

**EXP. N° 1741-141-18 PUCP
CASH FOODS SRL vs. COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 2, COMITÉ DE COMPRA
LA LIBERTAD 4 y COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 5 / PROGRAMA NACIONAL DE
ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA**

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: CASH FOODS SRL

DEMANDADO: COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 2
COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 4
COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 5

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN
ESCOLAR (PNAE) QALI WARMA (en adelante, QALI
WARMA)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL José Antonio Sánchez Romero (Presidente)
Daniel Triveño Daza (Árbitro)
Carlos Alberto Moreno Grandez (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL: Ricardo Okumura Ramírez
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución
de Conflictos de la PUCP

Fecha de emisión del laudo: 27 de junio de 2022.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TÉRMINOS EMPLEADOS EN LA PRESENTE DECISIÓN	
DEMANDANTE/ PROVEEDOR/CASH	CASH FOODS SRL
DEMANDADO/ LA ENTIDAD/ EL COMITÉ	COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 2 COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 4 COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 5
PARTES	Son conjuntamente el DEMANDANTE y el DEMANDADO .
PARTE NO SIGNATARIA/ (PNAEQW)/ QALIWARMA	Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA
CAE	Comité de Alimentación Escolar
CONTRATO/ LOS CONTRATOS	(1) Contrato N° 001-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS (2) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS (3) Contrato N° 004-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS (4) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (5) Contrato N° 005-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (6) Contrato N° 008-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (7) Contrato N° 009-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (8) Contrato N° 014-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS

	<p>(9) Contrato N° 015-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS</p> <p>(10) Contrato N° 017-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS</p> <p>(11) Contrato N° 002-2016-CC-LA LIBERTAD 5/PRODUCTOS</p>
CENTRO	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
TRIBUNAL ARBITRAL	<p>José Antonio Sánchez Romero (presidente)</p> <p>Daniel Triveño Daza (Árbitro)</p> <p>Carlos Alberto Moreno Grandez (Árbitro)</p>
SECRETARIA ARBITRAL	Ricardo Okumura Ramírez
REGLAMENTO	Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INDICE

I. NOMBRES DE LAS PARTES, DE SUS REPRESENTANTES Y SUS ABOGADOS .	6
A. DEMANDANTE:.....	6
B. DEMANDADO:.....	6
C. PARTE NO SIGNATARIA:.....	7
II. CONVENIO ARBITRAL	7
III. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	9
A. ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDANTE:	9
B. ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDADO:.....	9
C. DESIGNACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:.....	10
IV. DERECHO APLICABLE	10
V. LUGAR DEL ARBITRAJE.....	11
VI. DEMANDA ARBITRAL	11
VII. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL Y RECONVENCIÓN.....	12
VIII. FIJACIÓN DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.....	13
PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	13
SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.....	13
TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.....	14
CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.....	14
QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	14
IX. DE LAS AUDIENCIAS	16
X. ALEGATOS FINALES:	16
XI. CUESTIONES PRELIMINARES.....	17
XII. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS.....	20
A. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	21
POSICIÓN DEL DEMANDANTE:.....	21
POSICIÓN DEL DEMANDADO:.....	24
POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:.....	38
B. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	88
POSICIÓN DEL DEMANDANTE:.....	88

POSICIÓN DEL DEMANDADO:.....	89
POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:.....	89
C. CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	90
POSICIÓN DEL DEMANDANTE:.....	90
POSICIÓN DEL DEMANDADO:.....	90
POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:.....	91
D. QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	94
POSICIÓN DEL DEMANDADO:.....	94
POSICIÓN DEL DEMANDANTE:.....	96
E. TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA.....	99
POSICIÓN DEL DEMANDANTE:.....	99
POSICIÓN DEL DEMANDADO:.....	100
POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:.....	100
XIII. CUESTIONES FINALES	103
XIV. DECISIÓN	104

Decisión N° 34

En Lima, a los veintisiete (27) días del mes de junio del año 2022, el **TRIBUNAL ARBITRAL** luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación formulada por la demandada, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. NOMBRES DE LAS PARTES, DE SUS REPRESENTANTES Y SUS ABOGADOS

A. DEMANDANTE:

1. **CASH FOODS SRL**, con domicilio procesal Calle García Calderón N° 240, Urbanización San Joaquín, Distrito Bellavista, Provincia Constitucional del Callao, Departamento de Lima (en adelante, **CASH**).
2. **CASH FOODS SRL** está representado en el presente arbitraje por su Gerente General Domingo Hugo Callán Sánchez, identificado con DNI 25649379.

B. DEMANDADO:

3. Los **COMITÉS DE COMPRA LA LIBERTAD 2, 4 y 5** (en adelante, **COMITÉS**), con domicilio procesal Av. Nicolas de Piérola 826, Distrito Cercado de Lima, Provincia y Departamento de Lima.
4. Los **COMITÉS** están representados en el presente arbitraje por el señor Martin Correa Pacheco, identificado con DNI 25425304.

5. Asimismo, los **COMITÉS** están representados en el presente arbitraje por los abogados: doctor Oscar Zanabria Martínez, doctor Justo Alfredo Albújar Whu, doctor Dante Paco Luna, Doctor Martin Correa Pacheco, doctora Gina Isabel Vargas Herrera y doctor Javier Ramírez Saldarriaga; para que cualquiera de ellos pueda ejercer las facultades de representación procesal indicadas en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

C. PARTE NO SIGNATARIA:

6. **PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA** (en adelante, **PNAEQW**), con domicilio procesal Av. Nicolas de Piérola 826, Distrito Cercado de Lima, Provincia y Departamento de Lima.
7. **PNAEQW** está representado en el presente arbitraje por el señor Carlos Aurelio Figueroa Iberico (Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social).
8. Asimismo, **PNAEQW** está representado en el presente arbitraje por los abogados: doctor Jorge Enrique Obando Portilla, doctor Oscar Zanabria Martínez, doctor Justo Alfredo Albújar Whú, doctor Dante Paco Luna, Doctor Martin Correa Pacheco, doctora Gina Isabel Vargas Herrera y doctor Javier Ramírez Saldarriaga; para que cualquiera de ellos pueda ejercer las facultades de representación procesal indicadas en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

II. CONVENIO ARBITRAL

9. El presente arbitraje se inicia al amparo del convenio arbitral incorporado en la Cláusula Vigésima y Vigésimo Primera de los siguientes contratos: (1) Contrato N° 001-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (2) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (3) Contrato N° 004-2016-CC-LA LIBERTAD

2/PRODUCTOS, (4) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (5) Contrato N° 005-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (6) Contrato N° 008-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (7) Contrato N° 009-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (8) Contrato N° 014-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (9) Contrato N° 015-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (10) Contrato N° 017-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, y (11) Contrato N° 002-2016-CC-LA LIBERTAD 5/PRODUCTOS (en adelante, **CONTRATOS**), suscritos entre las partes el día 14 de enero de 2016, en los cuales se señala lo siguiente:

“Clausula Vigésima: Solución de controversias:

- 20.1 De ser necesario efectuar un proceso arbitral, este se desarrollará en la ciudad de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú -PUCP*
- 20.2 Ante cualquier discrepancia contractual las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. Las controversias serán resueltas mediante arbitraje institucional por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) Árbitros, conforme a lo establecido en el presente Contrato. La parte interesada deberá solicitar el arbitraje al Centro de Arbitraje que corresponda según el presente Contrato, incluyendo el árbitro de parte designado y posteriormente la parte demandada responderá la solicitud, incluyendo el árbitro de parte designado; ambos árbitros de común acuerdo designaran 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 Arbitraje establecido en el presente Contrato.*
- 20.3 El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. El contrato establecerá los mecanismos de intervención que resultan necesarios para la defensa de los intereses del PNAEQW.*

“Cláusula Vigésimo Primera: Extensión del Convenio Arbitral:

A efectos de la participación del PNAEQW en la resolución mediante arbitraje de

todo litigio y controversia derivado o resultante de este Contrato, se aplicará lo dispuesto en el artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, mediante el cual se extiende el convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del Contrato que comprende el convenio arbitral o al que el Convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del Contrato, según sus términos”.

III. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDANTE:

- 10.** El abogado Daniel Triveño Daza fue designado árbitro por la empresa **CASH** mediante carta con asunto «Solicitamos se proceda al inicio del proceso arbitral» remitido al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP (en adelante, **CENTRO**) el 16 de mayo de 2018.
- 11.** El 30 de julio de 2018, el abogado Daniel Triveño Daza comunicó al **CENTRO** su aceptación a la designación como árbitro para el presente arbitraje, y adjuntó su Declaración de Imparcialidad e Independencia.

B. ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDADO:

- 12.** El abogado Carlos Alberto Moreno Grandez fue designado árbitro por los **COMITÉS** mediante Carta N°01-2018-CC-LA LIBERTAD con asunto «Respuesta de Solicitud de Arbitraje» remitido al **CENTRO** el 21 de junio de 2018.

13. El 25 de julio de 2018, el abogado Carlos Alberto Moreno Grandez comunicó al **CENTRO** su aceptación a la designación como árbitro para el presente arbitraje, y adjuntó su Declaración de Imparcialidad e Independencia.

C. DESIGNACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

14. El 14 de setiembre de 2018, los doctores Daniel Triveño Daza y Carlos Alberto Moreno Grandez remitieron carta al **CENTRO**, mediante la cual comunicaron el nombramiento del doctor José Antonio Sánchez Romero como presidente del **TRIBUNAL ARBITRAL**.
15. El 25 de setiembre de 2018, el doctor José Antonio Sánchez Romero comunicó al **CENTRO** su aceptación al cargo de presidente del **TRIBUNAL ARBITRAL** en el presente arbitraje, y cumplió con adjuntar su Formulario de Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e Independencia.

IV. DERECHO APLICABLE

16. De conformidad con lo pactado por las partes contratantes en la Cláusula Décimo Novena de los **CONTRATOS**, son de aplicación a este arbitraje las siguientes normas: el Manual de Compras aprobado por el **PNAEQW** y, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, las disposiciones emitidas por el **PNAEWQ** para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

V. LUGAR DEL ARBITRAJE

17. Según lo dispuesto con lo pactado por las partes contratantes en la Cláusula Vigésima de los **CONTRATOS**, se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede institucional del arbitraje el local del **CENTRO**.

VI. DEMANDA ARBITRAL

18. Con fecha 14 de diciembre de 2018 el demandante presentó su demanda arbitral, planteando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN:

Se declare la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la presente demanda, ascendentes al monto total de S/ 1 055 415,53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles, disponiéndose una nueva liquidación y se ordene la devolución efectiva de los montos vinculados a estas penalidades ilegalmente impuestas.

SEGUNDA PRETENSIÓN:

En el supuesto de no declararse fundada la pretensión consignada con el numeral 1.1 del presente acápite, solicitamos se reduzcan las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346º del Código Civil, considerando el carácter y naturaleza indemnizatoria de éstas.

TERCERA PRETENSIÓN:

Se disponga la cancelación de los intereses compensatorios y moratorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución, los que deberán liquidarse desde la fecha en que fueron ilegalmente impuestas.

CUARTA PRETENSIÓN:

El pago y/o cancelación de los costos y costas derivados del presente proceso arbitral.

QUINTA PRETENSIÓN:

Se declare nula y/o se declare la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), y se disponga el retiro de esta sanción consignada actualmente en el portal web de este programa social, donde figura la relación de los postores y proveedores que se encuentren en alguno de los supuestos de “asignación de puntaje negativo”.

19. Mediante Decisión N°4 de fecha 19 de diciembre de 2018, se tiene por presentada por **CASH** la demanda arbitral y se le otorga un plazo de cinco días hábiles a fin de que cumpla con presentar los medios probatorios que ha señalado en su demanda arbitral.
20. Con fecha 27 de diciembre de 2018, el demandante subsana la demanda arbitral presentada con fecha 14 de diciembre de 2018, adjuntando los medios probatorios y anexos correspondientes.

VII. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL Y RECONVENCIÓN

21. Con fecha 27 de febrero de 2019, los **COMITÉS**, así como el **PNAEQW**, presentaron su escrito de contestación a la demanda arbitral y formularon reconvencción, manifestando la siguiente pretensión reconvenccional:

“Que el proveedor nos indemnice por los daños y perjuicios (SIC) generados hasta por la suma de s/. 10,000.00 en mérito a su incumplimiento de obligaciones contractuales y legales”.

VIII. FIJACIÓN DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

22. El 9 de julio de 2019, mediante Decisión N° 10, el **TRIBUNAL ARBITRAL** determinó las cuestiones controvertidas y admitió las pruebas ofrecidas, según el siguiente detalle:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la demanda, ascendentes a un monto de S/ 1'055,415.53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), disponiéndose una nueva liquidación y que se ordene la devolución de los montos vinculados a dichas penalidades.

- En caso no se declare fundado el punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que se reduzcan las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346° del Código Civil.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no disponer el pago de intereses compensatorios y moratorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución, el cual deberá computarse desde la fecha en que fueron impuestas.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine a que parte le corresponde asumir los costos y costas del proceso.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, declarar nula y/o se declare la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el **PNAEQW** del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (en adelante, **MIDIS**), y se disponga el retiro de dicha sanción consignada en el portal web de dicho programa social.

QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que **CASH** indemnice a las demandadas por los daños y perjuicios generados hasta por la suma de S/. 10,000.00 (diez mil y 00/100 soles), originados por su incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

23. Para efectos del proceso el **TRIBUNAL ARBITRAL** considerará los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

A. Respecto a la demanda arbitral presentada el 14 de diciembre de 2018 y subsanada el 27 de diciembre de 2018:

- Los documentos ofrecidos como medios probatorios en el numeral 3, consignados en los anexos del 3.1 al 3.11 del escrito del 27 de diciembre de 2018 que se relacionan con los documentos ofrecidos como medios probatorios en el acápite “III. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS”, consignados en los anexos del 3.1 al 3.9 del escrito del 14 de diciembre de 2018.

B. Respecto a de las contestaciones de demanda arbitral de fecha 27 de febrero de 2019, subsanadas el 7 de marzo de 2019; así como a sus reconvencciones:

- Los documentos ofrecidos como medios probatorios en el acápite “MEDIOS PROBATORIOS”, consignados en como anexos en la subsanación del 7 de marzo de 2019 y señalados en dicho escrito y en el del 27 de febrero de 2019.
- Cabe señalar que los **COMITÉS** no subsanaron la presentación de sus medios probatorios.
- El informe pericial elaborado por un perito grafo técnico, el cual tiene como objeto verificar las firmas y contenido de las Actas de Entrega y recepción presentadas por **CASH** en el presente proceso.

Además, se hace presente que las demandadas no han ofrecido medios probatorios respecto de sus reconvencciones.

C. Respecto al escrito presentado por CASH el 6 de mayo de 2019

- La exhibición por parte del **PNAEQW** y los **COMITÉS** de las Actas donde se dejaron constancia de los acuerdos por parte de los comités para la imposición de penalidades por acuerdo de dichos colegiados, así como demostrar que estas contaron con el quorum requerido por el **MANUAL DE COMPRAS**.
- Las pruebas testimoniales de los presidentes de los **COMITÉS** que suscribieron las Cartas Notariales donde se dispuso la imposición de penalidad.
- El informe técnico a ser emitido por **CASH** en respuesta a la pericia grafo técnica del **PNAEQW**.

- La exhibición de las actas de entrega y recepción vinculadas a los contratos materia de controversia que se encuentren en poder del **PNAEQW**.

IX. DE LAS AUDIENCIAS

24. El 14 de junio de 2021 se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Sustentación de Informes Periciales, con la presencia del **TRIBUNAL ARBITRAL**, los representantes de **CASH** y los representantes legales del **PNAEQW**.
25. Cabe precisar que se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de los **COMITÉS** a dicha Audiencia, a pesar de haber sido notificado con su convocatoria.
26. El 11 de noviembre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Declaración Testimonial, con la presencia del **TRIBUNAL ARBITRAL**, los representantes de **CASH** y los representantes legales del **PNAEQW**. Asistieron únicamente los testigos Delmar Frank Campos Carbajal y Elvis Rober Bacilio Rodríguez.
27. El 09 de marzo de 2022 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, oportunidad en la cual las **PARTES** ilustraron al **TRIBUNAL ARBITRAL** sus posiciones finales respecto de la controversia planteada.

X. ALEGATOS FINALES:

28. Mediante Decisión N° 32, el **TRIBUNAL ARBITRAL** otorgó un plazo de diez días hábiles a ambas partes a fin de que cumplan con presentar sus conclusiones o alegatos escritos, cumpliendo **CASH** y el **PNAEQW** con presentar sus respectivos escritos de Alegatos.

29. Mediante Decisión N° 33, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, y en consecuencia, fijó el plazo para emitir el Laudo Arbitral en cuarenta (40) días hábiles, precisando que dicho plazo podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53° del Reglamento.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES

En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el **TRIBUNAL ARBITRAL** en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

Del marco legal:

- (i) De acuerdo con el convenio arbitral las partes establecieron que el arbitraje será de Derecho y que se resolverá de acuerdo a las reglas pactadas por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Igualmente será de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y modificatorias.
- (ii) Las controversias derivadas de los **CONTRATOS** se resolverán de acuerdo a lo establecido en la cláusula décimo novena, es decir sobre la base de lo dispuesto en el **MANUAL DE COMPRAS** aprobado por el **PNAEQW**, así como de las Bases Integradas del proceso de compra, con todos sus anexos y formatos que son incorporadas a dicho Contrato. En defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

De la competencia de los miembros del TRIBUNAL ARBITRAL:

- (iii) La designación de los árbitros se efectuó de acuerdo a las reglas establecidas

en el Convenio Arbitral. Ambas partes aceptaron la designación de los árbitros. Ni **CASH** ni los **COMITÉS** ni el **PNAEQW** recusaron a los miembros del **TRIBUNAL ARBITRAL** que expiden el presente laudo arbitral, ni impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento.

Del ejercicio legítimo de defensa de las partes:

- (iv) **CASH** presentó su demanda y tanto los **COMITÉS** como el **PNAEQW** fueron debidamente emplazados con dicha demanda y ejercieron plenamente su derecho de defensa, contestando la misma.
- (v) Las **PARTES** tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de Derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento el **TRIBUNAL ARBITRAL** el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las **PARTES**.

Del laudo:

- (vi) El laudo firmado por el **TRIBUNAL ARBITRAL** será depositado en el **CENTRO** y notificado a las **PARTES**.
 - (vii) El **TRIBUNAL ARBITRAL** procede a laudar dentro del plazo establecido.
- 30.** Asimismo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el **TRIBUNAL ARBITRAL** respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

31. De igual forma, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.
32. Finalmente, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deja constancia que el presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el **TRIBUNAL ARBITRAL** advierte a las **PARTES** que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de Derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las **PARTES**, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
33. Se reitera que, en lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las **PARTES**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:
- “El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.*
34. Además, el **TRIBUNAL ARBITRAL** señala que constituye un criterio unánimemente aceptado (extensible a los árbitros) que los jueces no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las **PARTES** ni a

reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas¹. La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las **PARTES** no implica, empero, que el **TRIBUNAL ARBITRAL** haya dejado de sopesar y merituar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

35. 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, procediendo con el análisis en primer lugar de la excepción de caducidad y, de ser el caso, de los puntos controvertidos.

XII. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

36. A continuación, el **TRIBUNAL ARBITRAL** procederá a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la demanda arbitral presentada por **CASH** el 14 de diciembre de 2018 y contestada por los **COMITÉS** y la **PARTE NO SIGNATARIA** el 27 de febrero de 2019, así como sobre la pretensión reconventional formulada por **PNAEQW**.

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires–Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: "En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando." (Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: "Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo." (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

A. PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

37. La primera y segunda pretensión de la demanda vinculada a la primera cuestión controvertida es la siguiente:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la demanda, ascendentes a un monto de S/ 1'055,415.53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), disponiéndose una nueva liquidación y que se ordene la devolución de los montos vinculados a dichas penalidades.

- En caso no se declare fundado el punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que se reduzcan las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346° del Código Civil.

Cabe señalar que **CASH** no precisa en su escrito de demanda cual es la causal, contenida en el marco legal aplicable, para declarar la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos, salvo la referencia al Inciso 1) del artículo 219° del Código Civil, al considerar que no existe manifestación de voluntad del **PNAEQW**, debido a que este actuó a través de los Monitores de Gestión Local, quienes no tendrían una representación válida para actuar en nombre de esta entidad pública.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

38. **CASH** señala que, ejecutaron las prestaciones vinculadas a los once (11) contratos materia de esta controversia, a través de las entregas de los productos en las

instituciones educativas públicas, de acuerdo al cronograma pactado; lo que se acredita con la correspondiente suscripción de las actas de entrega y recepción por parte de los Comités de Alimentación Escolar (en adelante, **CAE**) de cada institución educativa pública.

39. Asimismo, **CASH** indica que, las actas de entrega y recepción de productos observadas con posterioridad, no tienen ninguna observación por parte de los miembros de los **CAE** que recibieron los productos, motivo por el cual, se realizaron los pagos a favor de **CASH** sin ninguna penalidad.
40. Agrega **CASH** que, transcurrido varios meses, los Monitores de Gestión Local que fueron a supervisar las entregas pactadas, quienes en su momento dieron conformidad a dichas entregas pactadas, sin cumplir con el debido procedimiento y sin presentar ningún medio probatorio que demuestre incumplimiento o mora de **CASH**, informaron que la entidad habría entregado los productos en fechas fuera del plazo establecido o habría entregado productos incompletos.
41. Indica **CASH** que, la Unidad Territorial La Libertad del **PNAEQW**, realmente identifico mal y sustento de manera irregular y arbitraria las penalidades aplicadas a la entidad, siendo lo más grave, el hecho de que, abiertamente ha incumplido con lo establecido en el numeral 90) del **MANUAL DE COMPRAS**, al no adjuntar los medios probatorios que correspondan para evidenciar el incumplimiento de las condiciones pactadas en los **CONTRATOS**.
42. **CASH** menciona que, si se produjeron supuestos retrasos en la entrega de productos, entonces, los **COMITÉS** debieron suscribir adendas modificatorias con la entidad, pero ella nunca ocurrió; por lo cual se comprueba que, no existió ningún motivo para que se modifiquen los **CONTRATOS**.
43. Indica **CASH** que, a pesar de haber cumplido diligentemente con su prestación en tiempo, modo, cantidad y forma oportuna, los **COMITÉS** le comunicaron la aplicación

de penalidades por haber supuestamente incurrido en la causal 1. "No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato" y en el causal 2. "Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas".

44. **CASH** menciona que, al aplicar las penalidades, el **PNAEQW** no ha tomado en cuenta las recomendaciones de la Procuraduría Pública del **MIDIS**, consignadas en los Oficios Múltiples N°03 y 007-2016-MIDIS/PP.

45. Asimismo **CASH** señala en su escrito con sumilla "Comentarios a la contestación de la demanda" de fecha 6 de mayo de 2019 que, para la imposición de las penalidades intervinieron agentes diferentes al **CAE**, a las Unidades Territoriales del **PNAEQW** y a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas, siendo que los agentes competentes se encuentran estipulados en los Acápites VI.6 y VI.7 de las Bases Integradas, en efecto, en estos casos intervinieron los Monitores de Gestión Local, quienes no tienen competencia jurídica para estos actos y actuaciones ya que el marco normativo aplicable a los contratos no le asignaban participación alguna.

46. En ese contexto **CASH**, en el escrito señalado en el considerando anterior, indica que se presenta el supuesto de nulidad del acto jurídico contemplado en el artículo 219° inciso 1) del Código Civil, ya que no existe manifestación de voluntad del **PNAEQW**, debido a que este actuó a través de los Monitores de Gestión Local, quienes no tenían una representación válida para actuar en nombre de esta entidad pública; por lo que las observaciones a las actas de conformidad formuladas por estos monitores son nulas y no tienen eficacia jurídica alguna.

47. Agrega **CASH**, con relación a la reducción de las penalidades y conforme al artículo 1346° del Código Civil, que el juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, a solicitud del deudor.

48. **CASH** señala que, en el presente caso la fórmula propuesta para aplicar las penalidades en los **CONTRATOS** es en base al monto de los mismos, lo cual es a todas luces groseramente excesivo; es decir, si el contrato se tiene que ejecutar durante todo un periodo escolar que dura casi un (1) año, de lunes a viernes durante el dictado de las clase escolares, y se incumple con no entregar o entregar con retraso un determinado día al colegio estipulado en el respectivo contrato, la base de la penalidad no va ser por el monto total de la prestación inejecutada o ejecutada tardíamente ese día sino por el valor total del monto contractual.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

49. Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que, respecto a la primera pretensión de **CASH**, las causales de nulidad se encuentran contempladas en el artículo 219° del Código Civil: sin embargo, de la lectura de la demanda se aprecia que **CASH** no habría invocado cuál es la causal de nulidad que justifica sus pretensiones. Asimismo, alegan que **CASH** no ha demostrado ni fáctica ni jurídicamente las razones por las cuáles correspondería declarar la nulidad y/o ineficacia del acto jurídico, razón por la que corresponde que se declaren infundadas sus pretensiones.
50. Asimismo, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que, alcanzan al colegiado la documentación necesaria a efecto de acreditar la legalidad de las penalidades aplicadas a cada uno de los contratos.
51. Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** indican que, la cláusula penal o la penalidad es un mecanismo contractual a través del cual las partes, de manera previa al surgimiento de cualquier controversia, establecen mecanismos indemnizatorios frente a posibles incumplimientos contractuales, siendo solo necesario acreditar la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

52. Agregan los **COMITÉS** y el **PNAEQW** que, la obligación principal válida incumplida por parte de **CASH** son dos (2): i) la entrega incompleta de productos en uno o más IES y ii) no entregar los productos en la fecha establecida en los **CONTRATOS**; obligaciones que eran de conocimiento de su contraparte pues las mismas estaban estipuladas en las distintas cláusulas contractuales y posteriores adendas.
53. En ese sentido, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** ratifican la validez de la penalidad impuesta, pues de un análisis “in abstracto” de la cláusula penal pactada, desprenden que:
- Ha sido pactada por agentes capaces, ya que tanto el Contratista como el Comité respectivo, han sido debidamente representados.
 - Existe un fin físico y jurídicamente posible, ya que las partes están pactando una indemnización (tanto en hecho como en cuantificación) de manera previa a su acontecimiento, para de esta manera reducir los costos transaccionales de los contratos.
 - Existe un fin lícito, ya que no está pactando contra ninguna norma de carácter imperativo o prohibitivo, sino que por el contrario se está pactando una indemnización frente a la comisión de un hecho futuro e incierto.
 - En este caso se ha cumplido con la formalidad pactada por las partes, ya que la penalidad se notificó por conducto notarial.
54. Asimismo, bajo un análisis de los hechos acontecidos, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** se remiten a lo pactado por las partes en la cláusula décimo quinta. De esta manera, los **CONTRATOS** establecería un procedimiento para la aplicación de las penalidades, el mismo alegan haber cumplido, ya que, se habría identificado y sustentado dicha penalidad por parte de la Unidad Territorial, las cuales fueron posteriormente verificadas aprobadas por la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos conforme al siguiente procedimiento:

Identificación y Sustentación de Penalidades (HECHOS)

a) Contrato Nro. 001-2016-CC-LA LIBERTAD2/PRODUCTOS:

- ✓ Con fecha 28.12.16 y mediante Informe Nro. 009-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC2, el Supervisor del Comité hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial de los incumplimientos del contratista por las causales de: i) No entregar los productos en las fechas establecidas en el contrato (primera y quinta entrega), ii) Entrega incompleta de productos (primera entrega).
- ✓ Con fecha 23.08.16 y mediante Informe Nro. 0055-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC2, el Supervisor del Comité de Compra Libertad 2 hace de conocimiento los incumplimientos del contratista a tenor de la solicitud de confirmación de entrega de productos en la provincia de Bolívar.
- ✓ Con fecha 23.12.16 y mediante Informe Nro. 0015-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT/MGL-EOPM, el Monitor de Gestión Local hace de conocimiento los resultados de la verificación de Actas de Entrega y Recepción de Productos, adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.
- ✓ Con fecha 22.12.16 y mediante Informe Nro. 035-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT/MGL-LASA, el Monitor de Gestión Local informa sobre la verificación de Acta de Entrega de la IE Nro. 2075 donde consta la entrega de productos el 18.03.2016, adjuntando el Acta de Supervisión y copia de guía de remisión.
- ✓ Con fecha 21.12.16 y mediante Informe Nro. 034-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT/MGL-LASA, el Monitor de Gestión Local informa sobre la verificación de Acta de Entrega de la IE Nro. 80097 donde consta la entrega de productos incompletos adjuntado el Acta de Supervisión y copia de guía de remisión.
- ✓ Con fecha 27.12.16 y mediante Informe Nro. 0018-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT/MGL-EOPM, el Monitor de Gestión Local informa sobre el retraso en la entrega de productos de quinta entrega en la IE 80734 la misma que fue recepcionada con fecha 16.10.16.

Con dichos documentos, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que ratifican la validez de la aplicación de la penalidad impuesta al contratista, cumpliendo con el procedimiento establecido en la cláusula décimo quinta del contrato.

- ✓ Con fecha 29.12.16 y mediante Memorando Nro. 1694-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 10087-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/. 179,599.47 soles, por las causales de incumplimiento: i) no realizar entrega completa de productos, y ii) retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 001-2016-CC LA LIBERTAD 2, notificada el 18.01.2017, se comunica al contratista la aplicación de penalidades, adjuntando la Resolución Jefatural Nro. 4869-2016-MIDIS/PNAEQW-UA, aplicando la suma de S/. 179,599.47 por concepto de penalidades.

b) Contrato Nro. 003-2016-CC-LA LIBERTAD2/PRODUCTOS:

- ✓ Con fecha 22.09.16 y mediante Informe Nro. 064-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC2, hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial del incumplimiento del contratista por la causal de: i) No entregar los productos en las fechas establecidas en el contrato (primera, segunda y tercera entrega).
- ✓ Con fecha 21.09.16 y mediante Informe Nro. 0349-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-CTT-JCCL, el Coordinador Técnico de la Unidad Territorial hace de conocimiento los incumplimientos del contratista con respecto a la entrega de productos.
- ✓ Con fecha 09.09.16 y mediante Informe Nro. 020-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor de Gestión Local hace de conocimiento los resultados de la verificación

de Actas de Entrega y Recepción de Productos en el distrito de Ongon, Provincia de Pataz, adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.

Con dichos documentos, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que ratifican la validez de la aplicación de la penalidad impuesta al contratista, cumpliendo con el procedimiento establecido en la cláusula décimo quinta del contrato.

- ✓ Con fecha 22.09.16 y mediante Memorando Nro. 1113-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar y sustentar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 6087-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/. 372,671.85 soles, por la causal de incumplimiento: i) retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.

c) Contrato Nro. 004-2016-CC-LA LIBERTAD2/PRODUCTOS:

- ✓ Con fecha 28.12.16 y mediante Informe Nro. 007-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC2, el Supervisor hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial de los incumplimientos del contratista por la causal de: i) No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato (segunda entrega).
- ✓ Con fecha 08.08.16 y mediante Informe Nro. 024-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-VJMC, el Monitor de Gestión Local hace de conocimiento los resultados de la Verificación de Actas de Entrega y Recepción en el distrito de Parcoy, Provincia de Pataz en las Instituciones Educativas, adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.

- ✓ Con fecha 23.12.16 y mediante Informe Nro. 025-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor de Gestión Local hace de conocimiento los resultados de la verificación de Actas de Entrega y Recepción de Productos, en el distrito de Parcoy, Provincia de Pataz en las Instituciones Educativas, adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.

Con dichos documentos, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** indican que ratifican la validez de la aplicación de la penalidad impuesta al contratista, cumpliendo con el procedimiento establecido en la cláusula décimo quinta del contrato.

- ✓ Con fecha 28.12.16 y mediante Memorando Nro. 1691-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar y sustentar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 9983-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/.31,287.92 soles, por la causal de incumplimiento: i) retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 002-2016-CC LA LIBERTAD 2, notificada el 18.01.2017, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por la suma de S/. 31,287.92, adjuntando la Resolución Jefatural Nro.4792-2016-MIDIS/PNAEQW-UA.

d) Contrato Nro. 002-2016-CC-LA LIBERTAD5/PRODUCTOS

HECHOS PRIMERA Y SEGUNDA ENTREGA

- ✓ Con fecha 22.12.16 y mediante Informe Nro. 093-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCLL5, el Supervisor hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial de los

incumplimientos del contratista por la causal de: i) No entregar los productos en las fechas establecidas en el contrato (primera y segunda entrega).

- ✓ Con fecha 22.09.16 y mediante Informe Nro. 0351-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-CTT-JCCL, el Coordinador Técnico Regional hace de conocimiento los resultados de la Verificación de Actas de Entrega y Recepción de productos Gran Chimú, los incumplimientos del contratista “retrasos” a tenor de la solicitud de confirmación de entrega de productos del ítem Cascas en la primera, tercera y quinta entrega adjuntado las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.
- ✓ Con fecha 22.12.16 y mediante Informe Nro. 095-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCLL5, el Supervisor del Comité de Compras hace de conocimiento del Coordinador Técnico Regional, el retraso en la entrega en la IE 82133 por 9 días.
- ✓ Con fecha 23.12.16 y mediante Memorando Nro. 1658-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar y sustentar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 9904-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/.150,240.86 soles, por la causal de incumplimiento: i) retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.

HECHOS TERCERA ENTREGA

- ✓ Con fecha 22.12.16 y mediante Informe Nro. 101-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCLL5, el Supervisor hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial de los incumplimientos del contratista por las causales de: i) No entregar los productos en las fechas establecidas en el contrato y, ii) Entrega incompleta de productos (tercera entrega).
- ✓ Con fecha 27.10.16 y mediante Informe Nro. 098-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC5, el Supervisor de Comité de Compra Libertad 2 hace de conocimiento los

incumplimientos del contratista a tenor de la solicitud de confirmación de entrega de productos del ítem Cascas y la emisión del nuevo informe sobre aplicación de penalidades por demora en la entrega y entrega incompleta de la IE. 82123.

- ✓ Con fecha 16.12.16 y mediante Informe Nro. 039-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor de Gestión Local hace de conocimiento los resultados de la Verificación de Actas de Entrega y Recepción de productos en el distrito de Cascas, Provincia Gran Chimú en las Instituciones Educativas, adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual.
- ✓ Con dichos documentos, EL COMITÉ y QALIWARMA indican que ratifican la validez de la aplicación de la penalidad impuesta al contratista, cumpliendo con el procedimiento establecido en la cláusula décimo quinta del contrato.
- ✓ Con fecha 27.12.16 y mediante Memorando Nro. 1681-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar y sustentar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 10073-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/. 57,784.95 soles, por la causal de incumplimiento: i) No realizar entrega completa de productos y ii) retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.

HECHOS QUINTA ENTREGA

- ✓ Con fecha 02.12.16 y mediante Informe Nro. 088-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCLL5, el Supervisor hace de conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial de los incumplimientos del contratista por la causal de: i) No entregar los productos en las fechas establecidas en el contrato (quinta entrega), adjuntando las Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción, donde se constata el incumplimiento contractual. (Demora en la entrega por 2 días en la IE Nro. 81656).

- ✓ Con fecha 23.12.16 y mediante Memorando Nro. 1658-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Jefe de la Unidad Territorial La Libertad, luego de identificar y sustentar las penalidades aplicables remite el expediente de pago de prestaciones al Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos con el informe técnico correspondiente.
- ✓ Mediante Informe Nro. 9904-2016-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, el Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, verifica y aprueba la aplicación de penalidades por un monto de S/.150,240.86 soles, por la causal de incumplimiento: retraso en la entrega de acuerdo a la programación establecida en el contrato.

Con dichos documentos, ratifica la validez de la aplicación de la penalidad impuesta al contratista, cumpliendo con el procedimiento establecido en la cláusula décimo quinta del contrato.

- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 005-2016-CC LA LIBERTAD 5, notificada el 06.02.2017, se comunica al contratista la aplicación de penalidades.

e) Contrato Nro. 003-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 0339-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por el monto de S/. 19,006.21 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 05.10.2016
- ✓ Informe Nro. 034-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT de la Supervisora de Compras, en el que realiza la verificación de actas.
- ✓ Con fecha 18.09.16 y mediante Informe Nro. 0279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-CTT-JCCL, el coordinador técnico regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron el 14 al 18 de marzo.

- ✓ Con fecha 11.10.16 y mediante Memorando Nro. 1205-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la séptima entrega por el monto de S/.123,802.39
- ✓ Con fecha 15.12.16 y mediante Memorando Nro. 1582-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la octava entrega por el monto de S/.122,710.86
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 031-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 02.12.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 19,006.01.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 016-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 06.02.2017, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 19,484.34.

f) Contrato Nro. 005-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 0266-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por el monto de S/. 9,096.47 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 25.08.2016
- ✓ Con fecha 18.08.16 y mediante Informe Nro. 0279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-CTT-JCCL, el coordinador técnico regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron el 14 al 18 de marzo.
- ✓ Con fecha 17.08.16 y mediante Memorando Nro. 0196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el supervisor realiza la verificación de actas.
- ✓ Informe Nro. 014-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4, de la supervisora de compras La Libertad 4, en el cual informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por el monto de S/. 9,096.47 por parte de CASH FOODS SRL de fecha 25.08.2016.
- ✓ Con fecha 23.08.16 y mediante Memorando Nro. 0205-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el supervisor realiza la verificación de actas.

- ✓ Con fecha 26.08.16 y mediante Memorando Nro. 936-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la quinta entrega por el monto de S/.144,762.26
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 005-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 18.10.2017, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 45,392.74.

g) Contrato Nro. 008-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Actas de Supervisión suscritas con el miembro del CAE y de recepción donde se constata e incumplimiento contractual.
- ✓ Con fecha 26.08.16 y mediante Memorando Nro. 1088-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la quinta entrega por el monto de S/.130,277.22
- ✓ Con fecha 02.09.16, mediante Carta Notarial Nro. 430-2016-CASH, el proveedor alcanza a la Unidad Territorial las actas de la 6 entrega.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 016-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 15.12.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 49,588.62

h) Contrato Nro. 009-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 0307-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato, por el monto de S/. 47,234.87 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 15.09.2016
- ✓ Con fecha 31.08.16 y mediante Informe Nro. 19-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor informa sobre supervisión realizada a 03 IE para verificación de actas de recepción.

- ✓ Con fecha 05.09.2016 y mediante Informe Nro. 0314-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-CTT-JCCL, el coordinador técnico regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron entre el 14 de marzo y 17 de marzo de 2016, siendo el período de distribución del 03 al 11 de marzo de 2016.
- ✓ Con fecha 16.09.16 y mediante Memorando Nro. 1089-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la sexta entrega por el monto de S/. 125,113.45
- ✓ Con fecha 31.09.2016 y mediante Memorando Nro. 211-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-JCCL, se solicita a la MGL realizar la verificación de actas de entrega y recepción de productos.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 017-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 18.10.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 47,237.87.

i) Contrato Nro. 014-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 340-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La Libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato, por el monto de S/.5,938.88 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 05.10.2016
- ✓ Con fecha 18.08.16 y mediante Informe Nro. 030-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor informa sobre supervisión realizada en la IE San Salvador-Paiján y José Gutiérrez Fernández Chicama.
- ✓ Informe Nro. 309-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La Libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato, por el monto de S/.17,806.63 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 16.09.2016

- ✓ Informe Nro. 024-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4, en el que se informa sobre la supervisión realizada en la IE N° 80054 – Paiján, el período de atención del 14 de marzo al 12 de abril de 2016.
- ✓ Resoluciones de Dirección Ejecutiva N° 1304-2016-MIDIS/PNAEQW y N° 8044-2016-MIDIS/PNAEQW, con los que se autorizó y aprobó la transferencia de recursos para el financiamiento del servicio prestado.
- ✓ Con fecha 11.10.16 y mediante Memorando Nro. 1203-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la séptima entrega por el monto de S/.122,668.92
- ✓ Con fecha 18.08.2016 y mediante Informe N° 279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Coordinador Técnico Regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron entre el 14.03.2016 al 18.03.2016, siendo el período de distribución del 03 al 11 de marzo de 2016.
- ✓ Con fecha 17.08.2016 y mediante Memorando Nro. 195-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-JCCL, se solicita a la MGL realizar la verificación de actas de entrega y recepción de productos.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 029-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 02.12.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 5,938.88.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 015-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 18.10.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 17,816.63.

j) Contrato Nro. 015-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 252-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 de la Supervisora de Compras La Libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato, por el monto de S/. 5,938.88 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 24.08.2016

- ✓ Con fecha 18.08.16 y mediante Informe Nro. 028-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor informa la supervisión realizada en la IE N° 2252, IE Sagrado Corazón de Jesús, IE Niño Jesús, IE Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, IE Antonio Raimondi, IE Francisco Tudela, IE Antonio Torres Araujo.
- ✓ Con fecha 26.08.16 y mediante Memorando Nro. 938-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la séptima entrega por el monto de S/.75,160.80
- ✓ Con fecha 18.08.2016 y mediante Informe N° 279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Coordinador Técnico Regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron entre el 14.03.2016 al 18.03.2016, siendo el período de distribución del 03 al 11 de marzo de 2016.
- ✓ Con fecha 17.08.2016 y mediante Memorando Nro. 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se solicita a la MGL realizar la verificación de actas de entrega y recepción de productos.
- ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 004-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 02.12.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 35,561.20.

k) Contrato Nro. 017-2016-CC-LA LIBERTAD4/PRODUCTOS:

- ✓ Informe Nro. 253-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT-SCC4 del Supervisor de Compras La libertad 4, en el que informa el incumplimiento de la condición contractual (penalidad) por no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato, por el monto de S/. 15,460.65 por parte de CASH FOODS SRL. de fecha 24.08.2016
- ✓ Con fecha 18.08.16 y mediante Informe Nro. 028-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Monitor informa sobre la supervisión realizada en la IE N° 2252, IE Sagrado Corazón de Jesús, IE Niño Jesús, IE Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, IE Antonio Raimondi, IE Francisco Tudela, IE Antonio Torres Araujo.

- ✓ Con fecha 24.08.16 y mediante Memorando Nro. 933-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se remite a la UGCTR el expediente de pago correspondiente a la quinta entrega por el monto de S/. 94,927.35
 - ✓ Con fecha 18.08.2016 y mediante Informe N° 279-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, el Coordinador Técnico Regional concluye que los productos correspondientes a la primera entrega se entregaron entre el 14.03.2016 al 18.03.2016, siendo el período de distribución del 03 al 11 de marzo de 2016.
 - ✓ Con fecha 17.08.2016 y mediante Memorando Nro. 196-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, se solicita a la MGL realizar la verificación de actas de entrega y recepción de productos.
 - ✓ Mediante Carta Notarial Nro. 001-2016-CC LA LIBERTAD 4, notificada el 18.10.2016, se comunica al contratista la aplicación de penalidades por el monto de S/. 15,460.65.
- 55.** Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que, por dichos motivos, la posición de **CASH** carece de asidero legal, ya que de la lectura de la propia demanda no señala ni individualiza montos, fechas ni que procedimiento de imposición de penalidades es ineficaz y/o nulo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 56.** Antes de analizar el fondo de la controversia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente que las **PARTES** deben **probar** los hechos que alegan, es decir, las **PARTES** tiene la carga de la prueba. Así, el artículo 44° inciso c) del Reglamento señala que las pruebas deben ser ofrecidas en la demanda, reconvención y sus contestaciones. Por otro lado, el inciso 2 del artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1071, señala que las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

57. Respecto de la carga de la prueba, MONTEZUMA CHIRINOS² señala lo siguiente:

“El principio de la carga de prueba descansa en el criterio que explica que este es un gravamen que recae sobre las partes a quienes se les impone el deber de facilitar el material probatorio para que el juzgador, llamase juez o árbitro, pueda formar sus convicciones acerca de los hechos alegados y resolver acerca de la procedencia de las pretensiones propuestas. Este principio de carga de prueba como lo hemos dicho recae sobre quien propone las pretensiones, es decir sobre aquel que demanda, y también sobre aquel que niega o rechaza los términos de las demanda propuesta en su contra.”

58. Entonces, de lo señalado en los considerandos anteriores, se colige que las **PARTES** deben probar los hechos que invocan, pues ellos tienen la carga probatoria.

Otro tema vinculado a las penalidades, es el marco legal que regula al mismo. Así, tenemos que al presente caso es de aplicación el **MANUAL DE COMPRAS** aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015-MIDIS/PNAEQW de fecha 30 de noviembre de 2015, el cual regula, entre otros, la conformidad de la prestación (artículos 84° a 90°) y aplicación de penalidades (artículos 91° a 96°). De igual manera, las **BASES INTEGRADAS** de los procesos de compra (1) N° 001-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (2) N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (3) N° 004-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (4) N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (5) N° 005-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (6) N° 008-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (7) N° 009-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (8) N° 014-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (9) N° 015-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (10) N° 017-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (11) N° 002-2016-CC-LA LIBERTAD 5/PRODUCTOS; en cuyos acápite VI.6 y VI.7 regulan los temas de la Conformidad de la Prestación y la Aplicación de Penalidades. Finalmente, existen los **CONTRATOS** suscritos entre las

² MONTEZUMA CHIRINOS, A. J. (2015). Uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba. *Arbitraje PUCP*, (5), 104-113. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16693>

PARTES: (1) Contrato N° 001-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (2) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (3) Contrato N° 004-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS, (4) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (5) Contrato N° 005-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (6) Contrato N° 008-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (7) Contrato N° 009-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (8) Contrato N° 014-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (9) Contrato N° 015-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (10) Contrato N° 017-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS, (11) Contrato N° 002-2016-CC-LA LIBERTAD 5/PRODUCTOS.

59. En la cláusula décimo novena de los **CONTRATOS** se pactó que los mismos se rigen por el **MANUAL DE COMPRAS** aprobado por el **PNAEQW**, en caso de 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. Además, no podemos perder de vista que, en la cláusula décimo segunda de los **CONTRATOS**, se regula el tema de la conformidad de recepción de productos y en la cláusula décimo quinta está previsto en tema de las penalidades. Así mismo, en la cláusula séptima de los **CONTRATOS**, las **PARTES** pactaron que el mismo está conformado por las **BASES INTEGRADAS** del proceso de compra, con todos sus anexos y formatos, así como cualquier documento derivado del proceso de compra que establezca obligaciones entre las partes.
60. Respecto de los **CONTRATOS**, también se debe tener presente la fuerza obligatoria de los contratos. Así, DE LA PUENTE Y LAVALLE³ señala que:

“Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento. (No se trata propiamente, pues, de la

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra, 2017, tomo I, pág. 254.

obligatoriedad del contrato, sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él”.

61. A mayor abundamiento, la fuerza obligatoria de los contratos la encontramos en el artículo 1361° del Código Civil que recoge el principio *pacta sunt servanda*.
62. Finalmente, respecto a la fuerza de los contratos, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente el principio de la buena fe contractual, es decir que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, principio previsto en el artículo 1362° del Código Civil.
63. Teniendo presente la base normativa y contractual adoptada entre las **PARTES**, el objeto de los **CONTRATOS** celebrados era la provisión del servicio alimentario en la modalidad productos por parte de **CASH** a favor de los usuarios del **PNAEQW** de los niveles Inicial y Primaria de diferentes Item, pactándose en la cláusula cuarta el respectivo Cronograma de Entrega.
64. En este contexto jurídico, **CASH** señala que le han aplicado penalidades impuestas en los **CONTRATOS**, que ascienden en conjunto a un monto total de S/ 1 055 415,53 soles, y solicita se disponga una nueva liquidación. Las penalidades aplicadas son señaladas en el siguiente cuadro inserto en su escrito de demanda de **CASH**. Así tenemos:

CONTRATO	ITEM	II.EE.	CÓD. MOD.	PAGO SIN PENALIDAD			PAGO CON PENALIDAD				DIAS RETRASO	PENAL. (\$/)
				RESOLUCIÓN	FECHA	ENTREGA	RESOLUCIÓN	FECHA	ENTREGA	PENALIDAD		
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	82195	1582923	RDE 395-2016	18/04/2016	PRIMERA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	PRIMERA	23	276.566,71
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	82195	1582923	RDE 3533-2016	22/06/2016	SEGUNDA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	SEGUNDA	3	36.073,92
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	80453	0269852	RDE 5134-2016	21/07/2016	TERCERA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	TERCERA	5	60.031,22
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	2041	1010976	RDE 480-2016	19/04/2016	PRIMERA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	PRIMERA	10	128.305,13
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	80097	0268193	RDE 480-2016	19/04/2016	PRIMERA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	PRIMERA	INCOMPL.	25.661,03
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	80734	0268557	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	QUINTA	2	25.633,31
004-2016-CC LL 2	PATAZ	80746	1683226	RDE 3526-2016	22/06/2016	SEGUNDA	RJ 4792-2016	30/12/2016	QUINTA	SEGUNDA	2	31.287,92
003-2016-CC LL 4	CHICAMA	81019	0367722	RDE 1466-2016	12/05/2016	PRIMERA	RJ 1388-2016	25/10/2016	SÉTIMA	PRIMERA	3	19.006,01
003-2016-CC LL 4	CHICAMA	YONEL ARROYO SÁNCHEZ	0367177	RDE 5130-2016	21/07/2016	CUARTA	RJ 4190-2016	22/12/2016	OCTAVA	CUARTA	3	19.484,34
005-2016-CC LL 4	EL PORVENIR 2	2252	1686302	RDE 1695-2016	18/05/2016	PRIMERA	RDE 7369-2016	09/09/2016	QUINTA	PRIMERA	4	36.385,88
005-2016-CC LL 4	EL PORVENIR 2	2201	1655729	RDE 3647-2016	24/06/2016	TERCERA	RDE 7368-2016	09/09/2016	QUINTA	TERCERA	1	9.006,86
008-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 1	1634	0513994	RDE 1687-2016	18/05/2016	PRIMERA	RDE 8046-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	6	49.588,62
008-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 1	TRAVESURAS	3881130	ROE 8046-2016	22/09/2016	SEXTA	RJ 2749-2016	24/11/2016	OCTAVA	SEXTA	1	8.346,54
009-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 2	ANG. NUEVO JERUSALEN	2963504	RDE 1114-2016	04/05/2016	PRIMERA	RDE 8045-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	6	47.234,87
014-2016-CC LL 4	PAIJAN	80054	0214197	RDE 681-2016	22/04/2016	PRIMERA	RDE 8044-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	3	17.816,63
014-2016-CC LL 4	PAIJAN	S. SALVADOR	3095802	RDE 681-2016	22/04/2016	PRIMERA	RJ 1304-2016	24/10/2016	SÉTIMA	PRIMERA	1	5.938,88
015-2016-CC LL 4	TRUJILLO 1	NTRA. SRA. PERP. SOCORRO	2956208	RDE 1369-2016	10/05/2016	PRIMERA	RDE 7371-2016	09/09/2016	QUINTA	PRIMERA	7	35.561,20
017-2016-CC LL 4	TRUJILLO 3	81637	0690255	RDE 677-2017	22/04/2016	PRIMERA	RDE 6953-2016	01/09/2016	QUINTA	PRIMERA	3	15.460,65
002-2016-CC LL 5	CASCAS	2111	1572189	RDE 866-2016	27/04/2016	PRIMERA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	PRIMERA	9	104.012,90
002-2016-CC LL 5	CASCAS	81997	1156108	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	TERCERA	2	23.113,98
002-2016-CC LL 5	CASCAS	81656	0690339	RDE 7963-2016	21/09/2016	QUINTA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	QUINTA	2	23.113,98
002-2016-CC LL 5	CASCAS	80340	0211722	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	TERCERA	3	34.670,97
002-2016-CC LL 5	CASCAS	821289	1157536	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	TERCERA	INCOMPL.	23.113,98
TOTAL												1.055.415,53

65. Se debe tener presente que las penalidades impuestas se deben a: I) entrega incompleta de productos en uno o más IES y, II) no entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.
66. El debate en el presente proceso arbitral se ha centrado en dos temas: a) discrepancia en las fechas de algunas Actas de Entrega y Recepción de Productos, b) Cartas de miembros del CAE, y c) participación de los Monitores de Gestión Local, quienes no tendrían competencia jurídica para dichos Actos, según posición de CASH.

Discrepancia en las fechas de dos (2) Actas de Entrega y Recepción de Productos (pericias)

67. Sin perjuicio de que CASH no ha señalado la base legal que sustenta su pretensión de ineficacia o nulidad de las penalidades impuestas, respecto de este tema, en su escrito de contestación de demanda, el PNAEQW ofreció como medio probatorio una pericia grafotécnica respecto de las firmas y contenido de las Actas de entrega y

recepción presentadas por **CASH**; esto debido a que cada parte (**CASH** y el **PNAEQW**) tiene una misma Acta de Entrega pero de diferente fecha.

68. Es el caso que el **PNAEQW** presenta, mediante escrito del 19 de diciembre de 2019, la **pericia** elaborada por el perito **Félix Errol Aquije Saavedra**, en el cual concluye, respecto de las Actas de Entrega y Recepción de Productos presentadas por **CASH**, que las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 61, 100, 124, 56, 50 y 26, “**ES FALSA, NO PROVIENE DEL PUÑO GRÁFICO DE SU TITULAR**”. Respecto del Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 2, se indica que **NO FIRMÓ EL TITULAR**.
69. Por otro lado, mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2020, **CASH** designa como su perito de parte a **Reimundo Urcia Bernabé**, y mediante escrito del 22 de setiembre de 2020, presenta dos documentos signados como a) Informe N° 010-2020-RUB “Observaciones al Dictamen Pericial Grafotécnico” y, b) Informe Pericial Grafotécnico N° 011-2020-RUB. En el Informe N° 010-2020-RUB, el perito Urcia concluye, respecto de la pericia del perito Errol, que: “*carece de los fundamentos técnicos y científicos que rigen la profesión pericial grafotécnica, evidenciándose confusión y contradicción entre la descripción de las muestras cuestionadas, con el desarrollo del examen, las conclusiones finales y también con los anexos fotográficos.*”.
70. En el Informe Pericial Grafotécnico N° 011-2020-RUB, el perito Urcia concluye que las firmas insertas en las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 56 y 50, son firmas **auténticas**; y la firma atribuida a Dalmiro Chiguala Puitiza, trazada en la Declaración Jurada fechada en El Tambo 16 de marzo de 2016; la firma atribuida a Elizabeth Verónica Malaver Araujo, trazada en la Declaración Jurada fechada en El Tambo 14 de marzo de 2016, la firma atribuida a Jenny Cecilia Mori Correa, trazada en la Declaración Jurada fechada en El Sauce 14 de abril de 2016, la firma atribuida a Nercy Yannet Vásquez Vertiz de Castañeda, trazada en la Declaración Jurada fechada en Chugur 12 de mayo de 2016, son **auténticas**⁴.

⁴ Cabe mencionar que más adelante analizaremos el contenido de dichas Declaraciones Juradas.

71. La Audiencia Virtual de Sustentación de Informes Periciales se llevó a cabo el 14 de junio de 2021, en la cual los peritos de las partes sustentaron sus respectivas pericias. Dichos peritos ratificaron sus posiciones expuestas en sus respectivas pericias. Sin embargo, un hecho importante ocurrido en dicha Audiencia y que sirvió para aclarar el tema de las Actas de Entrega y Recepción de Productos, fue la pregunta realizada por el Presidente del **TRIBUNAL ARBITRAL** en la hora 03:21:03 de dicha Audiencia, respecto a que las **PARTES** aclaren la existencia de dos (2) Actas con una misma numeración, pero con diferentes fechas. A partir de dicha pregunta, el señor Carlos Aurelio Figueroa Iberico, Procurador Público del **MIDIS** respondió que se tratan de **dos (2) originales** distintos, **CASH** tiene un original y el **PNAEQW** tiene otro original. Esto quiere decir que no se trata de un mismo documento, o un original o copia, en realidad son dos (2) originales de Acta. En dicho contexto, los peritos Aquije y Urcia han analizado Actas de Entrega y Recepción de Productos diferentes; pues tanto **CASH** como el **PNAEQW** tienen “su” original, motivo por el cual las conclusiones respecto de las Actas de Entrega N° 50 y 56 **nunca van a coincidir**, al haberse analizado documentos diferentes (originales), que contienen diferentes fechas.
72. En consecuencia, las conclusiones de las pericias grafotécnicas presentadas por **CASH** y el **PNAEQW**, referidas a las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 56 y 50, al partir su análisis o evaluación de dos (2) documentos diferentes por ser dos (2) documentos originales, no resulta de utilidad para el **TRIBUNAL ARBITRAL** a fin de resolver la presente controversia, motivo por el cual se deberá analizar el valor probatorio de las mencionadas Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 56 y 50.
73. En efecto, existe una discrepancia respecto a las dos (2) actas señaladas en el considerando anterior, la cual debe ser resuelta. Al respecto, desde el punto de vista contractual, **quien valora dichas discrepancias y decide es el PNAQW**. Así, se tiene que, en el último párrafo de la cláusula décimo segunda de los **CONTRATOS**, en el numeral VI.6 inciso g) de las **BASES INTEGRADAS**, y el artículo 86° último párrafo del **MANUAL DE COMPRAS**, se encuentra previsto lo siguiente:

“En caso, que existan Actas de Entrega y Recepción que contengan información diferente a la verificada durante las acciones de supervisión y monitoreo realizadas por el PNAEQW, se procederá a realizar la valorización de acuerdo al informe remitido por la Unidad Territorial. La verificación de la conformidad será realizada de acuerdo a lo establecido en la Directiva N° 001-2013-MIDIS”.

74. Entonces, respecto de las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 56 y 50, procederemos al análisis de los argumentos efectuados por el **PNAEQW**. Según el cuadro presentado por **CASH** en su escrito de demanda, se aprecia lo siguiente respecto al **Acta N° 50 y Acta N° 56**:

CONTRATO	ITEM	I.EE.	CÓD. MOD.	FECHA SUPERV.	N° ACTA	PLAZO ENTR. S/. CONTR.	FECHA ENTR. PROVEED.	FECHA RECEP. ACTA IEE
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	82195	1582923	07/09/2016	56	11/03/2016	11/03/2016	03/04/2016
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	82195	1582923	07/09/2016	56	12/04/2016	09/04/2016	15/04/2016
003-2016-CC LL 2	HUANCASPATA	80453	0269852	05/09/2016	49	07/06/2016	07/06/2016	12/06/2016
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	2041	1010976	22/12/2016	50	11/03/2016	11/03/2016	21/03/2016
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	80097	0268193	21/12/2016	24	11/03/2016	11/03/2016	11/03/2016
001-2016-CC LL 2	BOLIVAR	80734	0268557	16/12/2016	581553	14/10/2016	13/10/2016	16/10/2016
004-2016-CC LL 2	PATAZ	80746	1683226	23/12/2016	82	12/04/2016	11/04/2016	14/04/2016
003-2016-CC LL 4	CHICAMA	81019	0367722	18/08/2016	35	11/03/2016	11/03/2016	14/03/2016
003-2016-CC LL 4	CHICAMA	YONEL ARROYO SÁNCHEZ	0367177	05/09/2016	13	07/06/2016	07/06/2016	10/06/2016
005-2016-CC LL 4	EL PORVENIR 2	2252	1686302	18/08/2016	50	11/03/2016	11/03/2016	15/03/2016
005-2016-CC LL 4	EL PORVENIR 2	2201	1655729	18/08/2016	31	10/05/2016	10/05/2016	11/05/2016
008-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 1	1634	0513994	31/08/2016	2	11/03/2016	11/03/2016	17/03/2016
008-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 1	TRAVESURAS	3881130	03/10/2016	429665	18/08/2016	18/08/2016	19/08/2016
009-2016-CC LL 4	LA ESPERANZA 2	ANG.NUEVO JERUSALEN	2963504	31/08/2016	4	11/03/2016	11/03/2016	17/03/2016
014-2016-CC LL 4	PAIJAN	80054	0214197	23/08/2016	6	11/03/2016	11/03/2016	14/03/2016
014-2016-CC LL 4	PAIJAN	S. SALVADOR	3095802	18/08/2016	20	11/03/2016	11/03/2016	15/03/2016
015-2016-CC LL 4	TRUJILLO 1	NTRA. SRA. PERP. SOCORRO	2956208	18/08/2016	24	11/03/2016	11/03/2016	18/03/2016
017-2016-CC LL 4	TRUJILLO 3	81637	0690255	18/08/2016	13	11/03/2016	11/03/2016	14/03/2016
002-2016-CC LL 5	CASCAS	2111	1572189	08/09/2016	107	11/03/2016	11/03/2016	20/03/2016
002-2016-CC LL 5	CASCAS	81997	1156108	08/09/2016	99	10/05/2016	10/05/2016	12/05/2016
002-2016-CC LL 5	CASCAS	81656	0690339	05/09/2016	134	07/07/2016	06/07/2016	09/07/2016
002-2016-CC LL 5	CASCAS	80340	0211722	09/09/2016	124	10/05/2016	10/05/2016	13/05/2016
002-2016-CC LL 5	CASCAS	821289	1157536	23/08/2016	49	10/05/2016	10/05/2016	10/05/2016

75. Por un lado, **CASH** tiene un Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50 de fecha 11 de marzo de 2016, y por otro lado el **PNAEQW** tiene un Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50 de fecha 21 de marzo de 2016.

76. Por otro lado, **CASH** tiene un Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56 de fecha 11 de marzo de 2016, y el **PNAEQW** tiene un Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56 de fecha 03 de abril de 2016.
77. Entonces, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá determinar el valor probatorio de las referidas actas y cual produce certeza.
78. Así, el artículo 43° inciso 1 del Decreto Legislativo N° 1071 señala que el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia y **valor de las pruebas**. Respecto del valor de las pruebas, CASTILLO FREYRE⁵ y otros señalan que:

“En el arbitraje, el valor de la prueba y la metodología de su análisis es a discreción del tribunal. La forma de realizar la valoración es un tema que entra en la ciencia de la prueba y la epistemología. Existen una diversidad de métodos para analizar hasta qué punto un fenómeno observable puede ser no sólo relevante o creíble, sino probatorio de un hecho”.

79. Respecto al tema de la valoración de la prueba, contamos con dos (2) sistemas, como son el llamado de la *tarifa legal*, denominado como el de la prueba tasada, de valoración apriorística, y el sistema de *libre valoración de la prueba*, conocido como sistema de íntimo convencimiento o de la apreciación razonada, apreciación posterior⁶. Para el caso concreto, el legislador no ha determinado el sistema de la *tarifa legal*, es decir, la norma no nos dice a priori, cual es el medio probatorio que prevalece sobre otro, motivo por el cual el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá utilizar el sistema de *libre valoración de la prueba*.

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CHIPANA CATALÁN, Jhoel y CASTRO ZAPATA, Laura. La Ley de Arbitraje – Análisis y Comentarios a diez años de su vigencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pág. 572

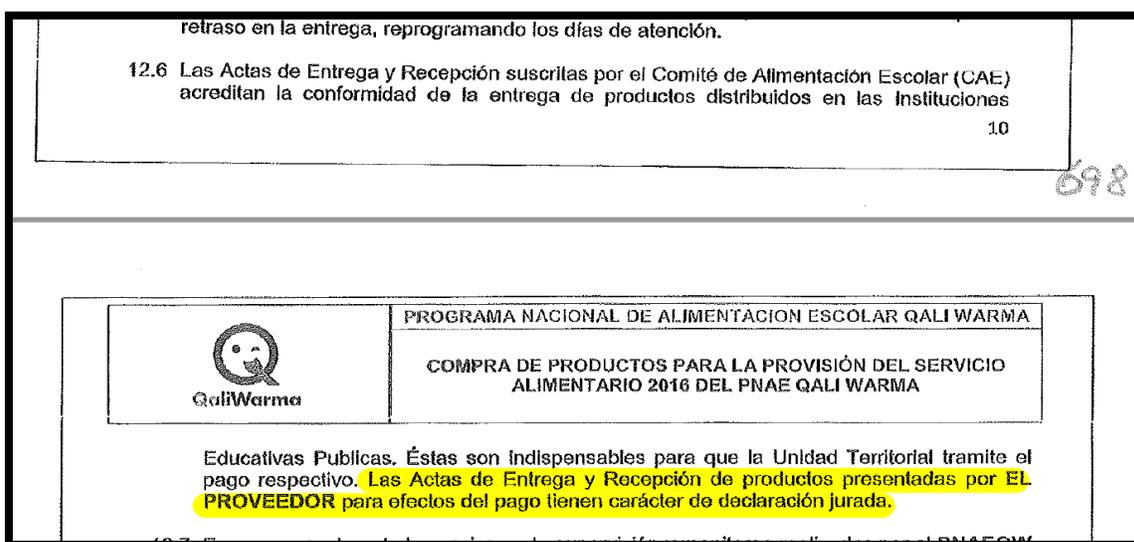
⁶ HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. IDEMSA, Lima, pág. 608.

80. En dicho contexto, tenemos que DEVIS ECHANDIA⁷ señala que la función valorativa está basada en tres (3) aspectos: **la percepción** (se entra en contacto con los hechos a través de la percepción u observación), **la representación o reconstrucción** (una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos), y **el razonamiento** (etapa intelectual de la valoración, del razonamiento o raciocinio).
81. Entonces, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá evaluar en todo su contexto lo argumentado por las **PARTES** a fin de determinar cuál de las Actas de Entrega y Recepción de Productos le causa certeza de veracidad.
82. Para tal efecto, nos debemos remitir al origen de las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 50 y 56 que obran en poder del **PNAEQW**. El tema que debe analizar el **TRIBUNAL ARBITRAL** es, cómo llegaron a poder del **PNAEQW** dichas Actas.
83. Es el caso que en la Audiencia Virtual de Sustentación de Informes Periciales llevada a cabo el 14 de junio de 2021, el doctor Carlos Aurelio Figueroa Iberico, Procurador Público del MIDIS, señaló lo siguiente:

*Hora 03: 22: 56: yo mencioné en un momento cual era el origen de esas actas porque, yo no es que insinúe nada, como me ha refutado el abogado de la otra parte, no estoy insinuando algo, estoy señalando hechos concretos, este es un arbitraje de Derecho y las actas he señalado claramente que un acta permanece en el colegio y la otra acta la tiene el contratista, el contratista no tiene dos actas distintas, tiene una sola acta, entonces **ese contratista ha entregado esas Actas al Programa para valorizar y que le paguen sus prestaciones correcto, ha entregado al Programa, el Programa tiene en su poder esa Acta** y el contratista mismo como no tiene evidentemente el original se quedó con una copia, esa copia la ha presentado como medio probatorio (...)*. (lo resaltado es nuestro)

⁷ Citado por Hurtado Reyes, ob. cit. pág. 623.

84. Lo señalado por el doctor Figueroa Iberico es ratificado por el doctor Teodoro Mariano González Pineda, Abogado de **CASH**, en la hora 03:3:39 de la mencionada Audiencia Virtual de Sustentación de Informes Periciales.
85. Entonces, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá verificar dentro del marco contractual, lo señalado por los representantes del **PNAEQW** y **CASH** respecto a la entrega de las Actas de Entrega y Recepción de Productos, que en el presente caso son las signadas con los números 50 y 56.
86. En efecto, en primer lugar, analicemos lo señalado en la cláusula décimo segunda de los **CONTRATOS**:



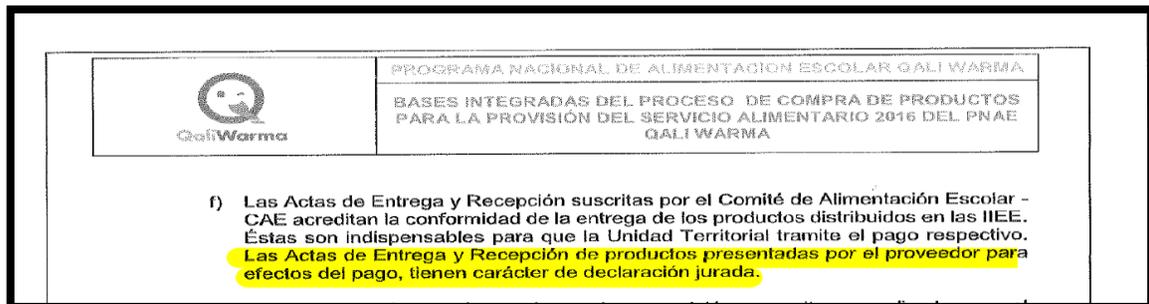
En efecto, conforme lo han señalado las **PARTES**, las Actas de Entrega y Recepción de Productos, son presentadas por el proveedor, en este caso por **CASH**, para efectos del pago, y tienen adicionalmente el carácter de **Declaración Jurada**.

87. Ahora, de qué manera **CASH** presenta dichas Actas al **PNAEQW**. La respuesta la encontramos en la cláusula sexta de los **CONTRATOS**, en el cual se indica que el

proveedor cumple con presentar de forma correcta y completa su expediente para pago, el cual contiene los siguientes documentos:

- Solicitud de pago.
- **Acta de Entrega y Recepción.**
- Guías de Remisión.
- Comprobante de Pago.

88. Por otro lado, en las **BASES INTEGRADAS** del proceso de compra para la provisión de productos, señala lo siguiente en el numeral VI.6, acápite f):



Se observa que las **BASES INTEGRADAS** señalan lo mismo que los **CONTRATOS**, es decir, que el proveedor presenta las Actas de Entrega y Recepción de Productos, los cuales tienen carácter de **Declaración Jurada**.

89. Finalmente, lo señalado en los **CONTRATOS** y en las **BASES INTEGRADAS**, se repite en el artículo 89° del **MANUAL DE COMPRAS**, es decir que las Actas de Entrega y Recepción de Productos son entregadas por el proveedor y tienen el carácter de Declaración Jurada.

90. Entonces, estando a lo señalado por las **PARTES** en la Audiencia Virtual de Sustentación de Informes Periciales, y lo pactado en los **CONTRATOS**, lo señalado

en las **BASES INTEGRADAS** y en el **MANUAL DE COMPRAS**, el **Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50 y N° 56 de fecha 11 de marzo de 2016** que obran en poder de **QALI WARMA**, fueron entregadas por el mismo **CASH** a la **ENTIDAD** como parte de su expediente para pago, teniendo la condición de **Declaración Jurada**.

91. Sin embargo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** no puede perder de vista que existe otra Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50 de fecha 21 de marzo de 2016 y el Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56 de fecha 03 de abril de 2016.

92. El Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50 de fecha 21 de marzo de 2016 tiene su sustento en el INFORME N° 0015-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT/MGL-EOPM, de fecha 23 de diciembre del 2016⁸, en cuyo numeral 2.7 se señala lo siguiente:

“2.7 El día 22 de Diciembre de 2016, se realizó una visita inopinada con el fin de realizar la verificación de Actas de Entrega y Recepción de Productos a la Institución Educativa N° 2041, código modular N° 1410976 (Nivel Inicial), modalidad Productos, ubicado en el caserío de Yalen distrito y provincia de Bolívar. En donde se encontró y verificó lo siguiente.

- *Según el Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50, correspondiente a la Primera Entrega del Período de Atención 14-03-2016 al 12-04-2016, ha sido suscrita el 21-03-2016.*

Presidenta de CAE Sra. Lilia Pérez Alarcón con Dni N° 27391663 manifiesta que los productos fueron recepcionados, según fecha que se evidencia en la copia del acta de entrega y recepción de productos que obra en el acervo documentario de la IE, si existió un retraso, y que en las demás entregas lo hay incidencias” (el resaltado es nuestro)

⁸ Anexo 2-C del Escrito N° 02 de QALI WARMA, recepcionado por la Secretaría Arbitral el 7 de marzo de 2019.

93. Estando a lo señalado en el considerando anterior, existe un Acta de Supervisión y el Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50, en las que se aprecian que los productos fueron entregados el 21-03-2016. La parte pertinente de dicha Acta de Supervisión es la siguiente:

	ACTA DE SUPERVISIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO CAE GESTIÓN PRODUCTOS - 2016	PRT-002-PNAEQW- USM-FOR-005
Versión N°: 01		Pág. 4 de 4

2. OCURRENCIAS/OBSERVACIONES

* TAMBIÉN SE COMPTÓ CON LA MANIFESTACIÓN DEL SR: ESTEBAN ESPINOZA ABANTO BALBUENA, QUIEN SE IDENTIFICÓ COMO AGENTE MUNICIPAL QUE Dijo: "QUE SI HUBO RETARDO EN LA ENTREGA DE LOS PRODUCTOS CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA ENTREGA"

El CAE manifestó:

QUE LOS PRODUCTOS CORRESPONDIENTES A LA PRIMERA ENTREGA FUERON ENTREGADOS EN LA I.E. LA FECHA 21-03-2016, RELACIONADO POR PRESIDENTE DEL CAE Y LAS DEMÁS ENTREGAS NO PRESENTA RETARDO.

Siendo las 09:50 horas, participaron como representante(s) del CAE y Autoridad Local el(los) Sr.(s): LINA FIDEL ALBERON en calidad de PRESIDENTE DEL CAE teléfono 973578122 y por el PNAEQW Cali Warma el(los) Sr.(s): ELMER OCTAVIO PEÑE BOTANZO

Siendo las 09:55 horas, se suscribe la presente Acta en tres ejemplares uno de los cuales se entregó al representante del CAE

REPRESENTANTE DEL PNAEQW Nombres y Apellidos: <u>ELMER O. PEÑE MIRANDA</u> DNI: <u>88982366</u> REPRESENTANTE DEL CAE Nombres y Apellidos: _____ DNI: _____	PRESIDENTE DEL CAE Nombres y Apellidos: <u>LINA FIDEL ALBERON</u> DNI: <u>27334083</u> ELMER O. PEÑE MIRANDA MONITOR DE GESTIÓN LOCAL DNI: _____ AUTORIDAD LOCAL Nombres y Apellidos: <u>FREDY E. ARANDA BALBUENA</u> DNI: <u>40352929</u>
--	--

94. Respecto del Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56, de fecha 03 de abril de 2016, sucede lo mismo, pues en el INFORME N° 020-2016-MIDIS/PNAEQW-UTLLBT, de fecha 09 de setiembre de 2016⁹, en cuyo numeral 3.4 se señala que la primera entrega se realizó el 03-04-2016 y la segunda entrega fue el 15-04-2016. Es más, en el Acta de Supervisión se indica lo mismo respecto al Acta de Entrega N° 56:

⁹ Anexo 2-L del Escrito N° 02 de QALI WARMA, recepcionado por la Secretaría Arbitral el 7 de marzo de 2019.

	ACTA DE SUPERVISIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO CAE GESTIÓN PRODUCTOS - 2016	PRT-002-PNAEQW-USM-FOR-005
Versión N°: 01		Pág. 4 de 4

2. OCURRENCIAS/OBSERVACIONES

SE VALENTO A LE N° 52175 CON LA FINALIDAD DE VERIFICAR LAS ACTAS DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE PRODUCTOS, EN CUALES SE OBSERVÓ LAS ACTAS DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA ENTREGA CITABA SUJUNTO CON FECHAS DE RECEPCIÓN DESPUÉS DE LAS FECHAS PROGRAMADAS.

El CAE manifestó:
EL MENSAJE DEL DR. NESTOR ROSENDO MARILUZ FRANCO, DE LA INST. EDUCATIVA N° 2175 DEL DISTRITO DE QUILI DE LA PROVINCIA DE PATATE IDENTIFICADO CON DNI N° 19416877, MANIFESTÓ QUE EL ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE PRODUCTOS N° 56 DEL PERIODO 19-03-2016 AL 18-04-2016 SE SUSCRIBIÓ Y SE SUSCRIBIÓ EL 03-04-2016, EL ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE PRODUCTOS N° 06 DEL PERIODO DEL 13-04-2016 AL 07-05-2016, SE SUSCRIBIÓ EL 15-04-2016, EL ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE PRODUCTOS N° 55 DEL PERIODO 08-05-2016 AL 18-06-2016, SE SUSCRIBIÓ Y SE SUSCRIBIÓ EL 11-06-2016, LAS CUALES OBRAN EN EL MENSAJE DOCUMENTARIO DE ESTA LE DANDO CUMPLIMIENTO A LA ENTREGA DE ACCIONES A LAS FECHAS ANTES MENCIONADAS, PUES EN SUJUNTO POR EL MENSAJE DEL CAE, PARA CUYO EFECTO SE AGUSTA LA COPIA DE LAS ACTAS DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE TRES ENTREGAS 3°, 2ª Y 1ª ENTREGA.
Siendo las 07:00 horas, participaron como representante(s) del CAE / Autoridad Local (los) Sr(s): NESTOR ROSENDO MARILUZ FRANCO en calidad de PRESIDENTE DEL CAE, teléfono 993301247 y por el PNAE QUILI Warma el(los) Sr(s): EYDÉN SUIY ALBARRÁN FLORES

Siendo las 10:46 horas, se suscribe la presente Acta en tres ejemplares una de las cuales es entregada al representante del CAE.

REPRESENTANTE DEL PNAEQW
Nombres y Apellidos: EYDÉN ALBARRÁN FLORES
DNI: 3277144
DIRECTOR DE GESTIÓN LOCAL
COORDINACIÓN INSTITUCIONAL Y SERVICIOS SOCIALES
MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL

AUTORIDAD LOCAL
Nombres y Apellidos: NESTOR R. MARILUZ FRANCO
DNI: 19416877

95. En virtud a dicha información, el **PNAEQW** aplica las respectivas penalidades, pues teniendo en cuenta que las Actas de Entrega y Recepción de Productos que obran en las instituciones educativas, decide que las mismas son verdaderas. El **TRIBUNAL ARBITRAL** ya ha señalado que, en caso de **discrepancia** respecto a las Actas, desde el punto de vista contractual, **quien valora dichas discrepancias y decide es el PNAEQW**. Así, se tiene que, en el último párrafo de la **cláusula décimo segunda** de los **CONTRATOS**, en el numeral VI.6 inciso g) de las **BASES INTEGRADAS**, y el artículo 86º último párrafo del **MANUAL DE COMPRAS** está regulada dicha potestad del **PNAEQW**.

96. Estando a lo señalado, y estando a que las pericias realizadas no van a coincidir pues cada parte tiene “su” original, desde el punto de vista probatorio, **CASH**¹⁰, hasta el momento, no ha logrado enervar o restar validez al Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 50, de fecha 21 de marzo de 2016, y al Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56, de fecha 03 de abril de 2016, que originaron la aplicación de las penalidades respectivas, siendo que además las mismas tienen la condición de **Declaraciones Juradas**.
97. Cabe mencionar que únicamente han sido materia de objeción y pericia grafotécnica las Actas de Entrega y Recepción de Productos N° 50 y N° 56.

Cartas y Constancias de miembros del Comité de Alimentación Escolar (CAE)

98. Respecto a las cartas y constancias que habrían sido suscritas por miembros del **CAE**, en las cuales señalan que cometieron un error, y consignaron una fecha y hora que no corresponde, el **TRIBUNAL ARBITRAL** procederá a analizar dichas Actas:
- Carta y Constancia que habrían sido suscritas por **NESTOR ROSENDO MARILUZ FRANCO**, Director de la IE 82195, recepcionada por el **PNAEQW** el 28 de noviembre de 2016, en el cual señala un error en la consignación de la fecha y hora de dos Actas N° 56 y un Acta N° 55. Según se aprecia del cuadro que obra en la página 8 de la demanda de **CASH**, respecto de las dos (2) Actas N° 56, se aplicaron las penalidades el 13 de octubre de 2016. Esto quiere decir que dicha carta fue presentada al **PNAEQW** después de **un mes y medio de expedida la resolución de pago con penalidades**. Cabe agregar que el Acta N° 55, no forma parte del cuadro obrante en la página 9 de la demanda de **CASH**.

Se debe anotar que la fecha y hora de las Actas han sido consignadas con lapicero distinto al del nombre, apellidos y número de DNI de **NESTOR ROSENDO MARILUZ FRANCO**.

¹⁰ Parte procesal que tiene la CARGA DE LA PRUEBA.

- Constancia que habria sido suscrita por la Mag. **NANCY MARIBEL TORRES VERA**, Miembro CAE-IE 80453, recepcionada por el **PNAEQW** el 28 de noviembre de 2016, en la cual señala un error en la consignación de la fecha y hora del Acta N° 49. Según se aprecia del cuadro que obra en la página 8 de la demanda de **CASH**, respecto del Acta N° 49 se aplicó la penalidad el 13 de octubre de 2016. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada al **PNAEQW** después de **un mes y medio de expedida la resolución de pago con penalidades**.

- Constancia que habria sido suscrita por **WILLIAN ALBARRAN FLORES**, Miembro CAE-I.E. 80503, recepcionada por el **PNAEQW** el 28 de noviembre de 2016, en la cual señala un error en la consignación de la fecha y hora del **Acta N° 53**. Código Modular 1555812, Centro Poblado La Victoria, distrito Ongón, Provincia Pataz, Departamento La Libertad, Institución Educativa 80503 San Martin, pero es el caso que dicha Acta no forma parte de los contratos sobre el cual se haya aplicado penalidad alguna, conforme se aprecia de los cuadros obrantes en las páginas 6, 8 y 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual la carta bajo análisis **no es de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** resuelva el conflicto de intereses.

Se debe anotar que quien habria emitido la Constancia es **WILLIAN ALBARRAN FLORES**; sin embargo no se consigna el numero de DNI y la firma es distinta a la contenida en el Acta.

- Constancia que habria sido suscrita por **WILLIAN ALBARRAN FLORES**, Miembro CAE-I.E. 80503, recepcionada por el **PNAEQW** el 28 de noviembre de 2016, en la cual señala un error en la consignación de la fecha y hora del **Acta N° 47**. Código Modular 0268078, Centro Poblado La Victoria, distrito Ongón, Provincia Pataz, Departamento La Libertad, Institución Educativa 80503 San Martin, pero es el caso que dicha Acta no forma parte de los contratos sobre el

cual se haya aplicado penalidad alguna, conforme se aprecia de los cuadros obrantes en las páginas 6, 8 y 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual la carta bajo análisis **no es de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** resuelva el conflicto de intereses.

Se debe anotar que quien habría emitido la Constancia es **WILLIAN ALBARRAN FLORES**; sin embargo no se consigna el número de DNI.

- Carta y Constancia que habría sido suscrita por **ROSAMELIA SEGURA SALAZAR**, recepcionada por el **PNAEQW** el 20 de enero de 2017, en la cual señala que existe un error de no haber leído las Actas N° 61 y 82. Según se aprecia del cuadro que obra a fojas 9 de la demanda de **CASH**, solamente el Acta N° 82 forma parte de la aplicación de penalidades. Según se aprecia del cuadro que obra a fojas 8 de la demanda de **CASH**, respecto del Acta N° 82 se aplicó la penalidad el 30 de diciembre de 2016. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada a el **PNAEQW** después de **veinte (20) días de expedida la resolución de pago con penalidades**.

Se debe anotar que quien habría emitido la Carta y Constancia es **ROSAMELIA SEGURA SALAZAR**; sin embargo las firmas son distintas a la contenida en el Acta.

- Carta que habría sido suscrita por **ALICIA MARGOT BRINGAS ABANTO**, recepcionada por el **PNAEQW** el 02 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en el Acta N° 35, pues se encontraba sin fecha, y por error consignó una fecha diferente. Es el caso que el Acta N° 35 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 25 de octubre de 2016. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada a el **PNAEQW** después de **un (1) mes de expedida la resolución de pago con penalidades**.

- Carta que habría sido suscrita por **SONIA CATALINA NARVAEZ SOTO**, Integrante CAE, recepcionada por el **PNAEQW** el 01 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en el Acta N° 50, pues consignó una fecha que no corresponde. Es el caso que el Acta N° 50 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 09 de setiembre de 2016 conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 8 de la mencionada demanda. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada al **PNAEQW** casi **tres (3) meses después de expedida la resolución de pago con penalidades.**

- Carta que habría sido suscrita por **SANDRA LOAYZA ALAMA**, Integrante CAE, recepcionada por el **PNAEQW** el 01 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en el Acta N° 31, pues consignó una fecha que no corresponde. Es el caso que el Acta N° 31 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 09 de setiembre de 2016 conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 8 de la mencionada demanda. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada al **PNAEQW** casi **tres (3) meses después de expedida la resolución de pago con penalidades.**

- Carta que habría sido suscrita por **VIOLETA DEL PILAR GRAUS ROSALES**, Integrante CAE, recepcionada por el **PNAEQW** el 15 de diciembre de 2016, en la cual se señala que existe un error en el Acta N° 429665, pues se cambió la fecha de recepción. Es el caso que el Acta N° 429665 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 24 de noviembre de 2016 conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 8 de la mencionada demanda. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada en fecha posterior a la aplicación de la penalidad.

- Carta que habria sido suscrita por **CARMEN RODRIGUEZ ARTETA**, recepcionada por el **PNAEQW** el 05 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en el Acta N° 1; sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

- Carta que habria sido suscrita por **JAIME EMILIO VARGAS LEÓN**, recepcionada por el **PNAEQW** el 05 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en el Acta N° 15, pues consignó una fecha que no era; sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

- Carta que habria sido suscrita por **YRIS REYES GARCÍA**, recepcionada por el **PNAEQW** el 05 de diciembre de 2016, en la cual señala que existe un error en la fecha del Acta N° 4. Es el caso que el Acta N° 4 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 22 de setiembre de 2016 conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 8 de la mencionada demanda. Esto quiere decir que, dicha carta fue presentada después de **dos (2) meses después de expedida la resolución de pago con penalidades**.

- Carta y Constancia que habrian sido suscritas por **KELI SANCHEZ TISNADO**, sin sello de recepción por parte de el **PNAEQW**. En dicha carta fechada en diciembre de 2016, se señala que hubo un error al anotar la fecha en el Acta N°

107. Es el caso que el Acta N° 107 forma parte del contrato en que se aplicó penalidades, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, siendo aplicada la penalidad el 29 de diciembre de 2016 conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 8 de la mencionada demanda.

- Constancia que contiene firma pero sin post firma, por lo que no se puede determinar el nombre de la persona que firma la carta. Dicha carta tiene como fecha el 05 de diciembre de 2016, pero sin sello de recepción por parte del **PNAEQW**. En dicha carta se señala que los alimentos fueron recibidos sin observación alguna y desconoce la existencia de otra fecha en el Acta N° 113. Sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

- Carta y Constancia que habrían sido suscritas por **RAÚL NAVEZ JAIME**, la cual tiene como fecha el 02 de diciembre de 2016, pero sin sello de recepción por parte del **PNAEQW**. En dicha carta señala que desconoce la existencia de otra fecha en el Acta N° 136. Sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

Cabe anotar que quien estaría emitiendo la Carta y Constancia es **RAÚL NAVEZ JAIME**; sin embargo, quien suscribe el Acta sería **CARLOS VALDEMAR CANO**, es decir, una persona distinta.

- Carta y Constancia que habrían sido suscritas por **MARIA ELENA VALENCIA MARQUINA**, de fecha 02 de diciembre de 2016, pero sin sello de recepción por parte del **PNAEQW**. En dicha carta señala que en el Acta N° 94, por error se consignó una fecha diferente. Sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia del cuadro obrante a fojas 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

- Carta y Constancia que habrían sido suscritas por **NIEVES SEGURA VILLALOBOS**, de fecha 02 de diciembre de 2016, pero sin sello de recepción del **PNAEQW**. En dicha carta señala que en el Acta N° 56, por error se anotó fecha diferente. Analizando dicha Acta se aprecia que la misma corresponde a la Institución Educativa 82123, Centro Poblado Las Tunas, distrito de Cascas, Provincia Gran Chimú, departamento La Libertad, con código modular 1368992. Sin embargo, dicha Acta no forma parte de contrato alguno en que se haya aplicado penalidades teniendo como sustento la mencionada Acta, conforme se aprecia de los cuadros obrantes a fojas 6 y 9 de la demanda de **CASH**, motivo por el cual dicha carta **no resulta de utilidad** para que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda resolver el conflicto de intereses.

Adicionalmente, existen otras Cartas y Constancias que ha revisado el **TRIBUNAL ARBITRAL**, a las cuales nos referiremos a continuación:

- Carta que habría sido suscrita por **ROSA MARIA AGUILAR SAGASTEGUI**, en relación a Acta N° 6.

- Carta que habría sido suscrita por **KAROL JUDITH REBAZA LESCANO**, en relación a Acta N° 13.

- Constancia que habria sido suscrita por **JULIANNA VICTORIA GRADOS SIPIRAN**, en relación a Acta N° 20.

No obstante, quienes firman el Acta son dos (2) personas: **JULIA ELIZABETH HUARIPATA RUIZ** y **JULIANNA VICTORIA GRADOS SIPIRAN**.

- Carta que habria sido suscrita por **MILAGROS TABOADA VILLANUEVA** y **ELSA YSABEL NAVA VEGA**, en relación a Acta N° 24. En dicha Carta señalan que recibieron una llamada mediante la cual les avisaron que el proveedor estaba dejando productos en determinada fecha y hora.

Sin embargo, el Acta es firmada unicamente **MILAGROS TABOADA VILLANUEVA**, con la finalidad de dejar constancia de la recepción de los productos, lo cual se contradice con lo señalado en la mencionada Carta.

- Carta que habria sido suscrita por **ROSA AMELIA YUPANQUI VACA** y **MARGARITA IRENE SALINAS IBAÑEZ**, en relación a Acta N° 28.

No obstante, quien firma el Acta es unicamente **MARGARITA IRENE SALINAS IBAÑEZ**.

- Carta que habria sido suscrita por **FRANKLIN ZARATE URIOL**, en relación a Acta N° 49.

- Constancia que habria sido suscrita por **ROSALINA LAGUNA BARRIOS**, en relación a Acta N° 50.

No obstante, quienes firman el Acta son **ROSALINA LAGUNA BARRIOS** y **NELIDA LOPEZ BENITES**, debiendo considerarse ademas que las firmas consignadas en el Acta y Constancia no coinciden.

- Constancia que habria sido suscrita por **DAMIANA DELFINA MORENO VELASQUEZ**, en relación a Acta N° 52.

No obstante, quienes firman el Acta son **DAMIANA DELFINA MORENO VELASQUEZ** y **RAQUEL PALOMINO ARELLANO**, debiendo considerarse ademas que las firmas consignadas en el Acta y Constancia no coinciden.

- Constancia en relación a Acta N° 55, que contiene firma pero no consigna el nombre ni el número de DNI de la persona que lo hace, debiendo agregarse que dicha firma es distinta a la consignada en el Acta.
- Constancia que habria sido suscrita por **ROSALINA LAGUNA BARRIOS**, en relación a Acta N° 58, debiendo agregarse que la firma es distinta a la consignada en el Acta.
- Constancia que habria sido suscrita por **NERCY YANNET VASQUEZ VERTIZ DE CASTAÑEDA**, en relación a Acta N° 124.
- Constancia que habria sido suscrita por **ESTEBAN MARINO GAMBOA LOPEZ**, en relación a Acta N° 134.

No obstante, quienes firman el Acta son dos (2) personas: **ESTEBAN MARINO GAMBOA LOPEZ** y **SANTIAGO CASTAÑEDA FLORES**.

99. Luego del análisis efectuado por el **TRIBUNAL ARBITRAL**, se obtiene lo siguiente: son un total de diecisiete (17) cartas y/o constancias ofrecidas como medio probatorio por **CASH**, de las cuales ocho (8) no son de utilidad para resolver la presente controversia debido a que no guardan vinculación con Acta alguna que haya generado aplicación de penalidades, siendo de utilidad para su análisis solamente **nueve (9) cartas** presentadas por **CASH**.

- 100.** Como se ha mencionado anteriormente, la carga de la prueba le corresponde a quien realiza afirmaciones en relación a hechos que sustentan su posición. En el presente caso **CASH** afirma que ha cumplido de manera correcta y oportuna con las prestaciones a su cargo en los **CONTRATOS** en los que ha sido objeto de penalidades. Para acreditar dicha afirmación presenta cartas y constancias que habrían sido suscritas por los respectivos miembros de los **CAE**.

Sobre el particular, las cartas y constancias ofrecidas por **CASH** como medios probatorios, presentan una serie de inconsistencias en relación a quienes las han suscrito, situación que les resta fehaciencia y no permiten que el **TRIBUNAL ARBITRAL** pueda generarse convicción respecto a lo que afirma la demandante, máxime si tales documentos no contienen una certificación o legalización notarial que otorgue certeza no sólo de quienes los firman sino de la fecha en la que tales cartas y constancias han sido emitidas.

- 101.** De otro lado, respecto de las nueve (9) cartas que resultan de utilidad, el **TRIBUNAL ARBITRAL** analizará las mismas a fin de señalar su valor probatorio respectivo. Así, empezaremos con la comparación de las cartas de **MARILUZ FRANCO** y **TORRES VERA**, siendo dichas cartas las siguientes:



"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

Pataz, 14 de noviembre del 2016

Carta N° -2016-IE 82195

Señora
MARLENE MARITZA FLORES ÁLVAREZ
Jefa (e) de la Unidad Territorial La Libertad
Av. Teodoro Valcárcel N° 1265 – Trujillo
Trujillo.-
Atención.- Presidente Comité de Compra La Libertad 2

Asunto: Aclaración fecha de entrega de alimentos según Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56,56 y 55 de la I, II y III Entrega.
Referencia: Carta N° 583-2016-CASH FOODS

Mediante la presente me dirijo a usted para saludarle y a la vez realizar la aclaración única y definitiva de la entrega de alimentos a mi Institución Educativa N° 82195 con Cod.Modular 1582923, realizada por la empresa CASH FOODS SRL mediante Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 56,56 y 55 de la I, II y III Entrega, tal como sigue:

1.- El 07/09/2016 recibí la visita del Monitor de Gestión de Qali Warma Trujillo, y me solicito las actas de entrega y recepción de productos correspondiente a la I, II y III entrega de alimentos a nuestra Institución Educativa, al inesperado requerimiento de dichos documentos ubique en mi archivo las,

Acta N° 56 Periodo de Atención Alimentario por 20 días del 14/03/16 al 12/04/16
Acta N° 56 Periodo de Atención Alimentario por 40 días del 13/04/16 al 07/06/16
Acta N° 55 Periodo de Atención Alimentario por 40 días del 08/06/16 al 18/08/16.

Dichas Actas que nos había dejado el proveedor que corresponden a la entrega de alimentos a nuestra I.E, sin observación alguna, no le habíamos consignado la fecha y hora de recepción, nombres y apellidos DNI, firma y sello de la persona que recepción los productos.

2.-A fin de mostrar las Actas al Monitor el mismo día, registre los datos de la recepción que estuvieron en blanco, lo firme, selle, y por craso error consigne fecha y hora que no corresponde. Posteriormente al verificar el ingreso de los productos en nuestro almacén comprobé que los productos fueron recepcionados por el CAE, en las siguientes fechas,

I ENTREGA Acta N° 56 Periodo de Atención 20 días Fecha recepción 11/03/2016
II ENTREGA Acta N° 56 Periodo de Atención 40 días Fecha recepción 09/04/2016
III ENTREGA Acta N° 55 Periodo de Atención 40 días Fecha recepción 07/06/2016

Es decir la recepción de productos lo realizo el CAE en los plazos y no ha originado ningún desabastecimiento o falta de atención alimentaria en nuestra I.E. y coincide con la copia del Acta del proveedor que nos ha adjuntado a la Carta N° 583-2016-CASH FOODS

En mi condición de Presidente y/o miembro del CAE, en merito a la verdad cumplo con efectuar esta aclaración a usted para los fines correspondientes.

Atentamente,

NESTOR ROSENDO MARILUZ FRANCO
DNI N° 19413877
Director(a) de la IE 82195

c/c copia CASH FOODS SRL

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

Pataz, 15 de noviembre del 2016

Carta N° -2016-IE 80453

Señora
MARLENE MARITZA FLORES ÁLVAREZ
Jefa (e) de la Unidad Territorial La Libertad
Av. Teodoro Valcárcel N° 1265 – Trujillo
Trujillo.-
Atención.- Presidente Comité de Compra La Libertad 2

Asunto: Aclaración fecha de entrega de alimentos según Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 49 - III Entrega.
Referencia: Carta N° 584-2016-CASH FOODS

Mediante la presente me dirijo a usted para saludarle y a la vez realizar la aclaración única y definitiva de la entrega de alimentos a mi I.E N° 80453 con Cod.Modular 0269852, realizada por la empresa CASH FOODS SRL según Acta de Entrega y Recepción de Productos N° 49 -III Entrega, tal como sigue:

1.- El 05/09/2016 recibí la visita del Monitor de Gestión de Qali Warma Trujillo, y me solicito la acta de entrega y recepción de productos correspondiente a la III entrega de alimentos a nuestra Institución Educativa, al inesperado requerimiento del documento logre ubicar en mi archivo el Acta N° 49 Periodo de Atención Alimentario por 40 días del 08/06/16 al 18/08/16.

Dichas Acta que nos había dejado el proveedor que corresponden a la III entrega de alimentos a nuestra I.E, sin observación alguna, no le habíamos consignado la fecha y hora de recepción, nombres y apellidos DNI, firma y sello de la persona que recepción los productos.

2.-A fin de mostrar el Acta al Monitor el mismo día, registre los datos de la recepción que estuvieron en blanco, lo firme, selle, y por error consigne fecha y hora que no corresponde. Días después al verificar el ingreso de los productos en el almacén de la I.E comprobé que los productos fueron recepcionados por el CAE, correspondiente a la III entrega el 07/06/2016 según Acta N° 49 Periodo de Atención 40 días.

La recepción de productos lo realizo el CAE dentro del plazo establecido y no ha originado ningún desabastecimiento o falta de atención alimentaria en nuestra I.E. y coincide con la copia del Acta del proveedor que nos ha adjuntado a la Carta N° 584-2016-CASH FOODS

En mi condición de miembro del CAE, en honor a la verdad envió este documento de aclaración a usted para los fines correspondientes.

Atentamente,

NANCY MARIBEL TORRES VERA
DNI N° 19427428
CAE-I.E 80453

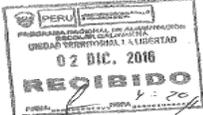
Mg. Nancy M. Torres Vera
DIRECTORA

c/c copia CASH FOODS SRL

102. Las cartas antes señaladas responden a un mismo formato, tienen el mismo encabezado, el mismo asunto (cambiando solamente el número de acta), el primer párrafo de las cartas es idéntica (cambiando el número de la Institución Educativa, el código modular y el número de las Actas de entrega), el numeral 2 de las cartas es idéntico cuando señalan “2.- A fin de mostrar el Acta al Monitor el mismo día, registre los datos de la recepción que estuvieron en blanco, lo firme, selle, y por error consigne fecha y hora que no corresponde”, el último párrafo es casi similar en ambas cartas. Todo esto a qué conlleva a inferir al **TRIBUNAL ARBITRAL**, a que dichas actas no han sido redactadas por sus firmantes, pues responden a un formato preestablecido en que únicamente se cambian datos relativos a la institución educativa, código modular y número de actas. En otras palabras, las cartas bajo análisis, no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

103. Lo mismo se puede señalar del análisis de las cartas de **BRINGAS ABANTO y SÁNCHEZ TISNADO**:

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"


Chocope, 30 de noviembre del 2016

Señor:

MARLENE ZAPATA CARNAQUÉ DE ZAFRA
JEFE DE LA UNIDAD TERRITORIAL- QW-LA LIBERTAD

ATENCIÓN: COMITÉ DE COMPRAS LA LIBERTAD 4

ASUNTO : Carta N° 637-2016-CASH

Mediante la presente hago la aclaración respecto a la entrega de los productos alimenticios a nuestra Institución Educativa 81019 Josefina Gutiérrez Fernández por el Proveedor CASH FOODS SRL. Mediante el Acta N° 35.

- Los alimentos fueron recibidos sin observación alguna, con los productos completos para el periodo de 20 días, los cuales fueron consumidos dentro del periodo 14/03/2016 al 12/04/2016, según consta en el Acta N° 35 de fecha 11-03-2016. según copia adjunta.
- Durante la visita de supervisión, me percaté que el Acta de la primera entrega estaba sin fecha, por error en ese momento consigné fecha diferente. Siendo la fecha real 11/03/2016.

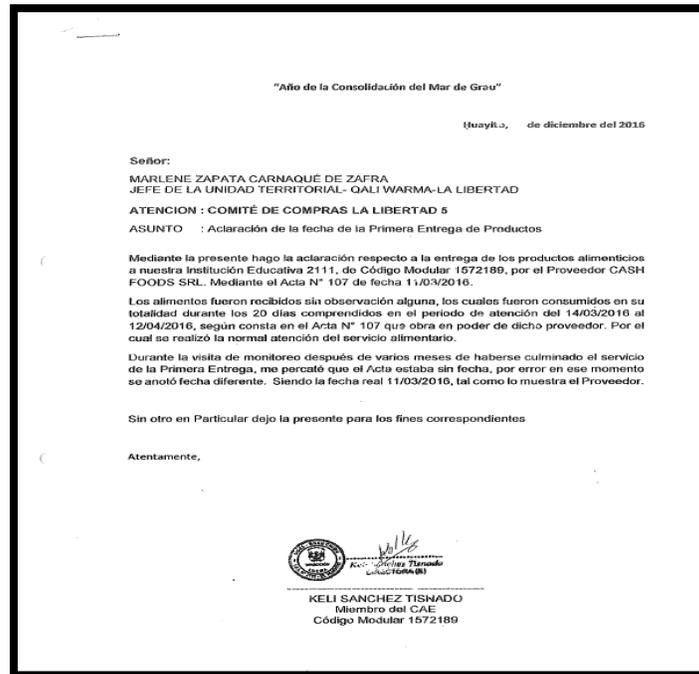
Por el cual no se ha originado ningún desabastecimiento ni falta de atención alimentaria en nuestra institución.

Sin otro en Particular dejo la presente para los fines correspondientes

Atentamente,



ALICIA MARGOT BRINGAS ABANTO
CAE- CODIGO MODULAR 0367722



De la comparación de ambas cartas, también se aprecia que responden a un formato pre redactado. Así, en dichas cartas se empieza en el primer párrafo indicado *"Mediante la presente hago la aclaración respecto a la entrega de productos alimenticios a nuestra Institución Educativa*". El penúltimo párrafo de ambas cartas son casi similares cuando señalan: *"Durante la visita de supervisión/monitoreo (...), me percaté que el Acta (...) estaba sin fecha, por error en ese momento se anotó fecha diferente. Siendo la fecha real (...)"*, y el último párrafo es idéntico.

Todo esto lleva a inferir al **TRIBUNAL ARBITRAL**, que dichas actas no han sido redactadas por sus firmantes, pues responden a un formato preestablecido en que únicamente se cambian algunos datos relativos a la institución educativa, código modular y número de actas. En otras palabras, las cartas bajo análisis, no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

104. Respecto de las cartas de **NARVAEZ SOTO, LOAYZA ALAMA** y **REYES GARCÍA**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** efectuará una comparación de estas:



La Esperanza 25 de noviembre del 2016

Señora:
MARLENE ZAPATA CARNAQUÉ DE ZAFRA
JEFA DE LA UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD

TRUJILLO -
ATENCIÓN: COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 4

ASUNTO: Aclaración Fecha de entrega de alimentos Acta N°50

REFERENCIA: Carta N°617-2016-CASH



Mediante la presente me dirijo a usted muy cordialmente y a la vez expresarle lo siguiente:

Que hago una aclaración con respecto a la entrega de alimentos a mi Institución Educativa N°2252 con Código Modular 1686302 realizada por la empresa CASH FOODS S.R.L mediante Acta de Entrega N° 50 es como describo:

- El 18/08/2016 recibí la supervisión del Monitor de Gestión de Quali Warma – Trujillo, y me solicito el acta de entrega y recepción de productos que el Proveedor nos entregó, mostrándome dicho documento de mi archivo:
Acta 50 periodo de Atención por 20 días 14/03/2016 al 12/4/2016.
Dicha acta que había dejado el proveedor en nuestra Institución Educativa no tuvo ninguna observación donde consigne nombre y apellido, firma, DNI como describe el Acta.
- Al momento de mostrar el acta al Monitor, me percate que no tenía fecha y por error consigne una fecha que no corresponde.
Posteriormente al realizar una verificación del ingreso en mi Kardex de los productos en nuestro almacén comprobé que los productos fueron recepcionados por el CAE en la siguiente fecha:
I Entrega Acta N° 50, Periodo de Atención 20 días Fecha de recepción: 11/03/2016.

Es decir, la recepción de los productos lo realizo el CAE en los plazos y no ha originado ningún desabastecimiento o falta de atención alimentaria en nuestra I.E. y coincide con la copia del Acta del proveedor que nos ha adjuntado a la Carta.

En mi condición de Presidente y/o miembro de CAE, y dando fe a la verdad cumpla con efectuar esta aclaración a usted para los fines correspondientes.




CATALINA NARVAEZ SOTO
DNI N°18199263
Integrante Comité CAE

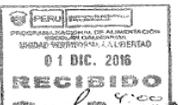
La Esperanza 25 de noviembre del 2016

Señora:
MARLENE ZAPATA CARNAQUÉ DE ZAFRA
JEFA DE LA UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD

TRUJILLO -
ATENCIÓN: COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 4

ASUNTO: Aclaración Fecha de entrega de alimentos Acta N°31

REFERENCIA: Carta N°618-2016-CASH



Mediante la presente me dirijo a usted muy cordialmente y a la vez expresarle lo siguiente:

Que hago una aclaración con respecto a la entrega de alimentos a mi Institución Educativa N°2201 con Código Modular 1686302 realizada por la empresa CASH FOODS S.R.L mediante Acta de Entrega N° 31 es como describo:

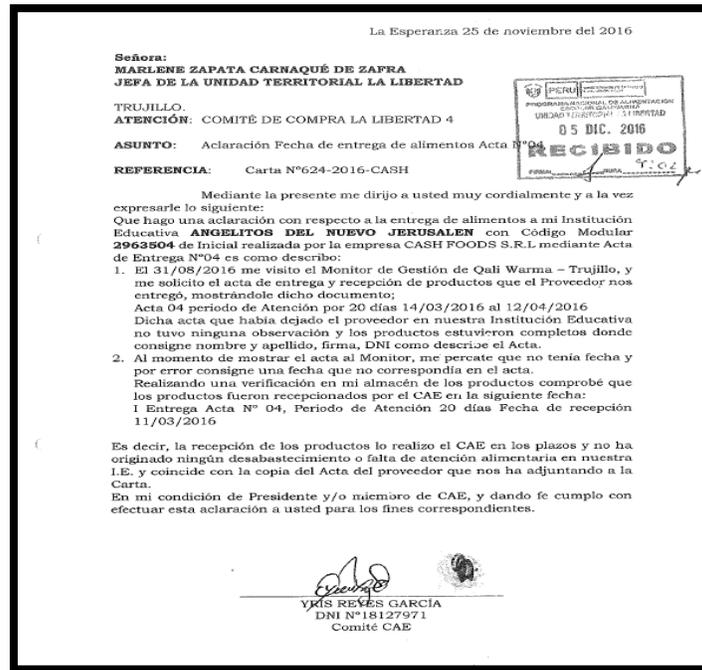
- El 18/05/2016 recibí la supervisión del Monitor de Gestión de Quali Warma – Trujillo, y me solicito el acta de entrega y recepción de productos que el Proveedor nos entregó, mostrándome dicho documento de mi archivo:
Acta 31 periodo de Atención por 20 días 11/05/2016 al 07/06/2016
Dicha acta que había dejado el proveedor en nuestra Institución Educativa no tuvo ninguna observación donde consigne nombre y apellido, firma, DNI.
- Al momento de mostrar el acta al Monitor, no consigne la fecha y por error consigne otra fecha y posteriormente realice la verificación de mis productos en nuestro almacén comprobando que los productos fueron recepcionados por el CAE en la siguiente fecha:
III Entrega Acta N°31, Periodo de Atención 20 días Fecha de recepción 10/05/2016

Es decir, la recepción de los productos lo realizo el CAE en los plazos y no ha originado ningún desabastecimiento o falta de atención alimentaria en nuestra I.E. y coincide con la copia del Acta del proveedor que nos ha adjuntado a la Carta.

En mi condición de Presidente y/o miembro de CAE, y dando fe a la verdad cumpla con efectuar esta aclaración a usted para los fines correspondientes.




SANDRA LOAYZA ALAMA
DNI N°40373130
Integrante Comité CAE

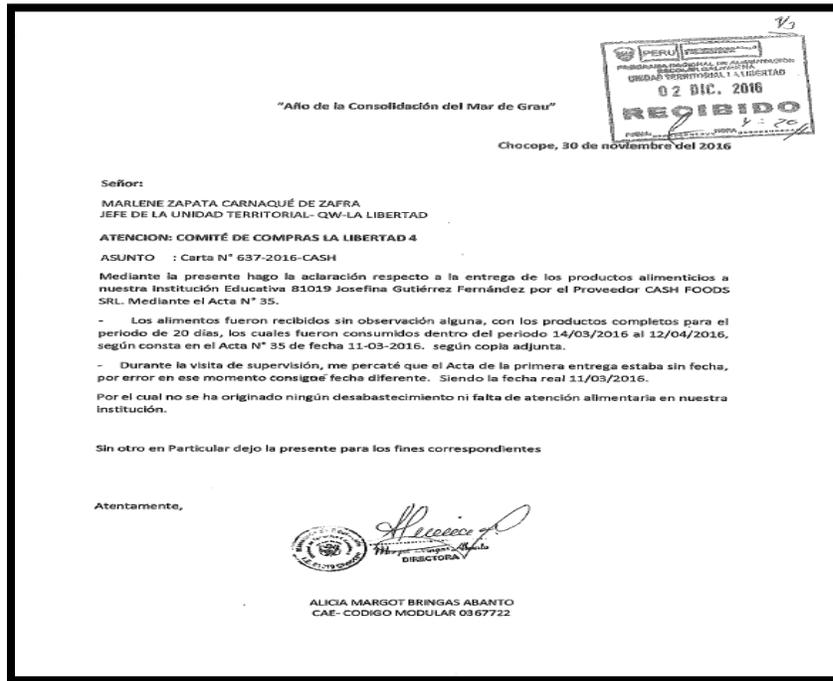


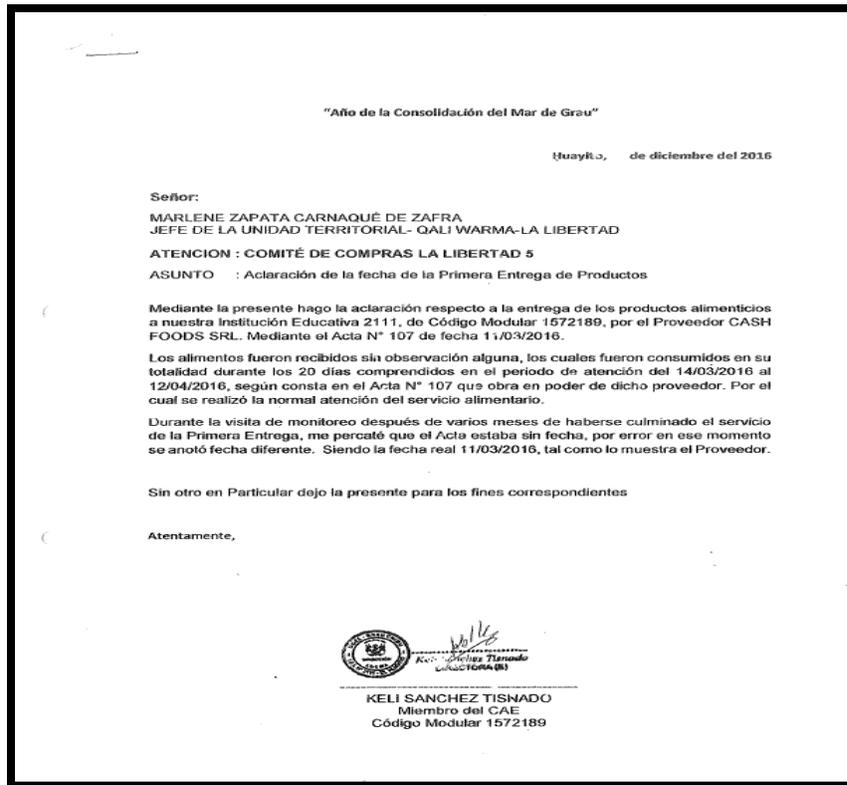
De la comparación de las tres (3) cartas, se aprecia que el encabezado es similar, desde la fecha hasta la referencia, cambiando únicamente los datos del número de Acta y el número de Carta.

Luego, las tres (3) cartas empiezan su segundo párrafo señalando: “*Que hago una aclaración con respecto a la entrega de alimentos a mi Institución Educativa (...) realizada por la empresa CASH FOODS S.R.L. (...)*”. Luego, en el primer numeral en que hacen referencia al Monitor, es casi idéntica en dichas cartas. En el segundo numeral, empiezan las tres cartas con “*Al momento de mostrar el acta al Monitor (...)*”.

Lo analizado en las mencionadas cartas lleva a inferir al **TRIBUNAL ARBITRAL** que dichas actas no han sido redactadas por sus firmantes, pues responden a un formato preestablecido en el que únicamente se cambian algunos datos relativos a la institución educativa, código modular y número de actas. En otras palabras, las cartas bajo análisis, no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

105. Respecto de las cartas de **BRINGAS ABANTO** y **SÁNCHEZ TISNADO**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** efectuará una comparación de estas:





Del análisis de las dos (2) cartas, se aprecia que el primer párrafo guardan similitud al señalar que: *"Mediante la presente hago la aclaración respecto a la entrega de los productos alimenticios a nuestra Institución Educativa, por el Proveedor CASH FOODS SRL. Mediante el Acta N°"*.

El segundo párrafo empiezan las cartas señalando que: *"Los alimentos fueron recibidos sin observación alguna (.....)"*.

El tercer párrafo de ambas cartas, también guardan similitud en la redacción al señalar que: *"Durante la visita de monitoreo/supervisión (...), me percaté que el Acta (...) estaba sin fecha, por error en ese momento consigné/se anotó fecha diferente. Siendo la fecha real (...)"*.

Nuevamente se tiene que, de lo analizado en las mencionadas cartas, lleva a inferir al **TRIBUNAL ARBITRAL**, que dichas actas no han sido redactadas por sus firmantes, pues responden a un formato preestablecido en que únicamente se cambian algunos datos relativos a la institución educativa, código modular y número de actas. En otras palabras, las cartas bajo análisis, no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

106. Finalmente, respecto de las cartas suscritas por **SEGURA SALAZAR** y **GRAUS ROSALES**, el Tribunal Arbitral una comparación entre éstas:


Chagual 19 de Enero del 2017

Señora:
MARLENE ZAPATA CARNAQUÉ DE ZAPATA
JEFA DE LA UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD - PROGRAMA QALSWARMA

TRUJELO.-
ASUNTO: ACLARACION SOBRE ACTA SUPERVISION A LA LE. 80746 - INICIAL Y PRIMARIA
REFERENCIA: Carta N°013-2017-CASH
CC.: EMPRESA CASH FOODS SRL

Yo Rosameida Segura Salazar, identificada con DNI N°318901605, presidenta del CAE de la Institución Educativa 80746 del nivel inicial con código modular N°1683226 y nivel primaria con código modular N°0214072 me presento y expreso lo siguiente:

Que el día 19 de enero del 2017 a horas 10 de la mañana recibí la carta N°013-2017-CASH solicitándome una aclaración de la segunda entrega de productos efectuada a nuestra Institución Educativa; correspondiente al periodo de atención del 13/04/2016 al 07/06/2016.

En mi condición de miembro de CAE manifiesto que tuve la visita del monitor el día 23/12/2016 a horas 11:30 de la mañana permaneciendo en la institución educativa hasta las 12 del mediodía, donde me pidió que firmara las actas de supervisión del nivel inicial y primaria lo cual lo firmé considerando el buen actuar del monitor.

Al respecto manifiesto que al verificar dicha acta de supervisión he quedado sorprendida cuando en dicha acta está consignada que yo he alcanzado copia de las acta de recepción lo cual es FALSO así mismo las fechas de recepción que está en el acta de supervisión no se ajusta a las fechas de recepción de productos de las actas N°61 de primaria y N°82 de inicial que se encuentran en mi poder; reconozco mi ERROR de no haber leído el **CONTENIDO** de dicha acta por haber estado ocupado en asuntos propios de la Institución Educativa, ya que en ningún momento le enseñé las actas que tengo en mi poder y en ningún momento tampoco le di la fecha de la recepción de dichos productos con respecto a la segunda entrega.

Para lo cual hago la **ACLARACIÓN** que los productos fueron recepcionados en forma oportuna y sin alguna observación el día **11/04/2016** en mi Institución Educativa en el nivel inicial y primaria tal como consta en las actas N°61 y 82 que tengo en mi poder y para lo cual adjunto a este documento haciendo la **ACLARACIÓN RESPECTIVA**.

Sin otro particular

Atentamente:

ROSAMEIDA SEGURA SALAZAR
DNI N° 318901605



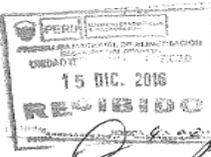
La Esperanza 15 de diciembre del 2016

Señora:
MARLENE ZAPATA CARNAQUÉ DE ZAFRA
JEFA DE LA UNIDAD TERRITORIAL LA LIBERTAD - TRUJILLO

ATENCIÓN: COMITÉ DE COMPRA LA LIBERTAD 4

ASUNTO: Aclarar fecha de acta de entrega alimentos Acta N°429665

REFERENCIA: CARTA 675-2016-CASH



Yo VIOLETA DEL PILAR GRAUS ROSALES, identificada con DNI N°40726322 miembro del CAE de la I.E. TRAVESURAS con Código Modular N°3881130, ante Uds. con el debido respeto me presento y expongo lo siguiente:

Que el día 03 de Octubre me visito el Monitor PEDRO DÍAZ ESPINOZA solicitándome mi acta de recepción de productos entregándole el acta N° 429665 en la cual estaba la conformidad de recepción de productos sin observaciones y la fecha de recepción de los productos 18/08/2016 al alcanzar dicho documento el monitor me preguntó que si esa era la fecha y yo le recalque que sí, ante esta respuesta me volvió a preguntar nuevamente sorprendiéndome porque me preguntaba con insistencia, como tuvo el acta en su poder modificó la fecha por 19/08/2016 con lapicero de color azul habiendo estado la fecha de recepción 18/08/2016 que yo consigné en mi acta al momento de recepcionar los productos, ante esta situación me indicó que tenía que firmar el acta de supervisión para no tener problemas, pensando que el monitor estaba facultado en cambiar fechas.

En tal sentido y en honor a la verdad hago la aclaración que el producto se recepcionó el 18/08/2016 tal como indica el acta antes de ser modificada y que es la misma acta que tiene en su poder el Proveedor.

Es todo cuanto tengo que informar;

Atentamente



VIOLETA DEL PILAR GRAUS ROSALES
DNI N°40726322
Integrante Comité CAE

El **TRIBUNAL ARBITRAL** observa en ambas cartas que, el primer párrafo es similar cambiando únicamente los datos personales del suscriptor, los datos de la Institución Educativa y el código modular. Luego, el segundo párrafo de la carta de **SEGURA SALAZAR**, con el segundo párrafo de la carta de **GRAUS ROSALES**, también guardan similitud pues hacen referencia a la visita del Monitor. Finalmente, la redacción del último párrafo de dichas cartas, también guardan similitud debido a que hacen referencia a la *aclaración que los productos fueron recepcionados el, tal como consta/indica las actas/el acta.*

Nuevamente, se tiene que de lo analizado en las mencionadas cartas, lleva a inferir al **TRIBUNAL ARBITRAL**, que dichas actas no han sido redactadas por sus

firmantes, pues responden a un formato preestablecido en que se cambian algunos datos relativos a la institución educativa, código modular y número de actas.

En otras palabras, las cartas bajo análisis, no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

- 107.** A mayor abundamiento, al inicio del análisis de las cartas de miembros del **CAE**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** hizo hincapié en las fechas en que se elaboraron o redactaron dichas cartas. Así, fueron redactadas y/o presentadas al **PNAEQW**, en fecha posterior a las Resoluciones de Dirección Ejecutiva y Resoluciones Jefaturales¹¹ relativas al pago con penalidades. Por ejemplo, las cartas de **NARVAEZ SOTO** y **LOAYZA ALAMA** fueron presentadas al **PNAEQW** casi **tres (3) meses** después de emitidas las mencionadas Resoluciones Administrativas de pago con penalidades, cuando lo **diligente** hubiese sido que, en caso de existir algún presunto error en la consignación de las fechas en las Actas de Entrega y Recepción de Productos, debería ser subsanado inmediatamente o en fecha cercana, y no esperar recién a la expedición de dichas resoluciones para que las cartas bajo análisis sean tramitadas ante el **PNAEQW**; siendo este un argumento adicional para reafirmar que dichas cartas no generan convicción de veracidad en el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

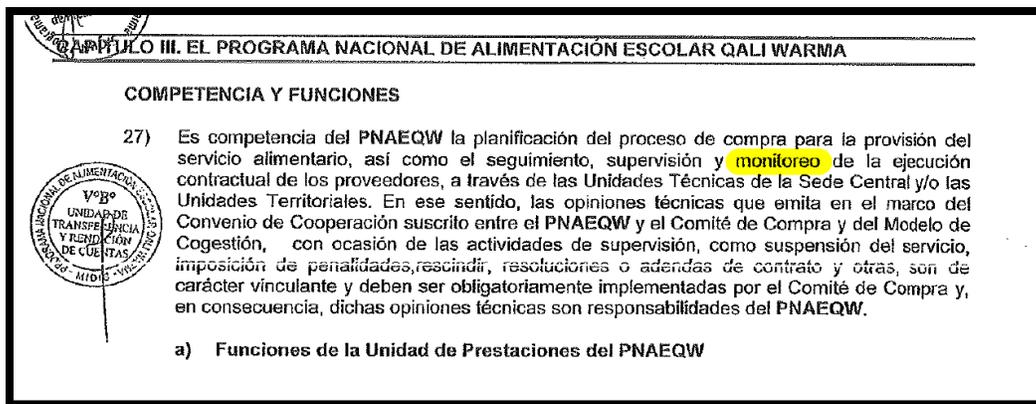
Participación de los Monitores de Gestión Local.

- 108.** Un argumento que expone **CASH** en su escrito de demanda para solicitar la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en once contratos, argumento ampliado en su escrito con sumilla Comentarios a la contestación de la demanda de fecha 6 de mayo de 2019, es el consistente en que *para la imposición de penalidades intervinieron agentes diferentes al Comité de Alimentación Escolar (CAE), a las Unidades Territoriales del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA y a la Unidad de Transferencia y Rendición de Cuentas – siendo éstos los citados*

¹¹ Las cuales obran de la página 761 a 809 de los medios probatorios presentados por CASH con su escrito con sumilla Subsanación de demanda, de fecha 27 de diciembre de 2018.

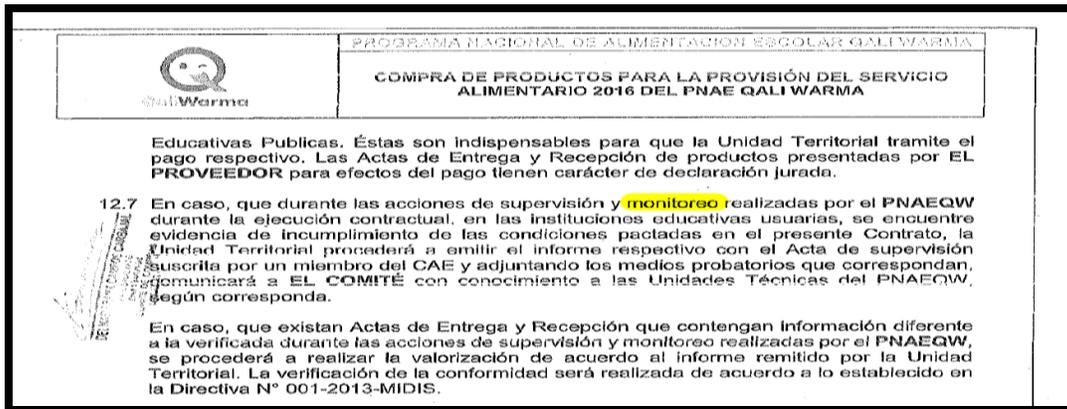
agentes competentes de acuerdo a los Acápites VI.6 y VI.7 de las Bases Integradas, en efecto, en estos casos intervinieron los Monitores de Gestión Local, quienes no tienen competencia jurídica para estos actos y actuaciones ya que el marco normativo aplicable a los contratos no le asignaban participación alguna.”.

- 109.** Ante lo señalado por **CASH**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá determinar si los Monitores de Gestión Local tienen o no alguna competencia jurídica en el proceso de aplicación de penalidades.
- 110.** Al respecto, se tiene que el artículo 27º del **MANUAL DE COMPRAS**, aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 30 de noviembre de 2015, señala lo siguiente respecto a la competencia y funciones del **PNAEQW**:



Es el caso que el **PNAEQW** es el competente para planificar el proceso de compra para la provisión de alimentos, así como el seguimiento, supervisión y **monitoreo** de la ejecución contractual de los proveedores.

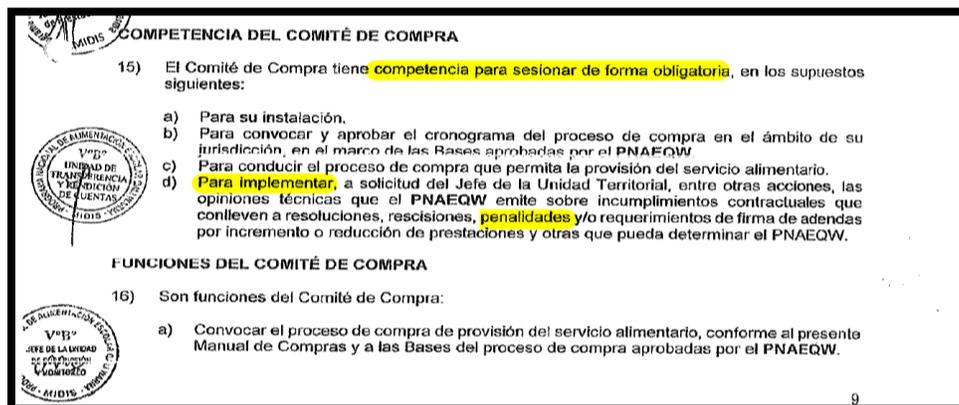
- 111.** Por otro lado, en el numeral 12.7 de la cláusula décimo segunda de los **CONTRATOS**, se señala lo siguiente:



112. Estando a lo señalado en los considerandos precedentes, se aprecia que el **PNAEQW** tiene como una de sus funciones las acciones de supervisión y **monitoreo** de la ejecución contractual, debe hacer el seguimiento a los contratos suscritos entre los Comités de Compra y los proveedores, por ejemplo, que los proveedores cumplan con las prestaciones a su cargo de manera íntegra y dentro de los plazos establecidos.
113. En dicho contexto del **monitoreo**, el **PNAEQW** tiene a su cargo al Monitor de Gestión Local, quien supervisa en las Instituciones Educativas que los proveedores hayan cumplido las prestaciones a su cargo en la cantidad establecido y dentro de los plazos pactados.
114. Consecuentemente, los Monitores de Gestión Local tienen un marco legal previsto en el **MANUAL DE COMPRAS** y contractual contenido en la el numeral 12.7 de la cláusula décimo segunda de los **CONTRATOS**, motivo por el cual la argumentación efectuada por **CASH** no tiene sustento legal alguno, no encontrándose incurso en la causal de nulidad invocada por **CASH**, esto es en la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 219° del Código Civil.

Sesiones de los Comités de Compra

115. Un argumento de **CASH** para cuestionar la aplicación de las penalidades y solicitar la invalidez jurídica de las mismas, consiste en que la potestad de aplicar penalidades por parte del Comité de Compras, requiere estar precedido de una sesión de sus integrantes como lo exige el literal d) del artículo 15° del **MANUAL DE COMPRAS**. Agrega **CASH** que en las cartas notariales no se encuentran motivadas y no hace referencia a sesión alguna por parte de los integrantes de los respectivos comités de compra, en la que se deje constancia de que éstos han sesionado y acordado la imposición de penalidades.
116. Al respecto, se tiene que el literal d) del artículo 15° del **MANUAL DE COMPRAS**, señala lo siguiente respecto a las sesiones del Comité de Compras para la aplicación de penalidades:



117. Entonces, en dicho marco legal, deben existir sesiones obligatorias por parte del Comité de Compra para implementar las opiniones técnicas del **PNAEQW**, que conlleven a penalidades.

118. Es el caso que, mediante Decisión N° 10, de fecha 26 de junio de 2019, el **TRIBUNAL ARBITRAL** decidió en su Sexto Punto Resolutivo, ordenar al **PNAEQW** y los **COMITÉS** la presentación o, de ser el caso, manifiesten las razones de inexistencia, de las Actas donde se dejaron constancia de los acuerdos por parte de los **COMITÉS** para la imposición de penalidades por dichos colegiados.
119. Ante dicho mandato del **TRIBUNAL ARBITRAL**, mediante escrito recepcionado el 23 de agosto de 2019, con sumilla Presentamos medios probatorios requeridos, el Procurador Público del **MIDIS** cumple con presentar siete Actas de Sesión:

Comité de Compra La Libertad 2:

- Acta N° 0002-2016-CC-LALIBERTAD 2 de fecha 27 de octubre de 2016, mediante la cual se aprobó implementar la aplicación de penalidad por la suma de S/. 372,671.85
- Acta N° 025-2019-CC-LA LIBERTAD de fecha 05 de agosto de 2019, mediante la cual se ratificó¹² la decisión de aprobar la implementación de aplicación de penalidad por la suma de S/. 210,887.39

Comité de Compra La Libertad 4:

- Acta N° 042-2016-CC-LA LIBERTAD 4 de fecha 15 de setiembre de 2016, mediante la cual se aprobó implementar la penalidad por la suma de S/. 96,414.59
- Acta N° 051-2016-CC-LA LIBERTAD 4 de fecha 12 de octubre de 2016, mediante la cual se aprobó implementar la penalidad por la suma de S/. 114,643.12
- Acta N° 062-2016-CC-LA LIBERTAD 4 de fecha 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se aprobó implementar la penalidad por la suma de S/. 24,944.89

¹² Se dice ratificación, pues en dicha Acta se explica que el Acta de sesión del comité que aprobó la aplicación de penalidades, se destruyó debido a las intensas lluvias generadas por el Fenómeno del Niño 2017.

- Acta N° 027-2019-CC-LA LIBERTAD de fecha 05 de agosto de 2019, mediante la cual se ratificó¹³ la decisión de aprobar la implementación de aplicación de penalidad por la suma de S/. 19,484.34

Comité de Compra La Libertad 5:

- Acta N° 022-2019-CC-LA LIBERTAD de fecha 05 de agosto de 2019, mediante la cual se ratificó¹⁴ la decisión de aprobar la implementación de aplicación de penalidad por la suma de S/. 208,025.81

- 120.** Es el caso que, mediante Decisión N° 12, de fecha 27 de agosto de 2019, el **TRIBUNAL ARBITRAL** decidió correr traslado a **CASH** del escrito presentado por el **PNAEQW** el 23 de agosto de 2019. Sin embargo, mediante Decisión N° 14 el **TRIBUNAL ARBITRAL** dejó constancia que **CASH** no cumplió con absolver el traslado otorgado mediante Decisión N° 12, y se admitieron los medios probatorios referidos a los documentos presentados por el **PNAEQW** el 23 de agosto de 2019.
- 121.** El **TRIBUNAL ARBITRAL** aprecia que, no existe objeción formal alguna por parte de **CASH** a las siete (7) anteriores Actas de Sesión, no invoca la nulidad o falsedad de las mismas. Lo único que incide **CASH** en su escrito de Alegatos de fecha 07 de abril de 2022, radica en el tema que al *momento de tomarse las testimoniales de los presidentes de estos comités de compra expresaron en forma clara y espontánea que no habían sesionado con relación a la temática de las penalidades impuestas a nuestra representada CASH FOODS SRL.*
- 122.** Al respecto, **CASH** debe tener presente que las Actas de Sesión presentadas por **QALI WARMA** mediante escrito del 23 de agosto de 2019, **no han sido materia de nulidad, ineficacia y/o invalidez** por dicha parte procesal (CASH), **no constituye punto controvertido** señalado en la Decisión N° 10, de fecha 26 de junio de 2019,

¹³ Se dice ratificación, pues en dicha Acta se explica que el Acta de sesión del comité que aprobó la aplicación de penalidades, se destruyó debido a las intensas lluvias generadas por el Fenómeno del Niño 2017.

¹⁴ Se dice ratificación, pues en dicha Acta se explica que el Acta de sesión del comité que aprobó la aplicación de penalidades, se destruyó debido a las intensas lluvias generadas por el Fenómeno del Niño 2017.

motivo por el cual dichas Actas de Sesión surten todos sus efectos legales para la aplicación de las respectivas penalidades a **CASH**.

- 123.** Siendo esto sí, se tiene que a la Audiencia de Declaración Testimonial realizada el 11 de noviembre de 2021, asistieron en calidad de testigos los señores Delmar Frank Campos Carbajal por parte del Comité de Compra La Libertad 2; y el señor Elvis Rober Bacilio Rodríguez, por parte del Comité de Compra La Libertad 5. Sus declaraciones, en nada enervan lo señalado en el considerando anterior, debido a que el **TRIBUNAL ARBITRAL** no puede pronunciarse respecto de Actas de Sesión que no han sido cuestionadas formalmente, mediante una pretensión o una cuestión probatoria formulada por **CASH** que tienda a enervar sus efectos legales. El **TRIBUNAL ARBITRAL** debe pronunciarse únicamente sobre lo que es materia de controversia, pues introducirse a cuestionar la validez de las mencionadas Actas, implicaría resolver más allá de lo pretendido por las **PARTES**, cosa que está vedada en sede arbitral.
- 124.** En consecuencia, al no ser cuestionadas formalmente las mencionadas Actas de Sesión, las mismas surten sus efectos legales para la aplicación de las respectivas penalidades.
- 125.** Respecto a la motivación de las cartas notariales mediante las cuales se aplican penalidades a **CASH**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** observa que las mismas se encuentran debidamente motivadas al indicarse con claridad y precisión el origen o causa de las penalidades impuestas. Para llegar a dicha conclusión, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha procedido a revisar las siguientes cartas notariales:
- Carta Notarial Nro. 001-2016-CC LA LIBERTAD 2 de fecha 10 de enero de 2017.
 - Carta Notarial Nro. 002-2016-CC LA LIBERTAD 2 de fecha 10 de enero de 2017.
 - Carta Nro. 005-2017-CC LA LIBERTAD 5-Productos de fecha 01 de febrero de 2017.
 - Carta Nro. 031-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 22 de noviembre de 2016.
 - Carta Nro. 16-2017-CC LA LIBERTAD de fecha 02 de febrero de 2017.

- Carta Nro. 005-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 15 de setiembre de 2016.
- Carta Nro. 016-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 12 de octubre de 2016.
- Carta Nro. 017-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 12 de octubre de 2016.
- Carta Nro. 029-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 22 de noviembre de 2016.
- Carta Nro. 015-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 12 de octubre de 2016.
- Carta Nro. 004-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 15 de setiembre de 2016.
- Carta Nro. 001-2016-CC LA LIBERTAD 4 de fecha 15 de setiembre de 2016.

Consecuentemente, al encontrarse debidamente motivadas dichas cartas notariales, señalando con claridad y precisión el origen de las penalidades, el **TRIBUNAL ARBITRAL** concluye que dichas cartas no tienen causal de invalidez alguna.

- 126.** Luego, el **TRIBUNAL ARBITRAL** observa el petitorio de la demanda de **CASH** y la primera cuestión controvertida señalada en la Decisión N° 10:

*“Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la **ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la demanda**, ascendentes a un monto de S/ 1’055,415.53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), disponiéndose una nueva liquidación y que se ordene la devolución de los montos vinculados a dichas penalidades.”*

Respecto a la pretensión, MONROY¹⁵ señala que la pretensión procesal tiene como elemento central, el pedido concreto, aquello que en el campo de la realidad el pretensor quiere sea una actuación de lo pretendido.

- 127.** Siendo esto así, **CASH** no señala con claridad y precisión qué documento en específico y en concreto resulta ineficaz y/o nulo, qué número de carta por la cual se

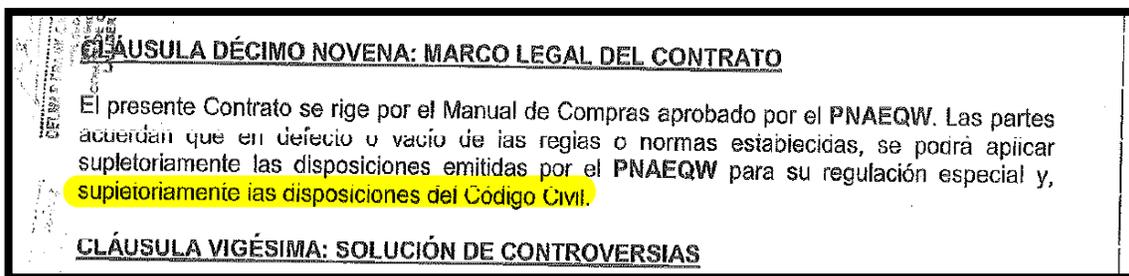
¹⁵ Citado por CASTILLO FREYRE y otros, ob. cit., pág. 531.

notifica a **CASH** la aplicación de penalidades resultaría ineficaz o nula¹⁶, qué número de Resolución Directoral Ejecutiva o Resolución Jefatural que aprueba la transferencia financiera a favor de los Comités de Compra con aplicación de penalidades resultaría ineficaz o nula. Como se observa de la pretensión formulada por **CASH**, resulta ser demasiada genérica al solicitar la ineficacia y/o nulidad de las penalidades impuestas, por lo que el **TRIBUNAL ARBITRAL**, al ser imparcial e independiente, no podría colocarse en la posición de **CASH** a fin de determinar qué documento resultaría ser ineficaz y/o nulo. Las **PARTES** son las responsables de formular sus pretensiones con claridad y precisión, no pudiendo ser reemplazados en dicha labor por el **TRIBUNAL ARBITRAL**.

128. En consecuencia, de lo analizado por el **TRIBUNAL ARBITRAL** respecto a los argumentos esgrimidos por las **PARTES** con relación a la primera pretensión de la demanda de **CASH**, y evaluados los medios probatorios, se puede concluir que no existe ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los **CONTRATOS**, motivo por el cual el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda interpuesta por **CASH**, referida a que el **TRIBUNAL ARBITRAL** declare la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la demanda, ascendentes a un monto de S/ 1'055,415.53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), disponiéndose una nueva liquidación y que se ordene la devolución de los montos vinculados a dichas penalidades.
129. En vista que el Tribunal Arbitral ha declarado **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda interpuesta por **CASH**, no se debe perder de vista que existe una segunda pretensión que forma parte de la primera cuestión controvertida:
- En caso no se declare fundado el punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que se reduzcan las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346° del Código Civil.

¹⁶ El Tribunal Arbitral tuvo que revisar y analizar las cartas notariales que obran en el expediente arbitral, a fin de determinar si contenían o no algún vicio de invalidez.

130. Respecto a dicha pretensión, la posición de **CASH** se sustenta en el hecho que, conforme al artículo 1346º del Código Civil el juez a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida.
131. Agrega **CASH** que, en el presente caso la fórmula propuesta para aplicar las penalidades en los **CONTRATOS** es en base al **Monto del Contrato**, lo cual es a todas luces groseramente excesivo; es decir, si el contrato se tiene que ejecutar durante todo un periodo escolar que dura casi un (1) año, de lunes a viernes durante el dictado de las clase escolares, y se incumple con no entregar o entregar con retraso un determinado día al colegio estipulado en el respectivo contrato, la base de la penalidad no va ser por el monto total de la prestación inejecutada o ejecutada tardíamente ese día sino por el valor total del contrato.
132. Estando a la pretensión de **CASH**, referida a la reducción de penalidades, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá analizar en primer lugar si a la presente controversia resulta de aplicación o no el Código Civil.
133. Es el caso que en la cláusula décimo novena de los **CONTRATOS** se señala lo siguiente:



Según se aprecia de dicho pacto contractual, el Código Civil resulta ser de aplicación supletoria, en caso de defecto o vacío de las reglas o normas establecidas en el

contrato o en el **MANUAL DE COMPRAS**, se podrán aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el **PNAEQW** y, supletoriamente por el Código Civil.

134. El tema de las penalidades se encuentra regulado en la cláusula décimo quinta de los **CONTRATOS**, indicándose en el numeral 15.6 las causales que originan la aplicación de penalidades. Sin embargo, no se encuentra prevista la reducción de las penalidades.
135. Luego, en el **MANUAL DE COMPRAS**, aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 30 de noviembre de 2015, se aprecia en los numeral 91) a 96) la regulación de la aplicación de las penalidades, no encontrándose previsto el tema de la reducción de las penalidades. Solamente se aprecia en el numeral 94), que regula el supuesto de *no aplicación de penalidades*.
136. Finalmente, en las **BASES INTEGRADAS** de los procesos de compra, se ha previsto, en el acápite VI.7, el tema de la Aplicación de Penalidades y la no aplicación de penalidades, no estando previsto la reducción de penalidades.
137. Entonces, al no estar prevista la reducción de penalidades en los **CONTRATOS**, ni en el **MANUAL DE COMPRAS** ni en las **BASES INTEGRADAS**, supletoriamente resulta de aplicación el Código Civil para resolver la presente pretensión, debido a que en dicho cuerpo normativo se encuentra regulado la reducción de penalidades.
138. Siendo esto así, el **TRIBUNAL ARBITRAL** pasará a analizar el tema jurídico de la reducción de penalidades.
139. La reducción de penalidades se encuentra prevista en el artículo 1346° del Código Civil, y faculta al Juez a reducir *equitativamente* la pena cuando sea *manifiestamente excesiva*. Vemos pues, que el legislador adopta un criterio subjetivo pues no señala parámetro alguno para determinar cuándo una penalidad es *manifiestamente*

excesiva. Quedará a criterio del Árbitro determinar si una penalidad resulta manifiestamente excesiva o no. Así, OSTERLING y CASTILLO¹⁷ señalan lo siguiente:

“A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no sólo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera”.

- 140.** Entonces, a fin de determinar si la penalidad aplicada es **manifiestamente excesiva o no**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá analizar el pacto de las penalidades realizadas entre las partes contractuales, así como su aplicación a cada caso.
- 141.** Pues bien, como bien señala **CASH** en el segundo párrafo de la página 8 de su escrito de demanda, la aplicación de penalidades se debió por haber incurrido en la causal 1 **“No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato”** y en la causal 2 **“Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas”**. En dicho contexto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá analizar qué dicen los **CONTRATOS** y las **BASES INTEGRADAS** sobre el particular.
- 142.** En el numeral VI.7 de las **BASES INTEGRADAS** se señala con claridad y precisión el monto de las penalidades por dichas causales:

¹⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Lima, Palestra Editores, 2008, pág. 975.

 GaliWarma	PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION ESCOLAR GALI WARMA BASES INTEGRADAS DEL PROCESO DE COMPRA DE PRODUCTOS PARA LA PROVISION DEL SERVICIO ALIMENTARIO 2016 DEL PNAE GALI WARMA									
<p>e) 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.</p> <p>f) Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:</p>										
Causales referidas a la entrega de los productos										
<table border="1"> <thead> <tr> <th>N°</th> <th>Causales de incumplimiento</th> <th>Penalidad</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">1</td> <td>No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.</td> <td>0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">2</td> <td>Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas</td> <td>1% del monto total del contrato</td> </tr> </tbody> </table>	N°	Causales de incumplimiento	Penalidad	1	No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.	0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso	2	Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas	1% del monto total del contrato	
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad								
1	No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.	0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso								
2	Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas	1% del monto total del contrato								
Causales referidas a la calidad de los productos										

Se observa que respecto de la causal 1, el monto de la penalidad equivale al 0.5% del monto total del contrato por cada día de atraso; y por la causal 2, el monto de la penalidad equivale al 1% del monto total del contrato.

143. De igual manera, en el numeral 15.6 de la cláusula décimo quinta de los **CONTRATOS**, también se señala el monto de las penalidades por las causales 1 y 2:

<p>15.5 En caso que el monto de las penalidades aplicadas en el presente Contrato superen los montos pendientes de pago, los mismos serán descontados de la garantía de fiel cumplimiento o de la retención del 10% en caso de MYPE.</p>										
<p>15.6 Las penalidades se aplicaran de acuerdo con el siguiente detalle:</p>										
Causales referidas a la entrega de los productos										
<table border="1"> <thead> <tr> <th>N°</th> <th>Causales de incumplimiento</th> <th>Penalidad</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">1</td> <td>No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.</td> <td>0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">2</td> <td>Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas</td> <td>1% del monto total del contrato</td> </tr> </tbody> </table>	N°	Causales de incumplimiento	Penalidad	1	No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.	0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso	2	Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas	1% del monto total del contrato	
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad								
1	No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato.	0.5% del monto total del contrato por cada día de retraso								
2	Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas	1% del monto total del contrato								
Causales referidas a la calidad de los productos										
<table border="1"> <thead> <tr> <th>N°</th> <th>Causales de incumplimiento</th> <th>Penalidad</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td></td> <td>De comprobarse por parte de un organismo de inspección, v/o autoridad</td> <td></td> </tr> </tbody> </table>	N°	Causales de incumplimiento	Penalidad		De comprobarse por parte de un organismo de inspección, v/o autoridad					
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad								
	De comprobarse por parte de un organismo de inspección, v/o autoridad									

Al igual que en las **BASES INTEGRADAS**, en los **CONTRATOS** también se indica que respecto de la causal 1, el monto de la penalidad equivale al 0.5% del monto total del contrato por cada día de atraso; y por la causal 2, el monto de la penalidad equivale al 1% del monto total del contrato.

- 144.** El **TRIBUNAL ARBITRAL** no pierde de vista que al estar el monto de las penalidades libremente pactadas en los **CONTRATOS**, se debe tener presente la obligatoriedad de los mismos tal como lo establece el artículo 1361° del Código Civil, o más conocido como el pacta *sunt servanda*, vinculado al artículo 1362° del Código acotado cuando señala que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Entonces, desde las **BASES INTEGRADAS** y con la suscripción de los **CONTRATOS**, **CASH** tenía conocimiento del monto de las penalidades a aplicarse por las causales 1 y 2 señaladas en los considerandos anteriores, sabía que al incumplir sus obligaciones contractuales se le iba a aplicar dichas penalidades, a pesar de lo cual, **CASH** no ha probado a lo largo del proceso arbitral que haya objetado dichos porcentajes al momento de la firma de los **CONTRATOS** o que las partes hayan suscrito una adenda modificando los porcentajes de aplicación de penalidades señaladas para las causales 1 y 2.
- 145.** A pesar de que **CASH** está de acuerdo con los porcentajes para la aplicación de penalidades por las causales 1 y 2, en sede arbitral **CASH** señala que es groseramente excesivo la fórmula propuesta para aplicar las penalidades en los **CONTRATOS** sobre la base al Monto del Contrato. Para analizar dicho argumento, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá revisar los montos de las penalidades aplicadas en concreto a **CASH**.
- 146.** **CASH** señala en su escrito de demanda, que se le han aplicado penalidades por un monto total de S/ 1 055,415.53 soles, pero como bien lo señala el demandante, las penalidades impuestas no provienen de un (1) solo contrato, sino de once (11) contratos diferentes, motivo por el cual aparece dicha suma de dinero por concepto de aplicación de penalidades.

147. Luego, conforme se observa en el cuadro obrante en la página 8 del escrito de demanda, a **CASH** se le ha aplicado un total de **23 penalidades**: 21 penalidades por la causal referida a “**No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato**” y 2 penalidades por la causal 2 referida a “**Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas**”. Para un mejor análisis, dicho hecho se observa en el mencionado cuadro:

CONTRATO	ITEM	I.E.E.	CÓD. MOD.	PAGO SIN PENALIDAD			PAGO CON PENALIDAD					
				RESOLUCIÓN	FECHA	ENTREGA	RESOLUCIÓN	FECHA	ENTREGA	PENALIDAD	DIAS RETRASO	PENAL. (\$/)
003-2016-CC.LL.2	HUANCASPATA	82195	1582923	RDE 395-2016	18/04/2016	PRIMERA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	PRIMERA	23	276,566,71
003-2016-CC.LL.2	HUANCASPATA	82195	1582923	RDE 3533-2016	22/05/2016	SEGUNDA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	SEGUNDA	3	36,073,92
003-2016-CC.LL.2	HUANCASPATA	80453	0269852	RDE 5134-2016	21/07/2016	TERCERA	RJ 884-2016	13/10/2016	CUARTA	TERCERA	5	60,031,22
003-2016-CC.LL.2	BOLIVAR	1041	1010976	RDE 480-2016	19/04/2016	PRIMERA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	PRIMERA	10	128,305,13
001-2016-CC.LL.2	BOLIVAR	80097	0268193	RDE 480-2016	19/04/2016	PRIMERA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	PRIMERA	INCOMPL.	25,661,03
001-2016-CC.LL.2	BOLIVAR	80734	0268557	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	RJ 4869-2016	30/12/2016	QUINTA	QUINTA	2	25,633,31
004-2016-CC.LL.2	PATAZ	80746	1683226	RDE 3526-2016	22/06/2016	SEGUNDA	RJ 4792-2016	30/12/2016	QUINTA	SEGUNDA	2	31,287,92
003-2016-CC.LL.4	CHICAMA	81019	0367722	RDE 1466-2016	17/05/2016	PRIMERA	RJ 1388-2016	25/10/2016	SÉTIMA	PRIMERA	3	19,006,01
003-2016-CC.LL.4	CHICAMA	YONEL ARROYO SÁNCHEZ	0367177	RDE 5130-2016	21/07/2016	CUARTA	RJ 4190-2016	22/12/2016	OCTAVA	CUARTA	3	19,484,34
005-2016-CC.LL.4	EL PORVENIR 2	2252	1666302	RDE 1695-2016	18/05/2016	PRIMERA	RDE 7368-2016	09/09/2016	QUINTA	PRIMERA	4	36,385,88
005-2016-CC.LL.4	EL PORVENIR 2	2201	1655729	RDE 3647-2016	24/06/2016	TERCERA	RDE 7368-2016	09/09/2016	QUINTA	TERCERA	1	9,006,86
008-2016-CC.LL.4	LA ESPERANZA 1	1634	0513994	RDE 1687-2016	18/05/2016	PRIMERA	RDE 8046-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	6	49,588,62
008-2016-CC.LL.4	LA ESPERANZA 1	TRAVESURAS	3881130	RDE 8046-2016	22/09/2016	SEXTA	RJ 2749-2016	24/11/2016	OCTAVA	SEXTA	1	8,346,54
009-2016-CC.LL.4	LA ESPERANZA 2	ANG. NUEVO JERUSALEN	2983504	RDE 1114-2016	04/03/2016	PRIMERA	RDE 8045-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	6	47,234,87
014-2016-CC.LL.4	PAIJAN	80054	0214197	RDE 681-2016	22/04/2016	PRIMERA	RDE 8044-2016	22/09/2016	SEXTA	PRIMERA	3	17,816,63
014-2016-CC.LL.4	PAIJAN	S. SALVADOR	3095802	RDE 681-2016	22/04/2016	PRIMERA	RJ 1304-2016	24/10/2016	SÉTIMA	PRIMERA	1	5,938,88
015-2016-CC.LL.4	TRUJILLO 1	NIRA. SRA. PERP. SOCORRO	2956208	RDE 1369-2016	10/03/2016	PRIMERA	RDE 7371-2016	09/09/2016	QUINTA	PRIMERA	7	35,561,20
017-2016-CC.LL.4	TRUJILLO 3	81637	0690255	RDE 677-2017	22/04/2016	PRIMERA	RDE 6953-2016	01/09/2016	QUINTA	PRIMERA	3	15,460,65
002-2016-CC.LL.5	CASCAS	2111	1572189	RDE 866-2016	27/04/2016	PRIMERA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	PRIMERA	9	104,012,90
002-2016-CC.LL.5	CASCAS	81997	1156108	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	TERCERA	2	23,113,98
002-2016-CC.LL.5	CASCAS	81656	0690339	RDE 7963-2016	21/09/2016	QUINTA	RJ 4709-2016	29/12/2016	NOVENA	QUINTA	2	23,113,98
002-2016-CC.LL.5	CASCAS	80340	0211722	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	TERCERA	3	34,670,97
002-2016-CC.LL.5	CASCAS	821289	1157536	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	RJ 4859-2016	30/12/2016	TERCERA	TERCERA	INCOMPL.	23,113,98
TOTAL												1.055,415,53

En dicho cuadro se observa con claridad y precisión los días de atraso y la penalidad aplicada por dichos días de atraso.

Entonces, estando a lo indicado en el cuadro, se podría concluir que ¿las penalidades aplicadas son *groseramente excesivas* al calcularse sobre el monto del contrato?. Pues bien, el **TRIBUNAL ARBITRAL** observa que, analizado dicho cuadro, las penalidades aplicadas **individualmente para cada caso o Institución Educativa** en

concreto, no resultan *groseramente excesivas*, sino que han sido aplicadas por los días de atraso en que ha incurrido **CASH**, y la lógica consecuencia es la aplicación de penalidades.

Por ejemplo, en la primera línea del cuadro se aprecia que a **CASH** se le aplica una penalidad de S/ 276,566.71 soles, pero dicho monto resultante se origina por **23 días de atraso** en la entrega de productos. El segundo monto que analizaremos es el ubicado en la cuarta línea del cuadro correspondiente a la II.EE. 2041, en el que se aprecia que la penalidad aplicada asciende a la suma de 128,305.13, pero dicho monto ha sido calculado debido a que CASH ha tenido **10 días de atraso** en la entrega de productos.

- 148.** Como es lógico, a más días de atraso, mayor resultaría la penalidad a imponerse, como ha ocurrido en el presente caso. Se observa en el mencionado cuadro, los reiterados atrasos que ha tenido **CASH** en la entrega de los productos, y en dos oportunidades entregó los productos incompletos, lo que originó la aplicación de **23 penalidades diferentes** las cuales suman en total S/ 1 055,415.53 soles. Dicha suma total aislada, parecería *groseramente excesivo* en palabras de **CASH**, pero las penalidades aplicadas deben ser observadas **individualmente**, las cuales han sido calculadas en base a un porcentaje del monto total del contrato, no pudiendo considerarse *grosero* o manifiestamente excesivo que por la causal 1 referida a “No entregar los productos en la fecha establecida en el contrato”, la penalidad sea el **0.5% del monto total del contrato por cada día de atraso**; y por la causal 2 referida a “Entrega incompleta de productos en una o más Instituciones Educativas”, la penalidad sea el **1% del monto total del contrato**.
- 149.** Para OSTERLING y REBAZA¹⁸, dicha desproporción referida a que la pena sea excesiva, debe ser “manifiesta”, abiertamente abusiva, hecho que, a criterio del **TRIBUNAL ARBITRAL**, no ocurre en el presente caso. En efecto, en el presente caso

¹⁸ OSTERLIN PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones. En: *Ius Et Veritas* 30, año 2005, pág. 159. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1087>

no existen elementos de juicio suficientes que demuestren o acrediten que la penalidad resulta ser excesiva o abusiva; además, no se pierde de vista que **CASH** no ha señalado en su demanda o a lo largo del proceso arbitral, en qué monto debería reducirse la penalidad. Si bien señala **CASH** que la penalidad debe calcularse sobre el monto de la prestación total por día del contrato, no ha realizado ningún cálculo aritmético que permita observar a cuánto ascendería el nuevo monto de la penalidad.

150. En consecuencia, no habiendo acreditado ni probado su pretensión, debe ser declarada **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda de **CASH** referente a reducir las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346° del Código Civil, considerando el carácter y naturaleza indemnizatoria de éstas.

B. TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA.

151. La segunda cuestión controvertida vinculada a la tercera pretensión de la demanda, es la siguiente:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no disponer el pago de intereses compensatorios y moratorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución, el cual deberá computarse desde la fecha en que fueron impuestas.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

152. **CASH** no presenta fundamentos para sustentar la segunda cuestión controvertida.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

- 153.** Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** indican que, con el fin de no ser reiterativos reproducen en la presente pretensión lo señalado en su absolucón del primer y segundo punto controvertido (SIC), además que el demandante no desarrolla de forma ni modo alguno los fundamentos de esta pretensión por lo que no se puede amparar esta pretensión por el solo hecho de enunciarla.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 154.** El **TRIBUNAL ARBITRAL** aprecia de la segunda pretensión controvertida, que **CASH** pretende que se le pague los intereses moratorios y compensatorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución.
- 155.** Pues bien, respecto a la devolución de las penalidades, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha resuelto declarar **INFUNDADA** la primera pretensión, es decir no se ha ordenado devolución de suma de dinero alguna a **CASH**; tampoco se ha ordenado la reducción de las penalidades impuestas a **CASH**. Entonces, al no existir suma de dinero alguna que deba ser devuelta a **CASH**, la lógica consecuencia es que tampoco pueden generarse el pago de intereses alguno, pues no existe capital o suma de dinero sobre el cual deban calcular los intereses.
- 156.** En consecuencia, teniendo en cuenta lo resuelto en la primera y segunda pretensión de la demanda, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, consistente en que se disponga la cancelación de los intereses compensatorios y moratorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución, los que deberán liquidarse desde la fecha en que fueron ilegalmente impuestas.

C. QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

157. La quinta pretensión de la demanda, vinculada a la cuarta cuestión controvertida es la siguiente:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, declarar nula y/o se declare la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y se disponga el retiro de dicha sanción consignada en el portal web de dicho programa social.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

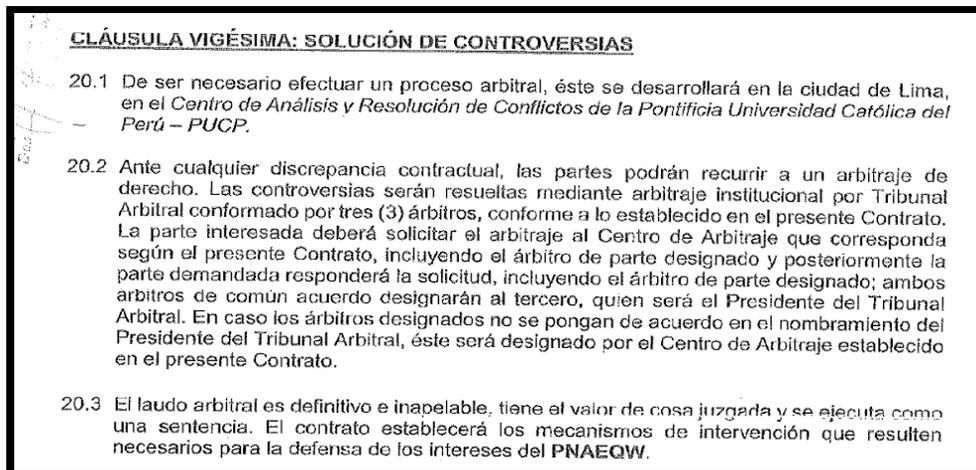
158. **CASH** no presenta fundamentos para sustentar la cuarta cuestión controvertida.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

159. Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** señalan que, el registro de Postores con Contratos resueltos o con puntaje negativo que administra el Programa Qali Warma es de competencia de la citada Entidad y el tribunal arbitral no resulta competente para determinar los alcances, términos y condiciones en que se incluye o excluye a un contratista de dicho Registro; toda vez que el convenio arbitral regulado por las partes suscribientes del mismo limita la actuación del colegiado a lo estrictamente previsto en el contrato materia de controversia y cualquier litigio derivado de éste y en relación al acto jurídico que vincula al comité y el consorcio, por lo que se concluye que el tribunal arbitral carece de competencia para su análisis y pronunciamiento.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 160.** Estando a la pretensión señalada por **CASH**, se tiene que **TRIBUNAL ARBITRAL** observa que el vínculo contractual existente entre las **PARTES** se encuentra en once (11) contratos suscritos entre las partes: (1) Contrato N° 001-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS. (2) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS (3) Contrato N° 004-2016-CC-LA LIBERTAD 2/PRODUCTOS (4) Contrato N° 003-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (5) Contrato N° 005-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (6) Contrato N° 008-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (7) Contrato N° 009-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (8) Contrato N° 014-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (9) Contrato N° 015-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (10) Contrato N° 017-2016-CC-LA LIBERTAD 4/PRODUCTOS (11) Contrato N° 002-2016-CC-LA LIBERTAD 5/PRODUCTOS.
- 161.** Los **CONTRATOS** tienen como común denominador la cláusula vigésima relativa a la solución de controversias, la cual señala lo siguiente:



- 162.** Como se observa de dicha **cláusula vigésima**, las **PARTES** pueden acudir a un proceso arbitral en caso exista cualquier discrepancia **originada** en los **CONTRATOS**. Lo pactado en los **CONTRATOS** por las **PARTES**, resulta de

obligatorio cumplimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1361° del Código Civil el cual señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos o, también conocido como el *pacta sunt servanda*.

- 163.** Pues bien, el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del **MIDIS**, señala en su escrito de contestación de demanda de fecha febrero de 2019, que el registro de postores con contratos resueltos o con puntaje negativo que administra el **PNAEQW** es de competencia de dicha Entidad y el **TRIBUNAL ARBITRAL** no resulta competente para determinar los alcances, términos y condiciones en que se incluye o excluye a un contratista de dicho Registro.
- 164.** Estando a lo señalado por el mencionado Procurador Público, que defiende los intereses del **PNAEQW**, se tiene que el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 señala que el **TRIBUNAL ARBITRAL** es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida. Respecto a dicho artículo 41°, **CASTILLO FREYRE** y otros¹⁹ señalan que la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia se conoce comúnmente como *kompetenz*.
- 165.** Entonces, en dicho contexto jurídico, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá determinar si la pretensión formulada por **CASH** surge o no de alguna discrepancia que tengan las **PARTES** y que surja o este contenida en los **CONTRATOS**, debido a que las **PARTES** han pactado que el **TRIBUNAL ARBITRAL** es competente únicamente para conocer las controversias o discrepancias que surjan de los **CONTRATOS**, conforme se observa de la glosada cláusula vigésima.
- 166.** Estando a lo analizado por el **TRIBUNAL ARBITRAL**, se tiene que la pretensión de **CASH** consiste en que el **TRIBUNAL ARBITRAL** declare nula y/o se declare la

¹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CHIPANA CATALÁN, Jhoel y CASTRO ZAPATA, Laura. La Ley de Arbitraje – Análisis y Comentarios a diez años de su vigencia. Gaceta Jurídica, 2018, pág. 546.

ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el **PNAEQW**, y se disponga el retiro de dicha sanción consignada en el portal web de dicho programa social; sin embargo, lo solicitado por **CASH**, relativo a la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes, no se trata de una discrepancia que surge o aparece con la suscripción de los **CONTRATOS**, por lo que excede la competencia del **TRIBUNAL ARBITRAL** la cual debe ceñirse estrictamente al convenio arbitral previsto en la cláusula vigésima de los **CONTRATOS**, esto es, a las controversias que surjan de dichos documentos contractuales.

- 167.** A mayor abundamiento, la **aplicación de puntaje negativo** lo encontramos en el numeral 49 del **MANUAL DE COMPRAS**²⁰, aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 8869-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 30 de noviembre de 2015, el cual regula las contrataciones que realicen los Comités de Compra; y si **CASH** considera no estar de acuerdo con dicho numeral, se encuentra facultado para iniciar las acciones que crea pertinentes, pero no en el arbitraje pues excede la competencia prevista en la cláusula vigésima de los **CONTRATOS**.
- 168.** En consecuencia, luego de evaluar los argumentos de las **PARTES**, y teniendo en cuenta lo pactado en el convenio arbitral previsto en la cláusula vigésima de los **CONTRATOS**, el **TRIBUNAL ARBITRAL** concluye que no resulta competente para conocer la pretensión de **CASH** consistente en declarar nula y/o se declare la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el **PNAEQW**, y se disponga el retiro de dicha sanción consignada en el portal web de dicho programa social, motivo por el cual, de conformidad con el

²⁰ El artículo 1) del Manual de Compras señala que es un instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los integrantes de los Comités de Compra, postores, proveedores y personal del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, y son aplicables a las contrataciones que se realicen para la provisión del servicio alimentario a los usuarios de las instituciones educativas públicas atendidas por el PNAEQW, en el marco del modelo de cogestión.

artículo 41° inciso 1 del Decreto Legislativo N° 1071, el **TRIBUNAL ARBITRAL** señala que dicha pretensión debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

D. PRETENSION RECONVENCIONAL

169. La pretensión reconvencional vinculada a la quinta cuestión controvertida es la siguiente:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que CASH FOODS SRL indemnice a las demandadas por los daños y perjuicios generados hasta por la suma de S/. 10,000.00 (diez mil y 00/100 soles), originados por su incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

170. Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** indican que, a efectos de no incurrir en innecesarias repeticiones, solicitan que respecto de los fundamentos de hecho de esta pretensión, se tenga presente los puntos de vista expuestos en los fundamentos de hecho de la contestación de la demanda, en lo que fuera pertinente.

171. Asimismo, los **COMITÉS** y el **PNAEQW** mencionan que, según el artículo 1152° del Código Civil, en concordancia con el artículo 1151°; en casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación procede una indemnización por daños y perjuicios, más aún si como se ha acreditado en el presente caso, es una situación de incumplimiento, vale decir, *“de no haberse cumplido con lo debido”*. En consecuencia, se presenta una responsabilidad del actor imputable.

172. Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** agregan que, "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. Dentro de ese orden de ideas el contratista al incumplir con los requisitos establecidos por las bases, el contrato y el Manual, perjudicó a los beneficiarios del **PNAEQW**, pues no pudo cumplir con la finalidad pública por la cual se celebraron los contratos mencionados.

173. Agregan, los **COMITÉS** y el **PNAEQW**, que la responsabilidad civil posee cuatro (4) elementos básicos, que sustentan de modo claro la exigencia materia de la presente reconvención, pues el proveedor, incurrió en culpa inexcusable en sus responsabilidades e incumplió con los requisitos y condiciones contenidos en las **BASES INTEGRADAS**, los **CONTRATOS** y el **MANUAL DE COMPRAS**. Estos requisitos serán analizados detalladamente a continuación:

- ✓ **ANTI JURICIDAD TÍPICA.** Se adecua expresamente al artículo 1321° del Código Civil, por cuanto la conducta negligente del contratista generó que se haya tenido que resolver el contrato.
- ✓ **RELACIÓN DE CAUSALIDAD.** Se presenta por la conducta negligente del proveedor, encuadrándose también dentro del citado artículo 1321° del Código Civil, por cuanto la actitud irresponsable y negligente (no acreditación de entrega de productos por medio de presentación del expediente de pago) contribuyó a que los beneficiarios del Programa Qali Warma, no puedan beneficiarse del objetivo de la suscripción de los contratos.
- ✓ **DAÑO EFECTIVAMENTE CAUSADO.** En lato sensu, el término se refiere a toda suerte de mal material. Al respecto, ha quedado totalmente acreditado que el incumplimiento del proveedor ha causado un perjuicio al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y a sus beneficiarios.
- ✓ **FACTOR DE ATRIBUCIÓN.** En materia de responsabilidad contractual, como la presente, el factor de atribución es solo la culpa, la misma que dentro del campo

contractual se clasifica en tres (3) grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo. Al respecto, la culpa viene a ser la responsabilidad del causante de un daño o perjuicio causado a terceros y conforme a los antecedentes se considera que la empresa contratista asume culpa de naturaleza inexcusable, respecto de la cual, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse oportunamente, considerando los hechos descritos como daños y que conllevarían al resarcimiento conforme a lo previsto por el artículo 1321° del Código Civil vigente.

- 174.** Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** indican que, el incumplimiento por parte del proveedor, fue desarrollado ampliamente en los fundamentos de hecho de la contestación de la demanda, así como la presentación de los elementos básicos para que se pueda atribuir una responsabilidad de naturaleza contractual por los daños y perjuicios causados a la Entidad, pues estamos ante la existencia del nexo causal entre el genérico ejercicio de la actividad y el daño producido, derivadas de la relación contractual.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

- 175.** **CASH** no se pronunció sobre la reconvencción formulada por el demandado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 176.** Los **COMITÉS** y el **PNAEQW** solicitan el pago de una indemnización por los daños y perjuicios generados hasta por la suma de S/ 10,000.00, originados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de **CASH**. Para tal efecto, desarrolla los elementos de la responsabilidad contractual como son la antijuricidad, la relación de causalidad, el daño causado y el factor de atribución. A fin de sustentar jurídicamente su pretensión, invoca los artículos 1151° y 1152° del Código Civil.
- 177.** Respecto a dicha pretensión indemnizatoria, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene presente que las **PARTES** pactaron en la cláusula décimo quinta de los **CONTRATOS**, las

penalidades a ser aplicadas cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el **MANUAL DE COMPRAS**, en las **BASES INTEGRADAS** y/o en los **CONTRATOS**.

178. Es el caso que, como señala **CASH** en su escrito de demanda, el **PNAEQW aplicó penalidades** a **CASH** por un monto total de S/ 1 055 415,53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), y justamente **CASH** pretende como primera pretensión principal, que el **TRIBUNAL ARBITRAL** declare la ineficacia jurídica y/o nulidad de dichas penalidades impuestas.
179. Habiendo quedado acreditado que el **PNAEQW** aplicó a **CASH** penalidades, se debe tener presente lo que se entiende por una cláusula penal. Así, **OSTERLING** y **CASTILLO**²¹ señalan que la cláusula penal es un pacto anticipado de indemnización. Agregan que en ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.
180. Esto quiere decir, que la cláusula penal es un pacto indemnizatorio ya estipulado entre las partes contratantes, que busca compeler al deudor a cumplir con sus obligaciones contractuales, en el caso que el deudor no cumpla con sus obligaciones a su cargo.
181. Entonces, si la cláusula penal pactada constituye *per se* una indemnización por daños y perjuicios, el acreedor podrá demandar el pago de una suma de dinero adicional por concepto de indemnización por daños y perjuicios, a pesar que haberse hecho efectivo el cobro de las penalidades ya estipuladas?.
182. Pues bien, el hecho señalado en el considerando anterior encuentra una respuesta en el artículo 1341° del Código Civil, el cual señala que el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, **tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación, salvo que se haya estipulado la indemnización de daño ulterior.**

²¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. Cit, páginas 937-938.

183. Ahora bien, el daño ulterior o daño futuro, es definido por Juan **ESPINOZA**²² como toda consecuencia con impacto negativo producida posteriormente de la lesión sufrida. Bajo el concepto de daño ulterior, en caso la penalidad sea diminuta, el acreedor se encuentra facultado a solicitar una indemnización por daños y perjuicios, los cuales deben ser probados y deben estar pactados por las partes contratantes.
184. En el presente caso, como ya ha señalado el **TRIBUNAL ARBITRAL**, el **PNAEQW** aplicó penalidades a **CASH** por un monto total de S/ 1 055 415,53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles); entonces, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deberá analizar si la indemnización por daños y perjuicios reclamada por el **PNAEQW**, se encuentra o no pactada contractualmente.
185. Para resolver dicha controversia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** ha procedido a revisar nuevamente los **CONTRATOS** y observa que en su cláusula décimo quinta se regula el tema de las **penalidades**. Ahora, el daño ulterior o daño futuro, se encuentra pactado en la cláusula décimo séptima de los **CONTRATOS** pues señala que cuando una de las partes incumpla injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente. *Ello no obstante la aplicación de las sanciones administrativas, penales, civiles y pecuniarias a que dicho incumplimiento diera lugar.*
186. Entonces, para el **TRIBUNAL ARBITRAL** se encuentra acreditado que **LAS PARTES** pactaron la indemnización por **daño ulterior**. Ahora, el **PNAEQW** y **CASH** reclaman como una indemnización por daños y perjuicios la suma de S/ 10,000.00 soles. A criterio del **TRIBUNAL ARBITRAL**, si el **PNAEQW** ya cobró por concepto de penalidades la suma de S/ 1 055 415,53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), no explica ni señala en su pretensión indemnizatoria el por qué dicha penalidad aplicada a **CASH** resultaría **diminuta**, lo

²² ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Rhodas, Lima, 2011, pág. 260.

cual generaría, a criterio de el **PNAEQW** y los **COMITÉS** su pretensión indemnizatoria de S/ 10,000.00 soles adicionales.

187. A mayor abundamiento, el **PNAEQW** y los **COMITÉS** tampoco señala el origen del *quantum* indemnizatorio, cómo es que calcula los S/ 10,000.00 soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, cómo obtiene dicha cifra, cuál ha sido su criterio para demandar dicha suma de dinero.
188. En consecuencia, no habiendo acreditado el **PNAEQW** ni los **COMITÉS** el origen del *quantum* indemnizatoria, no ha acreditado o probado el daño ulterior, ni que la penalidad aplicada por ellos mismos sea diminuta, el **TRIBUNAL ARBITRAL** concluye que la pretensión indemnizatoria reconvencional planteada por el **PNAEQW** y los **COMITÉS** deviene en **INFUNDADA**.

E. CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

189. La cuarta pretensión de la demanda vinculada a la tercera cuestión controvertida es la siguiente:

Que el Tribunal Arbitral determine a que parte le corresponde asumir los costos y costas del proceso.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

190. **CASH** no presenta fundamentos para sustentar la tercera cuestión controvertida.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

- 191.** Mencionan los **COMITÉS** y el **PNAEQW** que, los gastos en los que viene incurriendo el proveedor, devienen por causas atribuibles a él mismo y no a la Entidad; por ende, dicha pretensión de pago de costas y costos debe ser declarada **INFUNDADA** y atribuirle íntegramente dicho pago a la parte demandante.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 192.** Considerando que en el convenio arbitral celebrado entre los **COMITÉS** y **CASH** no existe pacto expreso sobre la forma de imputar los costos y costas del arbitraje, corresponde aplicar lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje y supletoriamente lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.
- 193.** Al respecto, el **TRIBUNAL ARBITRAL** tiene en consideración que el artículo 56° del Reglamento de Arbitraje establece en su inciso g), que el laudo arbitral debe hacer referencia sobre la asunción o distribución de los costos arbitrales. Dichos costos del arbitraje se encuentran previstos en el artículo 76° del Reglamento acotado, y son los siguientes:

“Artículo 76°.- Costos del arbitraje

Los costos de un arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

- a) *Los gastos administrativos del Centro, por la gestión del arbitraje, compuesto por:*
- *Tasa por presentación de la solicitud de arbitraje.*
 - *Tasa administrativa del Centro*
- b) *Los honorarios de los árbitros.*

- c) *Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.*
- d) *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.*
- e) *Los honorarios razonables de las defensas de las partes.*
- f) *Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales. (...)*

194. EL TRIBUNAL ARBITRAL resalta también el artículo 70° de la ley de Arbitraje la cual menciona 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”*

195. Asimismo, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, sobre el tema bajo análisis, establece lo siguiente:

“Artículo 73°- Asunción o distribución de costos

1. *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. (...)**”* (Énfasis agregado).

196. Es el caso que los costos arbitrales fueron determinados mediante documento de fecha 10 de octubre de 2018, suscrito por el entonces secretario arbitral José Carlos Taboada Mier, de la siguiente manera:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 38,292.00 neto
Gastos Administrativos del Centro	S/ 9,500.00 más IGV.

197. Teniendo en cuenta el resultado del presente laudo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** aprecia que, las **PARTES** han demostrado una conducta procesal apropiada y que se han ceñido a las reglas de la buena fe procesal, considera apropiado hacer uso de sus facultades y prorratear los costos entre las partes, disponiendo que cada una de las partes asuma los gastos en los que haya incurrido por concepto de defensa legal y cualquier otro concepto en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro con motivo de su defensa.
198. Es el caso que, mediante escrito de fecha 08 de enero de 2019, **CASH** acredita el pago de la tasa administrativa del **CENTRO**, y por escrito de fecha 23 de enero de 2019, el **PNAEQW** acreditó el pago de los honorarios del **TRIBUNAL ARBITRAL**.
199. En consecuencia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda y **ORDENA** que cada una de las partes asuma en partes iguales los costos del proceso (honorarios de los árbitros y del **CENTRO**) y gastos en los que ha incurrido.

XIII. CUESTIONES FINALES

200. El **TRIBUNAL ARBITRAL**, de manera previa a resolver la controversia sometida a este proceso arbitral, declara que ha realizado el análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, en función a la valoración de todos los medios probatorios incorporados al proceso arbitral y actuados por **LAS PARTES**; en consecuencia, el **TRIBUNAL ARBITRAL** declara:

- Que el **TRIBUNAL ARBITRAL** fue designado de conformidad con el Reglamento Procesal del **CENTRO**.
- Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las reglas procesales dispuestas en la Decisión N° 1.
- Que **CASH** presentó su demanda dentro del plazo otorgado para tales efectos y que los **COMITÉ**s y el **PNAEQW** contestaron oportunamente la demanda, así como formularon su reconvenición.
- Que las **PARTES** han tenido plena oportunidad para presentar y actuar las pruebas aportadas al proceso.
- Que el presente Laudo Arbitral se dicta dentro del plazo establecido para ello.

201. Asimismo, el **TRIBUNAL ARBITRAL** deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las **PARTES** y examinado las pruebas presentadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley Peruana de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las **PARTES** no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo Arbitral.

XIV. DECISIÓN

Por las consideraciones que preceden, el **TRIBUNAL ARBITRAL LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

Primero: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la demanda interpuesta por **CASH FOODS SRL**, referida a que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia jurídica y/o nulidad de las penalidades impuestas en los once (11) contratos materia de la demanda, ascendentes a un monto de S/ 1'055,415.53 (Un Millón Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Quince con 53/100 Soles), disponiéndose una nueva liquidación y que se ordene la devolución de los montos vinculados a dichas penalidades.

Segundo: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda interpuesta por **CASH FOODS SRL**, referida a reducir las penalidades impuestas al amparo del artículo 1346° del Código Civil, considerando el carácter y naturaleza indemnizatoria de éstas.

Tercero: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda interpuesta por **CASH FOODS SRL**, consistente en que se disponga la cancelación de los intereses compensatorios y moratorios TAMN de cada una de las penalidades materia de devolución, los que deberán liquidarse desde la fecha en que fueron ilegalmente impuestas.

Cuarto: DECLARAR IMPROCEDENTE la quinta pretensión de la demanda interpuesta por **CASH FOODS SRL**, referida a declarar nula y/o se declare la ineficacia jurídica de la imposición de “sanción con puntaje negativo” para los postores y/o proveedores participantes en los procesos de compra de productos y/o raciones convocados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y se disponga el retiro de dicha sanción consignada en el portal web de dicho programa social, donde figura la relación de postores y proveedores que se encuentren en alguno de los supuestos de “asignación de puntaje negativo”.

Quinto: DECLARAR INFUNDADA la reconvención interpuesta por el **Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA**, referida a que **CASH FOODS SRL**

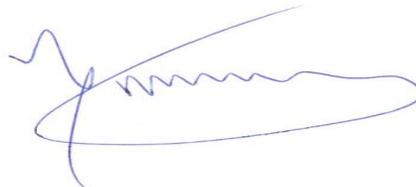
indemnice por los daños y perjuicios generados hasta por la suma de S/. 10,000.00 originados por su incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

Sexto: **DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión de la demanda** interpuesta por **CASH FOODS SRL**, referido al pago y/o cancelación de los costos y costas derivados del presente proceso arbitral; **en consecuencia**, se **ORDENA** que cada una de las partes asuma en partes iguales los costos del proceso (honorarios de los árbitros y del **CENTRO**) y gastos en los que ha incurrido.

Sétimo: **DISPONER** que el Secretario Arbitral, cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes.



José Antonio Sánchez Romero
Presidente



Carlos Alberto Moreno Grandez
Árbitro



Daniel Triveño Daza
Árbitro