.


TERCERO: DECLÁRESE FUNDADA la tercera pretensión de la demanda y, en consecuencia, se ordena el pago pendiente de las garantías de fiel cumplimiento

de los contratos N° 003-2014-CCLIMA4/RAC, 004-2014-CCLIMA4/RAC y 005-2014-CC LIMA4/RAC, a favor del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, ascendente a la suma de S/ 253,099.09.

CUARTO: FÍJESE como honorarios definitivos del presente arbitraje los señalados en el presente laudo, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje y, en consecuencia, **DISPÓNGASE** que Comercial Man & Liu S.R.L. asuma en su totalidad los costos del arbitraje. En tal sentido, ordénese a Comercial Man & Liu S.R.L. para que pague a favor del Programa de Alimentación Qali Warma la suma de S/ 101,842.00 soles más impuestos, por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los demás costos comprendidos en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje.



ALFREDO F. SORIA AGUILAR
Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS MANUEL JUÁREZ GUERRA
Árbitro



REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN
Árbitro