

CASO ARBITRAL N° 75-2017/MARCPERÚ SEGUIDO ENTRE:

**NIISA CORPORATION S.A.**

(«NIISA»)

**EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 5**

(«COMITÉ DE COMPRA LIMA 5»)

y

**EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA**

(«PNAEQW»)

---

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**RESOLUCIÓN N° 82**

---

**TIBUNAL ARBITRAL:**

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA (PRESIDENTE)

SANDRO HERNÁNDEZ DÍEZ

MARIO SILVA LÓPEZ

LIMA, 12 DE SEPTIEMBRE DE 2022

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

**RESOLUCIÓN Nº 82**

Lima, 12 de septiembre del año 2022

**VISTOS:**

**I. Existencia de un convenio arbitral.**

En marzo de 2013, CONSORCIO NIISA CORPORATION S.A. (en adelante NIISA) y COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 (en adelante, COMITÉ DE COMPRA) suscribieron los siguientes contratos:

- (i) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Lurigancho;
- (ii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito del Rímac;
- (iii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Chaclacayo;
- (iv) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Santa Anita;
- (v) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Ate;
- (vi) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Cieneguilla;
- (vii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de La Molina

En adelante, a todos los contratos antes señalados se les denominará: CONTRATOS.

De acuerdo con la cláusula décima novena de los CONTRATOS:

«Las partes podrán recurrir a la conciliación o arbitraje, según las disposiciones del Manual de Compra. Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar un arbitraje a fin de resolver las controversias que se presenten, dentro del plazo de caducidad previsto por las normas aplicables. El arbitraje será resuelto por un árbitro único, que será designado por acuerdo de las partes.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

Todo lo no previsto será supletoriamente regulado por la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo 1071».

## **II. Constitución del Tribunal Arbitral y reglas del proceso.**

Con fecha 12 de septiembre de 2017 se instaló el Tribunal Arbitral presidido por el abogado Luciano Barchi Velaochaga e integrado por los abogados Alan Alarcón Canchari y Mario Silva López.

Con fecha 6 de noviembre de 2019 renunció el abogado Alan Alarcón Canchari y, con fecha 3 de diciembre de 2019, fue designado el abogado Vladimir Iván Mendoza Benavides.

Con fecha 14 de enero de 2020 renunció el abogado Vladimir Iván Mendoza Benavides y, con fecha 7 de febrero de 2020, fue designado el abogado Percy Coral Chávez.

Con fecha 2 de marzo de 2020 renunció el abogado Percy Coral Chávez y, con fecha 1 de julio de 2020, fue designado el abogado Sandro Hernández Díez.

Así, el Tribunal Arbitral quedó conformado por el abogado Luciano Barchi Velaochaga, en calidad de presidente y los abogados Sandro Hernández Díez y Mario Silva López, en calidad de árbitros.

## **III. La demanda**

El 10 de octubre de 2017, dentro del término establecido en las Reglas del Proceso señaladas en el acta de instalación de fecha 12 de septiembre de 2017, NIISA presentó su demanda contra el COMITÉ DE COMPRA en los siguientes términos:

### **1) Pretensiones**

Primera pretensión principal: que se declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas a NIISA por el COMITÉ DE COMPRA que son materia de la presente demanda y que se desarrollan en los fundamentos de hecho.

Segunda pretensión principal: que se ordene la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de las facturas de NIISA hasta por el monto de S/ 984,286.00 por la entrega de los productos objeto del CONTRATO, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.

Tercera pretensión principal: que se ordene al COMITÉ DE COMPRA el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la indebida imposición de penalidades y a la falta de pago del monto no afecto a estas, hasta el monto de S/ 984,286.00 más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de lucro cesante.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Cuarta pretensión principal: que se ordene al COMITÉ DE COMPRA el pago hasta el monto de S/ 984,286.00, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de daño emergente.

Quinta pretensión principal: que se ordene al COMITÉ DE COMPRA cumpla con asumir la totalidad del pago de los costos y costas relativas al proceso arbitral (pago de árbitros, secretaría arbitral, honorarios de los profesionales contratados para la presente defensa y otros).

## **2) Marco legal de los CONTRATOS**

La controversia surgida entre las partes se desprende de los siguientes contratos:

- (i) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Lurigancho;
- (ii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito del Rímac;
- (iii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Chaclacayo;
- (iv) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Santa Anita;
- (v) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Ate;
- (vi) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Cieneguilla; y,
- (vii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de La Molina.

## **3) Fundamentos de hecho**

### **3.1) Sobre la forma unilateral, abusiva, ilegal y arbitraria en que el COMITÉ DE COMPRA LIMA 05 decidió imponer penalidades a NIISA**

- 3.1.1 En el mes de marzo de 2013 NIISA y el COMITÉ DE COMPRA celebraron los CONTRATOS.
- 3.1.2 El objeto de los CONTRATOS y sus respectivas adendas era proveer al COMITÉ DE COMPRA de raciones alimenticias en las instituciones educativas públicas bajo el ámbito del COMITÉ DE COMPRA en los distritos de La Molina, Cieneguilla, Chaclacayo, Santa Anita, Rímac, Lurigancho y Ate por el periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2013.

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

3.1.3 Durante el periodo de ejecución contractual, NIISA venía cumpliendo con las obligaciones a su cargo, pese a lo cual el COMITÉ DE COMPRA no cumplía con realizar el pago respectivo de acuerdo con lo pactado en los CONTRATOS.

3.1.4 En este contexto, NIISA advierte, a través del portal web de Qali Warma, que se habían emitido diversas resoluciones de la Dirección Ejecutiva del PNAEQW, que disponían aprobar transferencias financieras del pliego 040-Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), Unidad Ejecutora 007 Programa Nacional de Alimentación Escolar, a favor de los comités de COMPRA encargados del financiamiento del servicio de alimentación escolar con el respectivo programa.

Posteriormente se realizaron diversos abonos a la cuenta de NIISA sin que se precisara el origen y contrato al que pertenecían, motivo por el cual NIISA dirigió las cartas notariales de fechas 10/9/2013 y 24/9/2013 notificadas al COMITÉ DE COMPRA cuya finalidad era solicitar al COMITÉ DE COMPRA cumpla con detallar el procedimiento de cálculo de las valorizaciones que ya se habían abonado en la cuenta de NIISA en el Banco de la Nación, debido a que en las primeras resoluciones expedidas referentes a las órdenes de pago, se consignaba el pago íntegro de las valorizaciones computadas sin precisar los siguientes puntos:

- a) Que las valorizaciones no se detallaban de manera específica y determinada a qué distrito correspondía el pago consignado en las resoluciones, grave error cometido por el COMITÉ DE COMPRA teniendo en cuenta que cada comité de compra tiene competencia en la administración de varios distritos y NIISA tiene contratos con tres comités de compra y proveía once distritos, siendo en un inicio doce distritos.
- b) Que otro grave error se encuentra en el hecho que, en dichas resoluciones, no se precisa a qué facturas emitidas por NIISA corresponde el pago, ni a que valorización se refiere, teniendo en cuenta que cada factura corresponde a la valorización de una semana de la prestación a cargo de NIISA, situación totalmente irregular que afecta sus derechos.
- c) Otro gravísimo error cometido por el COMITÉ DE COMPRA y que es el principal fundamento de la demanda, es decir, la imposición de penalidades sin fundamento alguno y sin seguir el debido procedimiento. En las mencionadas valorizaciones, no se consigna de manera expresa los descuentos de las supuestas penalidades aplicadas, según como lo estipula cada contrato.

3.1.5 Mediante carta notarial notificada el 25 de noviembre de 2013 dirigida al COMITÉ DE COMPRA, NIISA solicitó la devolución del monto retenido indebidamente por la imposición de penalidades sin sustento o fundamento alguno, comunicando al COMITÉ DE COMPRA que, además de no haber recibido ningún tipo de comunicación notarial como respuesta a las cartas notariales de fecha 10/9/2013 y 24/9/2013, se seguían cometiendo las irregularidades advertidas.

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

3.1.6 En posteriores resoluciones la Dirección Ejecutiva del PNAEQW que disponían del pago y descuentos por penalidades se continuó vulnerando el debido procedimiento contractual de acuerdo con el siguiente detalle:

- No se precisa el tipo de incumplimiento en el que NIISA habría incurrido sobre el que se aplica cada penalidad; es decir, el supuesto de hecho que enmarcaría la sanción impuesta.
- No se consigna medio probatorio alguno; es decir, no existe documento alguno que sustente fehacientemente la imposición de la sanción impuesta. Lo que trae como consecuencia:
  - ✓ No se consigna de manera clara y específica sobre qué institución educativa se habría incumplido con la ejecución contractual de ser el caso.
  - ✓ No se establece el criterio sobre el cálculo aplicable a cada tipo de supuesta penalidad por cada resolución emitida, lo cual evidentemente causa un estado de indefensión a NIISA al no tener claro los parámetros utilizados y así poder ejercer el derecho de defensa.

3.1.7 Con respecto a los procedimientos que regulan la imposición de penalidades, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta lo estipulado por la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS de fecha 23 de enero de 2013, que aprueba la Directiva N° 001-2013-MIDIS «Procedimientos generales para la operatividad del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa de Alimentación Escolar Qali Warma», norma que es sumamente importante por cuanto se regula todos los procedimientos para entender y establecer la operatividad del modelo de cogestión entre el PNAEQW del MIDIS y los comités de compra a nivel nacional.

3.1.8 Las partes que intervienen como contratantes son NIISA como proveedor y el COMITÉ DE COMPRA como contratante. Esto significa que quien debe firmar el contrato, aplicar una penalidad y/o resolver el contrato debe ser el COMITÉ DE COMPRA en pleno y no el PNAEQW, el MIDIS o solo el presidente del COMITÉ DE COMPRA, ya que como se puede verificar en el punto 6.1 denominado comité de compra de la Directiva N° 001-2013-MIDIS, estos están compuestos por cinco miembros.

3.1.9 En el artículo 6.1.8 de la Directiva N° 001-2013-MIDIS se regula sobre la forma y el procedimiento de toma de decisiones de los comités.

3.1.10 Esto quiere decir que, de acuerdo con el artículo 6.1.8 de la Directiva N° 001-2013-MIDIS para que una decisión del comité de compra sea válida, no basta solo la firma del presidente del COMITÉ DE COMPRA, como se puede verificar en la carta N° 001-2014/CC.Lima5, notificada recién el 22 de enero de 2014 y en la carta

**Laudo Arbitral de Derecho**

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

**Tribunal Arbitral**

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

notarial No. 003-2014/CCLIMA5, notificada el 29 de enero de 2014, que son las únicas que existen con las que se notifica a NIISA la imposición de las penalidades, sino que obligatoriamente es necesario que se haya realizado previamente una sesión del comité de compra con quórum suficiente para el desarrollo de la sesión con agenda definida y los acuerdos deben constar en actas, que deben estar, a su vez, en un libro que debe haber sido certificado ante notario público en su oportunidad.

- 3.1.11 Se ofrece como medio probatorio, la exhibición que deberá realizar el COMITÉ DE COMPRA del libro de actas de sesiones del COMITÉ DE COMPRA en la que debe constar la sesión en la cual se tomó el acuerdo de imponer las penalizaciones materia de controversia debiendo verificarse que debe haber sido aprobados por al menos tres integrantes del COMITÉ DE COMPRA de lo contrario al no haberse seguido el procedimiento de acuerdo a ley debe declararse ineficaz o inválida la imposición de penalidades.
- 3.1.12 Al margen de lo señalado anteriormente, otra grave falta del COMITÉ DE COMPRA y que se debe tener en cuenta es que en este caso COMITÉ DE COMPRA le ha impuesto a NIISA 134 penalidades como se aprecia en la carta N° 001-2014/CC.LIMA5, notificada recién el 22 de enero de 2014 y en la carta notarial N° 003-2014/CCLIMA5 notificada el 28 de enero de 2014, por supuestos incumplimientos que van desde el 4 de marzo de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013, sin que se haya adjuntado un solo medio probatorio que justifique la imposición de dichas penalidades, ya que en dicha carta se limitan a presentar un cuadro en la que solo se hace un breve resumen de las 134 penalidades.
- 3.1.13 Así pues, de acuerdo con el ordenamiento legal, el artículo 196 del Código Procesal Civil que trata sobre la carga de la prueba, estipula que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión; es decir, que el COMITÉ DE COMPRA debió probar en su oportunidad la imposición de las penalidades impuestas a NIISA; es decir, debió notificar las pruebas, informes y/o documentación que acredite el incumplimiento de las obligaciones a cargo de NIISA para poder refutar y/o contradecir si fuera el caso, lo cual nunca ocurrió.
- 3.1.14 Este es otro grave error cometido por el COMITÉ DE COMPRA que vulnera una serie de principios, como el principio de razonabilidad en el artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General - Ley No. 27444 (LPAG).
- 3.1.15 Por otro lado, en el supuesto negado que existiera un documento (que nunca le fue notificado a NIISA) en el cual exista un aparente motivación por parte del liquidador que pueda servir de fundamento para la determinación de las supuestas penalidades, esta sería una decisión parcial y subjetiva, toda vez que en la realidad y se puede acreditar, existen medios probatorios que demuestran que NIISA sí cumplió con sus obligaciones, como son las actas de entrega y guías de remisión en las cuales se puede apreciar la conformidad de parte de los directores de las

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

instituciones educativas beneficiarias por el PNAEQW que han firmado o suscrito dichas actas sin poner ninguna observación o queja.

- 3.1.16 A diferencia del COMITÉ DE COMPRA que no adjunta medio probatorio alguno que demuestre el supuesto incumplimiento de las obligaciones de NIISA y, por lo tanto, la imposición de las penalidades, NIISA si está en condición de acreditar con medios probatorios (como son las actas de entrega y recepción de raciones o guías de remisión firmadas por los directores) que efectivamente cumplió con entregar las raciones alimenticias a su cargo en forma completa y sin ninguna observación. El cumplimiento de la prestación a cargo de NIISA se acredita, además, con otros medios probatorios, como el correo electrónico, la carta de fecha 28 de octubre de 2013, el informe de inspección N° 0907131530 de fecha 9 de julio de 2013, el certificado de calidad N° 1511131223 de fecha 15 de noviembre de 2013, entre otros, con los que NIISA demuestra que las supuestas penalizaciones por estos conceptos no tienen ningún sustento ni jurídico ni fáctico.
- 3.1.17 Debe tenerse en cuenta que una relación contractual es un vínculo de cooperación entre las partes, la cual se traduce en la observación de conseguir los mayores beneficios posible sin perjuicio o sacrificio de los intereses. La cooperación como vehículo de satisfacción de los intereses de las partes proviene de la buena fe objetiva.
- 3.1.18 Esto quiere decir que la conducta del acreedor y el deudor dentro de una relación contractual, debe ser conforme a las reglas de la buena fe objetiva; es decir, el comportamiento de ambas partes en el marco de un contrato se encuentran determinados según las reglas de la corrección, por lo que al interior de la relación contractual no solo es relevante la cooperación del deudor, sino también la actuación del acreedor; por lo tanto, para la obtención de efectos favorables, ambas partes deberán colaborar entre sí para alcanzar la mayor satisfacción posible que es la finalidad de todo contrato que busca que ambas partes logren sus objetivos.
- 3.1.19 De acuerdo con los CONTRATOS, se debe tener presente que el cumplimiento de las obligaciones de NIISA se demuestra con la conformidad de la recepción de la prestación a su cargo a través de la suscripción de las guías de remisión y actas de entrega y recepción conforme se estipula en la cláusula undécima del CONTRATO.
- 3.1.20 Sin embargo, de acuerdo con los CONTRATOS existe la posibilidad que el COMITÉ DE COMPRA realice una fiscalización posterior a la recepción; es decir, se estableció un control *ex post* del cumplimiento de la prestación pactada conforme se estipula en la cláusula séptima de los CONTRATOS.
- 3.1.21 Esto quiere decir que el COMITÉ DE COMPRA se encuentra facultado para una revisión y verificación posterior a lo realizado por las instituciones educativas lo cual nunca NIISA ha negado, pero esta facultad requiere que se realice bajo un debido procedimiento y en caso se encontrare alguna irregularidad o algún incumplimiento,



**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

debe ser inmediatamente notificado al proveedor con las pruebas del caso, para que este pueda presentar sus descargos si fuera el caso, ya que de acuerdo al artículo 1333 del Código Civil, es necesario la constitución en mora, lo cual no fue cumplido por parte del COMITÉ DE COMPRA.

- 3.1.22 Es por ello que NIISA afirma que la cláusula penal (es decir, la imposición de penalidades pactadas en el CONTRATO) solo puede exigirse cuando el deudor ha sido constituido en mora y cuando la inejecución de la obligación obedece a dolo o a culpa del deudor, ambos supuestos que no se presentan en el presente caso.
- 3.1.23 Es por ello, que al no haberse adjuntado o notificado a NIISA los informes y/o demás sustentos de las penalidades, se ha configurado una afectación al debido proceso y un recorte al derecho de defensa, en el entendido que el COMITÉ DE COMPRA debió acreditar técnica y documentalmente los fundamentos de las penalidades aplicadas. Incluso, en el caso de aplicar penalidades por presuntos alimentos en mal estado o que no cumplirían según el COMITÉ DE COMPRA, con las características técnicas, el procedimiento debido los obligaba adjuntar los respectivos resultados emitidos por laboratorios acreditados.
- 3.1.24 En resumen, lo anteriormente expuesto refleja el proceder del COMITÉ DE COMPRA en cuanto a la imposición de las penalidades ha carecido de lógica y congruencia entre los hechos alegados y la realidad. A todo ello se suma la ausencia de documentación e informes respecto a las penalidades indebidamente impuestas, vulnerándose el debido procedimiento y el derecho a la defensa. Esta transgresión causó que NIISA, como proveedora, no haya podido impugnar adecuadamente y dentro de un plazo razonable, cada penalidad impuesta, habiéndose configurado un acto arbitrario y de perjuicio patrimonial en contra de NIISA, por lo cual esta solicita que se acojan sus pretensiones.
- 3.1.25 A mayor abundamiento, la actuación del COMITÉ DE COMPRA al realizar los descuentos o retenciones de sumas de dinero por supuestas penalidades imputadas a NIISA, sin el debido sustento técnico y sin haber notificado las observaciones para que NIISA pueda presentar sus descargos o levantar las observaciones es ilegal y arbitraria, con lo cual se demuestra por un lado que no se ha cumplido con lo estipulado por el artículo 196 del Código Procesal Civil; es decir, que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión, lo que el COMITÉ DE COMPRA no cumplió.

Además, se ha infringido el debido procedimiento lo cual convierte en insuficiente, ineficaz y sin valor legal la imposición de las penalidades a NIISA al no haberse probado las causales invocadas y, por tanto, realizar los descuentos o retenciones y no cumplir con el pago total de lo que corresponde a NIISA por la contraprestación de sus obligaciones que, por el contrario, NIISA sí cumplió de acuerdo con lo pactado.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

3.1.26 La arbitrariedad ha causado perjuicio a NIISA afectando su *good will* y su posicionamiento en el mercado y en razón a ello es que NIISA solicita que el Tribunal Arbitral ampare las pretensiones indemnizatorias, pues está acreditado el daño patrimonial causado y el perjuicio generado de manera directa por acción del COMITÉ DE COMPRA.

3.1.27 Es importante que su tribunal tenga en cuenta que, es recién mediante carta N° 001-2014/CC.LIMA5 de fecha 17 de enero de 2014, notificada a NIISA el 22 de enero de 2014, el COMITÉ DE COMPRA de manera tardía, inoportuna y fuera de todo plazo razonable, informó la relación de penalidades aplicadas durante el ejercicio 2013 que son materia de esta demanda. Dicho presunto ánimo de «subsanción» es transgresor de los principios de equidad y buena fe en los contratos y del derecho de la defensa, pues tratándose de productos alimenticios perecibles por ser de consumo inmediato, en el mismo día de su elaboración (alimentos y desayunos escolares) resulta materialmente imposible que NIISA hubiera podido contradecir o descargar la imposición de las penalidades impuestas, por haberse vulnerado no solo los plazos razonables y procedimientos, sino también los criterios esenciales de oportunidad e inmediatez de la falta que se imputa y la razonabilidad para ofrecer los descargos correspondientes.

El procedimiento de imputación de las penalidades tampoco cumplió con la obligación de realizar las observaciones *in situ* y con presencia de las partes, para el caso de alimentos de consumo directo e inmediato, limitándose a notificar las penalidades fuera de plazo y sin acompañarlas con las debidas actas de supervisión, informes de supervisión ni valorizaciones que precisen en detalle el supuesto incumplimiento de las obligaciones de NIISA.

A fin de demostrar los fundamentos de NIISA, en las cartas de imputación de penalidades remitidas por el COMITÉ DE COMPRA se hace referencia a una serie de supuestas penalidades, notificadas en el año 2014 y correspondientes al ejercicio 2013, sin que se haya cumplido con demostrar y sustentar las razones para la imputación de las penalidades de acuerdo con el siguiente detalle:

- ✓ 43 penalidades impuestas con referencia al distrito de San Juan de Lurigancho, analizadas en el anexo 90 al 132.
- ✓ 25 penalidades impuestas con referencia al distrito del Rímac, analizadas en el anexo 133 al 157.
- ✓ 7 penalidades impuestas con referencia al distrito de Chaclacayo, analizadas en el anexo 158 al 164.
- ✓ 17 penalidades impuestas con referencia al distrito de Santa Anita, analizadas en el anexo 165 al 181.
- ✓ 25 penalidades impuestas con referencia al distrito de Ate, analizadas en el anexo 182 al 206.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- ✓ 17 penalidades impuestas con referencia al distrito de Cieneguilla, analizadas en el anexo 207 al 223.

De acuerdo con lo expuesto, al momento de realizarse el análisis de las penalidades materia de la demanda, se apreciará el incumplimiento del COMITÉ DE COMPRA de los plazos y procedimientos que NIISA alega, tal cual se desprende de los medios probatorios y anexos que se adjuntan de manera electrónica en un dispositivo USB para que sea merituada por el Tribunal Arbitral.

**Sobre los daños causados por el COMITÉ DE COMPRA**

El COMITÉ DE COMPRA ha ocasionado graves daños a NIISA a consecuencia de los siguientes actos:

- ✓ La imposición arbitraria e indebida de penalidades.
- ✓ La indebida retención de montos correspondientes a las prestaciones debidamente efectuadas.

De acuerdo con lo señalado, se advierte que concurren los presupuestos que determinan la procedencia de una indemnización a favor de NIISA toda vez que se le ha ocasionado un daño patrimonial, expresado en daño emergente y lucro cesante.

A continuación, NIISA detalla la concurrencia de presupuestos indemnizatorios:

a) **Conducta antijurídica**

La conducta deviene en antijurídica cuando contraviene una norma prohibitiva y vulnera el sistema jurídico en su totalidad, afectando valores y principios sobre los que se construye el sistema jurídico. En el presente caso, el COMITÉ DE COMPRA incurrió en conductas ilícitas y abusivas que causaron daño a NIISA tales como:

- (i) La imposición arbitraria de penalidades, habiéndose demostrado que han sido aplicadas de forma indebida vulnerando lo contenido en el CONTRATO, en el Manual de Compra y en la LPAG. Así pues, el CONTRATO contempla la aplicación de penalidades cuando NIISA incumpla con sus obligaciones; sin embargo, NIISA cumplió con sus obligaciones y la finalidad de los CONTRATOS.
- (ii) La indebida retención de los montos considerados como penalidades, las mismas que al devenir en indebidas se configuraría en una conducta antijurídica, toda vez que no había motivo para su retención puesto que

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

las penalidades han sido efectuadas en virtud de un supuesto incumplimiento el cual nunca se configuró.

b) Daño causado

De forma integral, estas dos situaciones han generado que NIISA sufra una grave afectación económica, en primer término producida por la imposición de penalidades que ocasionaron una merma sobre los pagos que debió recibir, los cuales NIISA no ha podido disponer ni disfrutar en su oportunidad, viéndose impedidos de generar una renta prevista sobre esta suma, teniendo que recurrir a gastos no previstos debido a que ya se habrían proyectado sus flujos de gastos y cumplimiento de obligaciones considerando que se iba a disponer de la suma retenida.

c) Nexo causal

Es la relación de causalidad que debe existir entre el hecho antijurídico que constituye el antecedente y el daño causado que es la consecuencia o efecto. En el presente caso se ha identificado plenamente la existencia de un nexo causal entre los actos antijurídicos realizados por el COMITÉ DE COMPRA, como son la imposición arbitraria de penalidades y la retención indebida de los montos correspondientes a las prestaciones debidamente efectuadas; estos hechos son la causa que de forma directa e inmediata han tenido como efectos el haber ocasionado daños patrimoniales a NIISA, los mismos que han sido descritas de forma general en el numeral anterior.

d) Factor de atribución

Es el ánimo deliberado de causar daño a la víctima prescrito en el artículo 1969 del Código Civil, según el cual aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. La culpa se demuestra con la falta de diligencia o negligencia con que actúa aquel que causa el daño. En el presente caso el COMITÉ DE COMPRA actúa con evidente dolo en la medida que incumplió con el pago en forma oportuna pese a tener estos gastos presupuestados y no tener justificación para su falta de pago. Así, como tampoco ha mediado justificación para la imposición de penalidades, puesto que el COMITÉ DE COMPRA tiene conocimiento pleno de las cláusulas pactadas y de lo contenido en la normatividad pertinente.

e) Daño emergente

Los actos antijurídicos del COMITÉ DE COMPRA han ocasionado a NIISA un daño emergente presente y futuro; es decir, a partir del accionar doloso del

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

COMITÉ DE COMPRA, NIISA ha visto disminuido su patrimonio siendo gravemente perjudicada, toda vez que el COMITÉ DE COMPRA impuso penalidades de forma indebida, sin que medie causal que lo justifique. Es importante señalar que el daño emergente es la consecuencia directa e inmediata del daño infringido y comporta una disminución en el patrimonio de la víctima, deterioro en sus valores existentes, no solo el costo de su reposición, tratándose de bienes materiales o de la pérdida de la oportunidad *in actu* de percibir un beneficio económico, sino también por el costo de su recuperación.

En el caso de una inejecución de una obligación, que configura la responsabilidad contractual, el Código Civil en su artículo 1321, segundo párrafo, ha previsto que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprenda el daño emergente. En caso de la responsabilidad extracontractual, el Código Civil en su artículo 1985 ha previsto que la indemnización comprenda las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño que debe entenderse como daño emergente.

Este daño emergente no solo es presente, sino que también es futuro y se traduce en la pérdida de clientes y futuros ingresos patrimoniales, los que se dejaron de percibir toda vez que la resolución indebida de los CONTRATOS, ocasionó que NIISA pueda hacer uso de la experiencia ganada en la ejecución de los CONTRATOS; más aún, cuando la experiencia es un requisito indispensable para la participación en proceso de venta de insumos al Estado, es por ello que al no poder usar la experiencia ganada, se le limita a NIISA la participación y esta se ve truncada, tanto en el ámbito público como privado, impidiendo que los productos de NIISA puedan extenderse a otras organizaciones, perdiendo grandes potenciales clientes. Siendo ese el caso, a razón de una utilidad igual a la estimada en los CONTRATOS, reporta un ingreso dejado de percibir a S/ 984,286.00, determinado de acuerdo con la capacidad de contratación y operaciones de NIISA.

Debe tenerse en cuenta que NIISA tiene como única fuente de ingresos los servicios brindados al COMITÉ DE COMPRA y los más importantes contratos que viene atendiendo hasta la actualidad son los celebrados en el PNAEQW, por lo que de dichos contratos dependen una serie de trabajadores, así como que se generan prestaciones obligacionales con proveedores y terceros, por lo que la aplicación de penalidades y la falta de pago oportuno ha ocasionado un serio perjuicio económico, tanto en gastos de urgencia (como son pagos de insumos, pago de salarios a empleados, etc.), poniendo en peligro la estabilidad económica y la subsistencia misma de la empresa.

De lo expuesto anteriormente, el daño emergente se tiene estimado en la suma de hasta S/ 984,286.00.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

f) **Lucro cesante**

De acuerdo con los hechos que están acreditados en el proceso, resulta incuestionable la presencia de daños antes mencionados, los mismos que han sido causados por el COMITÉ DE COMPRA estando presentes todos los elementos de la responsabilidad, la consecuencia no puede ser otra que un laudo que declare fundada la pretensión indemnizatoria de NIISA, debiendo contener el quantum indemnizatorio valorado equitativamente por el Tribunal Arbitral.

NIISA ha dejado de percibir por concepto de utilidades un monto ascendente a S/ 984,286.00 por concepto de lucro cesante.

En ese sentido, se puede advertir que se trata de un supuesto indemnizatorio con elementos de certeza claros, puesto que de no haber mediado el evento dañoso (como lo fue el incumplimiento por parte del COMITÉ DE COMPRA) no se hubieran generado las acreencias correspondientes al daño contractual y extracontractual de los cuales NIISA solicita la debida indemnización.

4) **Fundamentos jurídicos**

**Normas del Código Civil**

Se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1148 del Código Civil, el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, lo que NIISA demuestra con las actas respectivas suscritas sin ninguna observación, que sí ha cumplido con su obligación.

El artículo 1331 del Código Civil estipula que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento tardío, parcial o defectuoso por lo que es el COMITÉ DE COMPRA el que está obligado no solo a probar que se ha cometido algún incumplimiento o inejecución de los CONTRATOS, sino que también estaba obligada a notificar de manera oportuna a NIISA.

El artículo 1332 del Código Civil estipula que «si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez (árbitro) con valoración equitativa.

**Instrumentos administrativos: Bases y Manuales**

Al analizar las Bases del proceso de compra del 2013, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que en el punto 2.6.2 penalidad por incumplimiento de características ofrecidas, se estipula expresamente, que en caso se hubiese emitido la conformidad de recepción correspondiente, pero se detectara que las raciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidos, el proveedor se encuentra obligado a reponerlos en el mismo acto.

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

De acuerdo con estas Bases, el COMITÉ DE COMPRA estaba obligada a comunicar a NIISA de manera expresa fehaciente y fundamentada, cuál era el incumplimiento o el defecto de las raciones, para poder reponerlos, con esto se demuestra que no es cierto que el COMITÉ DE COMPRA podía imponer penalidades en el momento que quisiera y sin antes haber notificado NIISA, el motivo de la penalidad a imponerse.

Del mismo modo en el punto 2.6.4 en quinto párrafo también se estipula que: «En el caso que el contratista proceda dentro del plazo a la entrega de las raciones pero que, no obstante se constate que los productos no se encuentran bajo la calidad requerida, el contratista deberá reponerlos en el mismo acto». Es decir, tiene la obligación de comunicar previamente al proveedor, cual es el motivo de la inconformidad o el no cumplimiento de las características ofrecidas con la prueba respectiva, para que el proveedor proceda a la reposición, no siendo concebible que recién culminado los CONTRATOS se notifique una carta en la que se informe cuáles son los montos que se han impuesto por penalidades y encima ningún sustento ni prueba válida.

Es más, en ese mismo punto 2.6.4 en el sexto párrafo se obliga al COMITÉ DE COMPRA a enviar una carta notarial en el momento que se verifique el supuesto incumplimiento de las prestaciones, lo cual NIISA ha demostrado que no ha sido cumplido por el COMITÉ DE COMPRA.

Se debe tener en cuenta que en las Bases se estipulaba cómo era todo el procedimiento o trámite para realizar el pago a NIISA ya que en el punto 3 de las Bases, en el segundo párrafo se estipula que el COMITÉ DE COMPRA autorizará el pago a los proveedores, con cargo a las conformidades recibidas por parte del COMITÉ DE COMPRA, previa transferencia de recursos efectuada por Qali Warma.

Se debe tener en cuenta que las penalidades que pretende imponer el COMITÉ DE COMPRA por supuestos incumplimientos de NIISA se habrían realizado durante todo el año 2013, por lo que se debe recurrir a revisar los dos manuales que se han emitido en el año 2013.

En el punto 72 del Manual de Compra del 24 de enero de 2013 se consigna que el contratista proceda dentro del plazo a la entrega de las raciones o productos, no obstante, se constate que los productos no se encuentran bajo la calidad requerida, el contratista deberá reponerlos en el mismo acto.

En el punto 74 se estipula que, en caso de que el contratista no cumpla con sus prestaciones, el comité de compra cursará carta notarial otorgando un plazo específico para el cumplimiento de las prestaciones, lo cual no ha sido cumplido por el COMITÉ DE COMPRA.

Al igual que en el caso de las Bases, en el Manual no se ha estipulado cómo es todo el procedimiento o trámite para realizar el pago a NIISA ya que en el punto 78 y 79 únicamente se estipula que el Comité de Alimentación Escolar será el encargado de entregar la conformidad por la entrega de los productos y/o raciones y que estas conformidades son indispensables para que el COMITÉ DE COMPRA proceda con el pago respectivo y que

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

este comité dispondrá el pago de la contraprestación contando con las conformidades emitidas por el Comité de Alimentación Escolar y la autorización de Qali Warma.

En el punto 93 del Manual de COMPRA del 2 de agosto de 2013, se consigna que la conformidad será otorgada por el Comité de Alimentación Escolar, el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, haciendo especial énfasis en que de existir observaciones se consignarán en el acta de recepción – entrega respectiva, indicándose claramente el sentido de esta.

Como se ha demostrado fehacientemente NIISA ha presentado las actas que demuestran que NIISA ha cumplido con sus obligaciones, sin ninguna observación y, por el contrario, el COMITÉ DE COMPRA no ha presentado ningún documento o prueba que acredite el supuesto incumplimiento de NIISA.

Del mismo modo, al igual que en las Bases y en el primer Manual de Compra en el punto 100 de este manual se señala que en caso el contratista incumpla sus obligaciones o no realice las prestaciones conforme a lo establecido contractualmente y dichas observaciones sean subsanables, el COMITÉ DE COMPRA cursará una carta notarial otorgando un plazo específico para que subsane las deficiencias observadas, lo cual nunca sucedió, puesto que el COMITÉ DE COMPRA no ha presentado un solo medio probatorio que acredite que haya cumplido con la obligación contractual.

#### **IV. La contestación de la demanda**

El 14 de noviembre de 2017, dentro del término establecido en las Reglas del Proceso señaladas en el acta de instalación de fecha 12 de septiembre de 2017, el PNAEQW contestó la demanda en los siguientes términos:

##### **I) Excepción de cosa juzgada**

Al amparo de lo establecido en el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 y el numeral 8) del artículo 446 del Código Procesal Civil, PNAEQW dedujo excepción de cosa juzgada.

Mediante Laudo Parcial de Derecho de fecha 28 de octubre de 2019 se resolvió, en mayoría, la excepción de cosa juzgada.

##### **II) Fundamentos de hecho**

###### **1) De la primera y segunda pretensión principal**

2) Al respecto se abordan las dos pretensiones en conjunto, considerando que están directamente relacionadas, expresando su rechazo en mérito a los siguientes fundamentos:



**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- a) Que con fecha 22 de enero de 2014 se notificó a NIISA la aplicación de penalidades realizada en el ejercicio 2013, detallando el concepto de cada una de estas, de las cuales NIISA tenía perfecto conocimiento desde mucho antes de ser notificado, pues los supuestos de hecho que motivan la aplicación de dichas penalidades ocurrieron por inejecución de las prestaciones a su cargo, las cuales son evidentemente de su conocimiento, pues no podrá afirmar NIISA que no sabe cuándo no cumplió con la entrega de raciones a las instituciones educativas beneficiadas o cuándo entregó raciones de menos o cuándo no cumplió con las características ofrecidas estipuladas en los CONTRATOS a las cuales se obligó a realizar.
- b) En ese sentido, alegar lo contrario por parte de NIISA no tiene el menor sustento, en todo caso, es importante precisar que a quien corresponde la carga de la prueba de que efectivamente no se incurrió en las penalidades comunicadas con fecha 22 de enero de 2014, no es al COMITÉ DE COMPRA, sino única y exclusivamente a NIISA, quien como se desprende de la demanda no ha cumplido con adjuntar medio probatorio alguno que permita desvirtuar la aplicación de penalidades realizadas y debidamente notificadas. La parte demandante ofrece actas de entrega y recepción de raciones sin presentarlas como anexos; por lo que PNAEQW se reserva el derecho no solo de cuestionarlas, sino, también, de interponer cualquier medio impugnatorio en su oportunidad.
- c) Sin perjuicio de la omisión de la presentación de las actas por NIISA resulta pertinente precisar que las actas de entrega y recepción no implican por su sola cuenta, la conformidad incuestionable de recepción de la prestación, ya que conforme a la cláusula undécima del CONTRATO:

«11.1. La conformidad de recepción de la prestación la otorgan los Comités de Alimentación Escolar de las instituciones educativas a través de la suscripción de las guías de remisión y actas de entrega y recepción conforme al Anexo N° 1».

Entonces recién cuando el Comité de Alimentación Escolar suscribe las guías de remisión y las actas de entrega configura la conformidad de recepción de la prestación; sin embargo, el solo hecho de emitirse la conformidad no quiere decir que los productos entregados estén exentos de algún control posterior, de la verificación de conformidad. En efecto, conforme a la Directiva N° 001-2013-MIDIS «Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar» aprobada mediante Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS se establece lo siguiente:

«6.5.2 Verificación de conformidad:

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- a. El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, revisa y verifica la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad de recepción de los productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar. (...)».

Existe, pues, un procedimiento de verificación de conformidad otorgada por el Comité de Alimentación Escolar aprobada mediante Resolución Ministerial.

Esto tiene su razón de ser en el hecho que el Comité de Alimentación Escolar, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 001.2013-MIDIS que: «Establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios del Programa Nacional Cuna Más y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma» se encuentra conformado, como mínimo por las siguientes personas:

- El director o quien haga sus veces de la institución educativa pública quien preside el COMITÉ DE COMPRA.
- Dos representantes de los padres de familia de la institución educativa pública.

La conformidad emitida por el director en conjunto con los representantes de los padres de familia necesariamente tiene que ser verificada por órganos técnicos especializados en temas de alimentos. El director y los representantes de los padres de familia no tienen conocimientos especializados sobre las características técnicas de los productos. Es por ello que el COMITÉ DE COMPRA y el PNAEQW revisa y verifica la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad (guías de remisión y actas de entrega) suscritas por el Comité de Alimentación Escolar.

Por lo expuesto, no se puede acreditar el cumplimiento de los CONTRATOS basándose solo en las actas de entrega y recepción. Las penalidades en los CONTRATOS se notificaron mediante carta N° 001.2014/CC LIMA 5 presentada por NIISA. Estas penalidades se basan en virtud de informes técnicos elaborados no por el Comité de Alimentación Escolar, sino por el COMITÉ DE COMPRA con la asistencia del PNAEQW, los cuales son:

- Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM
- Fichas de levantamiento de información.
- Informe N° 048-2013/PNAEQW/UTLMC/GCV.FIFICHADE SUPERVISIÓN
- Informe N° 002-2013/MIDIS/PNAEQW/UTLMC

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- Informe de supervisión de planta
- Informe N° 014-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 001-2013/MIDIS/PNAE-QW/TLAM
- Informe N° 007-2013/MIDIS/PNAE-QW/TLAM
- Informe N° 015-2013/MIDIS/PNAE-QW/TLAM
- Informe N° 012-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 001-2013/MIDIS/PNAE-QW/TLAM
- Informe N° 001-2013/MIDIS/PNAE-QW/UTLMC/KEA
- Actas de supervisión de establecimiento de preparación de raciones.
- Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 017-2013-CCLIMA5/ARM
- Informe N° 013-2013-/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR
- Informe N° 016-2013-/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR
- Informe N° 021-2013-/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR
- Informe N° 061-2013-/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR
- Fichas de supervisión

Los referidos informes técnicos, fichas y actas son los que sustentaron las penalidades impuestas en virtud de la verificación de la conformidad regulada en la Directiva N° 001-2013-MIDIS «Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar.

d) Ahora bien, sin perjuicio de ello, a modo de ilustración se glosan a continuación las cláusulas de aplicación:

- En relación con las penalidades en el Contrato N° 001-2013-CC LIMA5/RAC resulta de aplicación la cláusula décima tercera

Como se aprecia, el COMITÉ DE COMPRA ha cumplido con aplicar lo que, de acuerdo con el contrato, correspondía imponer frente al incumplimiento reiterado de NIISA, sustentado en informes técnicos, basados en lo que legalmente se ha regulado como verificación de conformidad.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- De otro lado, conforme al contrato, dicho acuerdo se rige por el Manual de COMPRA de Qali Warma: numerales 71), 72) y 74).
  - Asimismo, NIISA no cumplió las obligaciones de los CONTRATOS (cláusula séptima), por lo que no puede alegar que las prestaciones a su cargo fueron debidamente ejecutadas basándose en las actas de entrega que menciona NIISA, si la conformidad puede ser y fue verificada por el COMITÉ DE COMPRA con asistencia de PNAEQW.
- e) Por otra parte, dado que el presente arbitraje versa únicamente sobre el Contrato N° 001-2013-CCLIMA5/RAC (ítems Lurigancho, Rímac, Chaclacayo, Santa Anita, Ate, Cieneguilla y La Molina) de acuerdo con lo demandado por NIISA, no se comprende por qué NIISA requiere que se le devuelva por concepto de penalidades un monto de S/ 984,286.00, cuando el único monto por concepto de penalidades es S/ 980,545.93.
- f) De otro lado, habiendo advertido que alguno de los fundamentos de derecho invocados por NIISA son los principios regulados en la LPAG, es pertinente hacer las siguientes precisiones:
- Los contratos N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC (ítems Lurigancho, Rímac, Chaclacayo, Santa Anita, Ate, Cieneguilla y La Molina) son de naturaleza civil.
  - No se trata de un contrato de la administración pública en el que sea parte una entidad del Estado.
  - De acuerdo con lo previsto en la cláusula décima octava del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC, este se rige por el Manual de Compra de Qali Warma. Asimismo, dicha cláusula prevé que en defecto o vacío de dicho manual se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca Qali Warma para su regulación especial y supletoriamente el Código Civil.

En consecuencia, al no estar frente a un contrato que sea regulado por la LCE el RLCE, así como por la LPAG, no se puede configurar lo manifestado por la empresa contratista respecto a un acto administrativo, muy por el contrario, al estar frente a un contrato civil, las normas son: el Manual de Compra y, supletoriamente, el Código Civil.

- g) Finalmente, en relación a la penalidad, NIISA hace referencia a que la decisión del COMITÉ DE COMPRA para que sea válida, «no basta solo la firma del Presidente del Comité de Compra Lima 05, como se puede verificar en la Carta N° 001-2014/CCLIMA5 (...), sino que obligatoriamente es necesario que se haya realizado previamente una sesión del Comité de Compra con quorum suficiente para el desarrollo de la sesión con agenda

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

definida y los acuerdos deben constar que deben estar [sic] a su vez en un libro, que debe haber sido aperturado [sic] ante notario público en su oportunidad».

Al respecto, se desconoce cuál es la base legal o contractual de NIISA para hacer una afirmación de esa naturaleza, ya que sobre el particular en ningún instrumento normativo se ha regulado lo que NIISA indica como «obligatorio».

En ese orden de ideas, con la finalidad de que no se confunda al Tribunal Arbitral debe indicarse lo siguiente:

- (i) La aplicación de las penalidades es de carácter automático. Así se ha establecido en el último párrafo de la cláusula séptima, cláusula undécima y cláusula décima tercera de los CONTRATOS.

Además, dicha regulación contractual resulta congruente, también, con lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil.

- (ii) En la citada automaticidad, pactada por las partes, la que no requiere, incluso, la notificación de las penalidades no está sujeta a ningún requisito para su aplicación, bastando para su sola imputación la configuración del hecho generador de la penalidad (retraso en la entrega, entrega incompleta y no cumplir con las características técnicas ofrecidas).
- (iii) En ese orden de ideas, es incorrecta la afirmación que desliza NIISA respecto a que la firma del presidente en la carta N° 001-2014/CCLIMA5 es insuficiente; ello a mérito de lo dispuesto en los literales e) y j) del numeral 15 del Manual de Compra.
- (iv) Asimismo, se precisa que en ningún extremo de lo dispuesto en los contratos se ha resuelto que para la configuración e imposición de penalidades se requiera que el COMITÉ DE COMPRA delibere y acuerde esta (precisamente por la automaticidad), con lo cual NIISA está incorporando reglas contractuales no pactadas por las partes, siendo que lo que refiere como procedimiento opera en todo caso en lo dispuesto en el literal d) del artículo 14 del Manual de Compra.
- (v) Por todo lo expuesto, resulta claro que la exhibición que solicita NIISA con objeto de verificar la existencia de un «acta que acuerde la aplicación de penalidades» deviene en improcedente y, en todo caso, carece de objeto a mérito de lo estrictamente regulado por las partes.

Por los argumentos jurídicos expuestos, PNAEQW solicita al Tribunal Arbitral declare en su oportunidad infundadas la primera y segunda pretensión de la demanda.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

**3) De la tercera y cuarta pretensión principal**

- 4) Con relación a la indemnización por daños y perjuicios planteada debe indicarse lo siguiente:
- a) Al respecto, debe precisarse que la decisión de los tribunales requiere la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros.
  - b) Debe indicarse que a lo largo de la contestación de la demanda se ha demostrado y sustentado que los puntos antes referidos carecen de todo valor fáctico y jurídico y que, por consiguiente, la pretensión indemnizatoria carece de sustento que pueda demostrar daño alguno generado a PNAEQW, en mérito de lo siguiente:
    - Está probado que, al suscribirse los CONTRATOS, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de imposición de penalidades.
    - Está probado que el COMITÉ DE COMPRA no ha incumplido con sus obligaciones contractuales, muy por el contrario, ha cumplido con honrar su obligación durante toda la ejecución de los contratos.
  - c) NIISA, además, indica en la pretensión indemnizatoria que el daño causado corresponde a ser indemnizado sin especificar mayor detalle.
  - d) Con relación a las obligaciones contraídas por NIISA debe indicarse que estas son ajenas a PNAEQW, más aún si solo se ha limitado a indicar que se ha generado un daño sin haber podido demostrar fehacientemente dicha afectación, por cuanto no obra ningún documento que sustente la indemnización exorbitante que petitiona NIISA.
  - e) Teniendo en cuenta que, por las propias actividades como proveedor, este siempre va a contraer obligaciones para los diversos servicios que brinda, sin que muchos de ellos tengan relación directa con la prestación brindada a la parte demandada.
  - f) No se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo, sino que este debe ser probado.
  - g) La responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la conducta califique como antijurídica; (ii) que el daño sea imputable y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- h) La palabra «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.
- i) En términos constitucionales, el «daño» que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial.
- j) Los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales y daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.
- k) Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se habla en términos doctrinales de responsabilidad civil contractual y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes o, incluso, existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro, se trata de la responsabilidad extracontractual.
- l) Visintini manifiesta que evaluar el daño derivado de un incumplimiento y del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debeatur*) y en segundo lugar convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación que implica la cuantificación del daño: *quantum debeatur*).
- m) La primera operación que consiste en la individualización del daño resarcible presupone ya resuelta la cuestión de la imputación de la obligación del resarcimiento a un responsable y la estimación en términos de injusticia de la lesión sufrida por el damnificado y está sujeta a directivas legislativas y jurisprudenciales dirigidas a circunscribir el área de los perjuicios resarcibles.
- n) El lucro cesante debe ser evaluado con equitativa apreciación de las circunstancias del caso, no es posible una determinación precisa del daño, situación que habitualmente se presenta con el lucro cesante al ser un daño que se proyecta en el futuro.
- o) En el marco del lucro cesante se hace reingresar, desde hace un tiempo, a nivel de derecho aplicado, la noción de pérdida de chance en la medida en que se trata de un tipo de daño proyectado en el futuro, esto sirve para penetrar en el lugar del daño patrimonial resarcible, un perjuicio que a menudo es incierto; es decir, vinculado no en modo cierto, sino solo muy

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

probable, el evento dañoso. Como tal, requiere el recurso al juicio equitativo y se sustrae a la aplicación del principio de la reparación integral que caracteriza el resarcimiento del daño patrimonial.

- p) Luego de haber desarrollado doctrinariamente el lucro cesante, se puede indicar que de lo expuesto por NIISA, este no ha logrado acreditar a la fecha, los daños generados.
- q) NIISA no ha fundamentado con los hechos acontecidos y que son materia de controversia ninguna de sus pretensiones, las cuales no permiten, tampoco, conceder una indemnización por daño emergente; más aún, si el daño debe estar acreditado a fin de causar certeza frente al Tribunal Arbitral del hecho generador causado.
- r) Finalmente, PNAEQW se remite a los fundamentos fácticos y legales expuestos en la contestación de la primera y segunda pretensión principal que se reserva de ampliarla en su debido momento; por ende, PNAEQW solicita al Tribunal Arbitral se sirva evaluar sus fundamentos y oportunamente declarar infundada la tercera y cuarta pretensión planteada.

**5) De la quinta pretensión principal**

Respecto a la pretensión de los pagos de los costos y costas del proceso es evidente que los gastos que viene incurriendo NIISA devienen por causas atribuibles a ella misma y no al COMITÉ DE COMPRA; por ende, dicha pretensión de pago de gastos arbitrales debe ser declarada infundada y atribuirle íntegramente dicho pago a NIISA.

**III) Fundamentos de derecho**

PNAEQW sustenta su contestación de la demanda con los siguientes fundamentos de derecho:

- Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.
- Manual de Compra del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del PNAEQW, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N°105-2013-MIDIS/PNAEQW publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2013.
- Contratos N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC
- Código Civil.
- Directiva N° 001-2013-MIDIS «Procedimientos generales para la operatividad del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del PNAEQW», aprobado mediante Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS.



***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

- Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS que «Establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios del Programa Nacional Cuna Más y el PNAEQW»

**V. Los puntos controvertidos**

Mediante Resolución No. 35 de fecha 24 de octubre de 2019, en atención al estado actual del proceso, corresponde determinar las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, de conformidad con lo establecido en la regla 29 del Acta de Instalación:

**Primer punto controvertido:** determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas a la empresa NIISA por el COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW que son materia de la demanda.

**Segundo punto controvertido:** determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de las facturas, hasta el monto de S/ 984 286.00, por la entrega de los productos de los CONTRATOS, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

**Tercer punto controvertido:** determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW, el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la indebida imposición de penalidades y a la falta de pago del monto no afecto a estas, hasta el monto de S/ 984,286.00, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de lucro cesante.

**Cuarto punto controvertido:** determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW, el pago hasta el monto de S/ 984 286.00, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de daño emergente.

**Quinto punto controvertido:** determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW, cumplir con asumir la totalidad del pago de los costos y costas relativas al proceso arbitral (pago de árbitros, secretario arbitral, honorarios de los profesionales contratados para la presente defensa y otros.)

**VI. Admisión de medios probatorios**

Mediante Resolución No. 35 de fecha 24 de octubre de 2019 del Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios y que no han sido impugnados, se encuentran incorporados al presente proceso.

**VII. Alegatos**

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

Mediante Resolución No. 77 de fecha 31 de mayo de 2022 el Tribunal Arbitral fijó plazo para que las partes presentaran sus alegatos escritos.

NIISA y PNAEQW presentaron sus alegatos el día 7 de junio de 2022.

**Alegatos de NIISA**

Por corresponder al estado del procedimiento y estando próximos a resolver el fondo de la causa, NIISA solicita al Tribunal Arbitral que al momento de resolver se tengan en cuenta las siguientes conclusiones que demuestran los hechos y pretensiones probadas por NIISA a lo largo del contradictorio:

**Está probado que se vulneró el debido procedimiento y el derecho de defensa**

5. Está probado que los funcionarios públicos del PNAEQW vulneraron el debido procedimiento y la garantía constitucional del derecho a la defensa al aplicar penalidades (sanción pecuniaria) sin comunicarle previamente a NIISA de dicha decisión para poder ejercer el derecho a la defensa.
6. Está probado que el COMITÉ DE COMPRA nos ha notificado la imposición de 134 penalidades, mediante la carta N° 001- 2014/ CC.LIMAS, notificada recién el 22 de enero de 2014, y en la carta notarial No 003-2014/ CCLIMAS. notificada el 29 de enero de 2014, por supuestos incumplimientos que van desde el 4 de marzo de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013, sin que se haya adjuntado un solo medio probatorio que justifique la imposición de dichas penalidades, ya que en dicha carta se limitan a presentar un cuadro en la que solo se hace un breve resumen de las 134 penalidades.
7. Está probado que recién, mediante Resolución N° 68 notificada el 29/11/2021, ocho años después, de finalizado el contrato, y cuatro años después de iniciado el presente arbitraje, se corrió traslado del escrito del MIDIS, mediante el cual, presentó «nuevos medios probatorios», que, básicamente son las supuestas actas, Informes, fichas rápidas, que se habrían elaborado durante el año 2013 por parte de Qali Warma, que son casi ilegibles y no tienen sello de recepción por parte de NIISA, lo que invalida dichos medios probatorios.
8. Está probado que, pese a que NIISA cumplía con sus obligaciones las codemandadas no cumplían con el pago, por lo que se dirigió las cartas notariales de fechas 10.9.2013 y 24.9.2013, notificadas al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW, para solicitar que cumplan con detallar el procedimiento del cálculo de las valorizaciones que ya se habían abonado a nuestra cuenta corriente del Banco de la Nación, debido a que en las primeras resoluciones expedidas referentes a las órdenes de pago, se consignaba el pago íntegro de las valorizaciones computadas, sin que en dichas valorizaciones se detallara de manera específica y determinada a qué distrito correspondía el pago consignado en las resoluciones, pese a que NIISA

**Tribunal Arbitral**

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

tenía contratos con tres comités de compra y proveía a once distritos, ni tampoco se especificaba a que se debía los descuentos que se hacían, que después se supo, era por las penalizaciones

9. Está probado que, existe jurisprudencia relevante, en el que se analiza la oportunidad, el plazo razonable que tiene una entidad, para comunicar o notificar el incumplimiento del contratista, pasible de ser penalizado, el que debe responder al principio de inmediatez, y no notificar días, semanas, meses o años después del supuesto incumplimiento, tal como se ha realizado en este caso, lo cual debe ser meritudo por el Tribunal Arbitral.
10. Está probado que existen infinitos criterios arbitrales y constitucionales que proscriben la vulneración al debido procedimiento y que prohíben a los funcionarios públicos actuar de manera arbitraria.
11. Está probado que el derecho a la defensa y al debido procedimiento aplica para todas las intervenciones y decisiones de funcionarios públicos.
12. Está probado que el procedimiento para imponer penalidades se encuentra en el artículo 6.1.8 de la Directiva 001-2013-MIDIS, en la que se norma sobre la forma y el procedimiento de toma de decisiones de los comités, pues se estipula que los actos, deliberaciones y acuerdos que tome el COMITÉ DE COMPRA constan en actas. El quórum requerido para el desarrollo de las sesiones del COMITÉ DE COMPRA es de al menos tres integrantes. Los acuerdos se adoptan por mayoría, es decir con el voto favorable de tres de sus integrantes, lo cual no ocurrió en el presente caso.
13. Está probado que, en este caso, las penalidades no fueron impuestas por el COMITÉ DE COMPRA (está probado que no hay acta ni documento que contenga dicha decisión), sino que fueron impuestas por los funcionarios públicos de Qali Warma que no son parte contractual, sino parte supervisora por ser los administradores de los fondos estatales.
14. Está probado que, existen muchos tipos de penalidades, como el de características de las raciones, en que es imposible señalar o defender la automaticidad de las penalidades, si previamente no se ha puesto de conocimiento del contratista la existencia del supuesto incumplimiento.
15. En ese sentido, está probado que la decisión de imponer penalidades no fue contractual sino administrativa, por tanto, debió estar sometida al debido procedimiento y debió garantizar el derecho a la defensa.
16. Está probado que el ordenamiento jurídico no ampara el abuso del derecho, no ampara la vulneración a garantías constitucionales, por lo tanto, el tribunal arbitral está facultado para actuar aplicando el control difuso en defensa de las garantías constitucionales vulneradas en este procedimiento.

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

## **Aplicación de la atribución del control difuso en sede arbitral**

### **Petitorio**

Que, estando a la audiencia de sustentación de fundamentos jurídicos realizada el 26 de mayo de 2022, por convenir a sus derechos NIISA solicita al Tribunal Arbitral, en defensa de las garantías constitucionales del debido procedimiento y el derecho de defensa, por constituir derechos fundamentales que no pueden ser soslayados por ningún contrato administrativo, por ningún contrato privado ni por ninguna decisión del Estado.

### **Fundamentación del petitorio**

#### **Se ha demostrado la vulneración del debido procedimiento y del derecho de defensa de NIISA**

1. El derecho a la defensa y el respeto al debido procedimiento son garantías constitucionales contenidas en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y no son exclusivas ni excluyentes de la función jurisdiccional, sino que resultan aplicables a todo acto jurídico o acto administrativo, o procedimiento administrativo.
2. El derecho a la defensa es una garantía constitucional pilar del derecho que hace respetar la prerrogativa de toda parte o administrado de ejercer los mecanismos de defensa en cualquier procedimiento administrativo o privado.
3. Aun cuando el Estado actúe como privado o como particular en ciertos contratos o actos, todo procedimiento que involucra a la administración pública, en este caso al PNAEQW, está obligado a realizarse conforme a las garantías mínimas del debido procedimiento que no pueden ser obviadas, eliminadas, ni suprimidas por ningún contrato privado ni administrativo, en la medida que toda cláusula o pacto contractual que vaya en contra del ordenamiento jurídico es nula de pleno derecho.
4. Así, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05514-2005-AA ha manifestado que el derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento administrativo es una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionadoras de la administración.

#### **Las penalidades fueron aplicadas por el Estado y no por el COMITÉ DE COMPRA según ha referido el procurador público y el propio COMITÉ DE COMPRA**

1. En la audiencia de hechos, el abogado Martín Correa, quien actúa tanto como procurador defensor de MIDIS como representante del COMITÉ DE COMPRA, dejó sentado que era deber del estado velar por los recursos públicos porque el presupuesto era del Estado peruano.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

2. A lo largo de este proceso, la parte demandada no ha podido demostrar que el comité aplicó la penalidad, porque no existe ni un solo documento ni acta del COMITÉ DE COMPRA que contenga la decisión de aplicar las penalidades.
3. Lo anterior demuestra que las penalidades fueron aplicadas de manera unilateral y arbitraria por el Estado, representado en el contrato por el PNAEQW del MIDIS.

**No se respetó el derecho de defensa ni el debido procedimiento**

1. En las audiencias de hechos y de fundamentos jurídicos realizadas ante el respetable colegiado, ha quedado demostrado que las penalidades fueron aplicadas de manera automática, sin comunicar la decisión y sin conceder la posibilidad de defenderse, es más, fueron aplicadas sin siquiera habernos hecho conocer la decisión de imponerlas, pues está demostrado que recién tomamos conocimiento de las penalidades cuando se realizó el pago de la prestación con un descuento desproporcional, arbitrario y perjudicial para el proveedor, en este caso, para mi representada NIISA.
2. El Tribunal Constitucional mediante Resolución contenida en el expediente N° 08957-2006-PA/TC de fecha de publicación 27 de junio de 2007 ha resuelto:

*«8. El debido proceso en sede administrativa 8. La Corte Interamericana, en doctrina que este Tribunal suscribe, ha señalado que: ) si bien el artículo 8o de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. (párrafo 69). “( ... ) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127) e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]. (Cfr. 2050 2002-AA Caso Ramos Calque)» (subrayado agregado)*

*«9. En uniforme y reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que [ ... ] el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional (Cfr STC 4889-2004-AA)» (resaltado agregado).*

### **Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

#### **Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

3. Está demostrado por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el Estado, en cualquiera de sus actuaciones y cualquier autoridad pública que determine derechos y obligaciones de las personas a través de sus decisiones, está sujeta al control constitucional, cuando adopte decisiones, y que no existe razón para desconocer el debido procedimiento que es el conjunto de garantías indispensables.
4. Razón fundamental para demostrar que el Estado aquí no actúa como privado, sino como Estado es el hecho que, los CONTRATOS no han sido firmados directamente con MIDIS, sino con el COMITÉ DE COMPRA, a quien el Estado le otorga categoría «Independiente». Pero, el Estado interviene para supervisar y velar por los recursos públicos, en cumplimiento de funciones estatales. La pregunta es ¿cómo ejerce su función de supervisión y control? a través de decisiones administrativas fuera de los CONTRATOS que son la aplicación de las penalidades que han sido aplicadas a un contrato entre terceros, según la tesis del MIDIS, ejerciendo sus potestades de Estado.
5. Por esta razón, no podían apartarse del debido procedimiento en la toma de decisiones del estado (imposición de penalidades) y no podían mermar el derecho de defensa, colocando a NIISA en indefensión frente a la autoridad pública.
6. Por esta razón, ante el apartamiento del mandato constitucional, NIISA solicita al Tribunal Arbitral aplicar el control difuso en sede arbitral, que no es exclusivo de la función jurisdiccional.

#### **Fundamentos que justifican pedido de aplicar el control difuso en el presente proceso arbitral:**

1. El Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante (Exp. N° 142-2011-PATC), los criterios para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral:

Sumilla de la sentencia expedida por el máximo intérprete de la Constitución:

*«Se puede afirmar que la facultad de ejercer función jurisdiccional no es exclusiva de los jueces, vale decir, no solo dentro del Poder Judicial se administra justicia. En efecto, nuestra ley de leyes establece en su artículo 139° inc. 1) “Principios de la función jurisdiccional” que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Como podemos apreciar, la Constitución otorga facultades de administrar justicia también a los tribunales militares y a los tribunales arbitrales”» (Exp. 142-2011-PATC)*

2. Respecto del control constitucional judicial el Tribunal Constitucional, ha establecido lo siguiente:

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- «2. Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)».
3. El Tribunal Constitucional reconoce a la jurisdicción arbitral, la posibilidad de ejercer el control constitucional, cuando la ley aplicable al caso particular es incompatible con la Constitución, en la medida que, conforme al artículo 138 de la Constitución Política del Perú, la jurisdicción arbitral está reconocida como parte del sistema de administración de justicia, emanando su prerrogativa de un mandato constitucional.
4. En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00142-2011 PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido como precedente vinculante la potestad de aplicar el control difuso en la jurisdicción arbitral:

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1680-2005-PA/TC, Recurso extraordinario interpuesto por don Jorge Luis Borda Urbano contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República:

*«24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional: “por el contrario a dicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.0[...] más aún si ella misma artículo 38.) impone a todos y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” STC 3741-2004-AAITC, fundamento».*

En conclusión:

En atención a lo expuesto, el laudo arbitral no puede aplicar una ley o norma incompatible con la Constitución. En este caso particular, la ley aplicable a las partes es el contrato (*pacta sunt servanda* - el contrato es ley entre las partes). en consecuencia, la cláusula contractual que es ley entre las partes no puede ser aplicada (automaticidad de las penalidades) que es contraria a la Constitución política del Perú (garantía del debido procedimiento y del derecho de la defensa). Por tal razón, el tribunal arbitral puede ejercer el control difuso, inaplicando el pacto contractual contrario a la Constitución, teniendo como fundamento, la

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el respeto irrestricto de la supremacía constitucional, contenida en el artículo 51 de nuestra carta magna.

### **III. Fundamentos jurídicos - Constitución Política del Perú**

Artículo 138 sobre el control difuso: «La potestad de administrar Justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Artículo 139: Principios de la administración de justicia: El debido procedimiento (inciso 3); y el derecho de defensa (inciso 14): «El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso», que aplica para toda autoridad pública, conforme lo ha manifestado el Tribunal Constitucional.

Código Procesal Constitucional Artículo VI: Control Difuso e Interpretación Constitucional:

«Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

#### **Alegatos de PNAEQW**

Que, con fecha 31.5.22 por Resolución N° 77 el colegiado arbitral, luego de la realización de la Audiencia de Fundamentos Técnicos y Jurídicos (26.05.22) declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes plazo para la presentación de alegatos finales; en ese sentido y dentro del plazo conferido y en ejercicio de nuestro derecho de defensa señalamos las siguientes conclusiones:

NIISA señala como primer y principal sustento de las pretensiones materia del presente proceso que:

*«No se ha seguido el debido proceso para aplicar las penalidades»*

En ese sentido, los alegatos PNAEQW se centran en desvirtuar el incumplimiento del procedimiento pactado contractualmente para la aplicación de penalidades, fundamentos de NIISA sobre los cuales ya existe pronunciamiento en proceso anterior cuyo laudo tiene la calidad de cosa juzgada (Laudo 457-38-14 PUCP), por lo que se iniciará señalando cual era



### **Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

#### **Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

el marco normativo pactado por las partes para la aplicación de penalidades, su procedimiento y la automaticidad de las penalidades impuestas:

- ❖ De las Obligaciones contractuales: Conforme lo señalan las cláusulas séptimas de los CONTRATOS, la cual se reproduce también en el Manual de Compras aplicable como en las bases del proceso de compra, el contratista tenía pleno conocimiento desde la misma convocatoria al proceso de compra de las obligaciones a las que se vería comprometido en caso resulte ganador, encontrándose dentro de estas las siguientes:

- ❖ Del incumplimiento y de la aplicación de penalidad sin necesidad de requerimiento previo: El marco contractual señala:

*«En caso el contratista no cumpla con sus prestaciones, el Comité de Compra cursará carta notarial otorgando un plazo específico para el cumplimiento de las prestaciones, sin perjuicio de cobrar las penalidades diarias que se hayan generado. Si vencido el plazo el incumplimiento persiste, el Comité de Compra podrá resolver el contrato mediante comunicación notarial» (subrayado en el original).*

Normatividad que se encuentra reflejada tanto en las Bases del proceso de COMPRA como en el Manual de Compra, y que señala claramente que un requerimiento al cumplimiento de la prestación incumplida no exime al contratista de la aplicación de la penalidad impuesta, encontrándose más bien ligada la premisa del requerimiento previo a la resolución del contrato mas no en la aplicación de la penalidad conforme lo señalamos al momento de nuestra participación en audiencia de sustentación jurídica (minuto 01:40:32).

- ✓ Manual de Compra 2013 aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013- MIDIS/PNAEQW del 23.01.2013.
- ✓ Bases para el Proceso de Compra 2013, numeral 2.6.4. «Pactos aplicables a todas las penalidades.

- ❖ **De la automaticidad de las penalidades**

Se encuentra debidamente acreditado que las partes pactaron que la aplicación de penalidades era de carácter automático, conforme se corrobora de las cláusulas séptima, undécima y décimo tercera de los CONTRATOS que señalan:

«De lo señalado en el marco normativo del contrato, del cual hemos insertados los extractos correspondientes se puede verificar que conforme a esta automaticidad pactada por las partes, ni siquiera requería notificación alguna de las mismas para

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

su imposición, bastando para su sola imputación la configuración del hecho generador de la penalidad, siendo que la notificación de las mismas estaba ligada al requerimiento previo a la resolución del contrato y no como formalidad para la validez de estas penalidades que como bien señala la cláusula Séptima del contrato al incumplimiento *«quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del COMITÉ»*.

Asimismo, se señaló, y a tenor de la interrogante realizada por el colegiado arbitral (minuto 02:06:06) sobre si la automaticidad de las penalidades era aplicable a las dos causales de incumplimiento establecidas en los CONTRATOS, esto es, por retraso o por incumplimiento de características ofrecidas, sobre este punto señalamos que en ambos casos se aplicaba esta automaticidad por cuanto, la cláusula 7 de los CONTRATOS sobre «Obligaciones del Contratista», señalaba que:

*«Queda expresamente establecido que en caso el PROVEEDOR no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del Comité»*

Asimismo, y en concordancia con lo anteriormente señalado el literal b) de la cláusula 13.1. que regula la penalidad por retraso señala en su parte final:

*«(...) Esta penalidad será aplicable por evento en cada centro educativo individualmente. En caso el retraso sea superior a los sesenta (60) minutos el CAE tendrá la facultad de no recibir las raciones, sin perjuicio que EL COMITÉ aplique la penalidad y medidas correspondientes»*

Procedimiento que también se encuentra contemplado en la cláusula 13.2 que regula la penalidad por no cumplimiento de características ofrecidas:

*«En caso EL COMITÉ hubiera emitido la conformidad de recepción correspondiente, pero se detectaron que las raciones, siendo inocuas y aptas para el consumo humano, no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, EL PROVEEDOR se encuentra obligado a reponerlas en el mismo acto. Sin perjuicio de la reposición, se impondrá una penalidad que ascenderá a 0.5 de la UIT, hasta por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse»*.

De la transcripción de ambas causales, en ninguna de ellas se condiciona la necesidad de un requerimiento previo a efecto de aplicar la penalidad pactada, siendo que, en el caso particular de la penalidad por no cumplimiento de características ofrecidas, esta penalidad es detectada en los propios establecimientos del contratista, lugar en que elabora las raciones, por tanto el

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

conocimiento del incumplimiento se da en el mismo acto de supervisión, motivo por el cual no existe necesidad alguna de anexar posteriormente informe de sustento de la penalidad en la carta notarial con la que se hace de conocimiento las penalidades aplicadas (informes que como ya lo hemos señalado el marco normativo no contempla que deban ser anexados a la misiva), por cuanto el contratista tiene pleno conocimiento del incumplimiento suscribiendo el acta respectiva conjuntamente con el representante de Qali Warma en donde se hace saber el incumplimiento.

Es por este motivo y circunstancia que, de la redacción de esta causal en específico se señala que sin perjuicio que el contratista reponga el incumplimiento «en el mismo acto» será pasible de aplicación de penalidad automática «Actas de Supervisión del Establecimiento de Preparación de Raciones» que sustentan aquellas penalidades por incumplimiento de características ofrecidas que han sido presentadas en proceso mediante escrito de fecha 4.1.22., por lo que se encuentra acreditado que la automaticidad de las penalidades se aplica a ambas causales en concordancia con el artículo 1333 del Código Civil.

Caso contrario sucede con las penalidades por retraso, cuyo incumplimiento se da en las instituciones educativas, cuyo conocimiento previo a la notificación de penalidades se encuentra acreditado con el laudo anterior que señala lo siguiente:

De este mismo parecer fue el colegiado arbitral que emitió el Laudo 457-38-14 PUCP al señalar en el numeral 11.10 del referido que:

#### ❖ De la aplicación de la penalidad – Procedimiento de conformidad y pago

Se ha acreditado en proceso que la aplicación de la penalidad se encuentra a cargo del PNAEQW como financiador de este tipo de programa social conforme lo señala el artículo 5 del Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS:

En ese sentido y para su operatividad debemos ceñirnos a lo señalado en la Directiva N° 001- 2013-MIDIS —aprobada por la Resolución Ministerial N° 016— 2013-MIDIS, conforme al siguiente detalle y como respuesta a la pregunta realizada por el colegiado arbitral (minuto 01:42:40) sobre la operatividad del modelo de cogestión y la conformidad de la prestación que contractualmente es materia de revisión y verificación por parte del COMITÉ DE COMPRA con la asistencia técnica del PNAEQW y posteriormente su evaluación y autorización por parte de la máxima autoridad administrativa de Qali Warma:

- a) Son los Comité de Alimentación Escolar – CAE conformado por profesores y padres de familia en cada Institución Educativa quienes reciben los productos y otorgan la conformidad de esta entrega.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, es el COMITÉ DE COMPRA (suscriptores del contrato) con la asistencia técnica del PNAEQW quienes verifican la

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

veracidad de la documentación que sustenta esta conformidad, con el fin de comprobar que se ha cumplido con los requisitos establecidos en los contratos y que a simple vista de los miembros del CAE que no son técnicos (los CAE están constituidos por directores, profesores y padres de familia) no resulta siendo perceptible, como por ejemplo, si se ha cumplido con la fórmula establecida en las fichas técnicas para la elaboración del bebible (cantidad de agua + cantidad de leche) si los panes cuentan con la cantidad exacta de jamonada o manjar establecido, etc., y que solo puede ser verificado por personal técnico del programa.

- c) Es posteriormente la Unidad Territorial (parte orgánica y administrativa del PNAEQW en cada departamento del país) quien remite a la sede central la documentación que sustenta la conformidad para su evaluación y autorización en caso corresponda por la autoridad administrativa del programa

En esta última Instancia el director ejecutivo del PNAEQW como máxima autoridad administrativa emite la Resolución de Dirección Ejecutiva que aprueba la transferencia de recursos al COMITÉ DE COMPRA para que este finalmente proceda al pago.

De lo señalado, se acredita que la sola conformidad otorgada por los profesores o padres de familia en los colegios al momento de recibir estas raciones (CAE) no resulta suficiente para acreditar una debida prestación del contrato y que el mismo contratista ha reconocido en el numeral 22 de los fundamentos de demanda en directa contradicción con lo señalado en audiencia al señalar:

Interpretación correcta del marco normativo que también fue acogida por Laudo anterior (Laudo 457- 38-14 PUCP) cuyo colegiado señala sobre este punto y sobre la automaticidad de las penalidades:

Siendo por tanto, necesario para establecer el cumplimiento correcto de las prestaciones la verificación de esta información con los requisitos establecidos dentro de las bases y el contrato por personal técnico especializado del programa quien evalúa y autoriza, y de ser el caso aplica los descuentos pertinentes por los incumplimientos cometidos y que son pasibles de aplicación de penalidad, transfiriéndose solo el pago de aquellas prestaciones realizadas correctamente previa deducción de las penalidades aplicadas conforme lo reconoce NIISA en el minuto 00:07:43 de la audiencia de sustentación jurídica y que confirma la automaticidad de las penalidades aplicadas.

#### ❖ Sobre la pericia realizada a las Actas de Conformidad

Con relación al punto anterior, mediante la cual se ha demostrado que las Actas de Conformidad de Entrega y Recepción de Raciones por si solas no acreditan la realización de la prestación del servicio conforme al contrato debiendo estas pasar

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

por el tamiz de la verificación, evaluación y autorización por parte del COMITÉ DE COMPRA y el PNAEQW; el COMITÉ DE COMPRA ofreció la realización de una pericia caligráfica sobre aquellas 28 actas ingresadas en original al presente proceso.

Por lo anteriormente señalado, con fecha 30.3.22 se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial durante la cual el señor perito Félix Aquije sustentó el informe alcanzado al proceso concluyéndose que de las 28 actas presentadas por NIISA conteniendo 123 firmas, en cuatro de las referidas actas las firmas contenidas en ellas no provenían del puño gráfico de su titular y en otra acta si bien presentaba divergencias el perito no pudo realizar un pronunciamiento categórico por insuficientes muestras de comparación, hallazgos que no hacen, sino abonar y sustentar la necesidad de una verificación posterior pactada por las partes para dar la conformidad del pago y/o los descuentos respectivos por los incumplimientos generados y por los cuales se aplicaron las penalidades respectivas.

#### ❖ Del cálculo de las penalidades:

NIISA señaló en proceso y como parte de los fundamentos de un indebido procedimiento de aplicación de penalidades, que estas resultan siendo draconianas excesivamente altas, aplicándose, por ejemplo, por entrega tardía una penalidad por cada colegio del lugar del incumplimiento (minuto 00:33:17 de la audiencia de sustentación jurídica) debiendo aplicarse el artículo 1332 del Código Civil reduciendo el monto impuesto; afirmación que consideramos no ajustada al marco normativo de los contratos por cuanto el contratista tenía pleno conocimiento desde la propia convocatoria al proceso de compra cuáles eran los requisitos y condiciones contractuales, las mismas que, suscritos los contratos, quedaron pactadas de la siguiente manera:

- Por retraso: un 0.10 % del monto total del contrato por evento y por cada centro educativo.11
- Por Incumplimiento de características: un 0.5 de la UIT por evento hasta por un monto del 10 % del monto total del contrato.

Penalidades debidamente delimitadas en los CONTRATOS, que conforme se señaló en audiencia (minuto 01:57:01) en su aplicación y en el caso hipotético de varios incumplimientos en un mismo día con respecto a diferentes instituciones educativas, la aplicación de penalidad era por cada uno de ellos, conforme lo señala la cláusula 13.4. de los CONTRATOS que señala que cada penalidad se calculará en forma independiente y que estas pueden ser deducidas de los pagos parciales como del pago final, con lo que también se desvirtúa los fundamentos esgrimidos por NIISA en cuanto a que le fue puesta en conocimiento

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

la aplicación de penalidad al año siguiente, al no existir aún liquidación de los CONTRATOS por estar discutiendo en este proceso la aplicación de las penalidades interpuestas.

Por lo que desconocer estos acuerdos irían en contraposición al principio de *pacta sunt servanda* y de la naturaleza de este arbitraje de derecho, contradicción que se evidenció de la pregunta realizada por el colegiado arbitral 00:33:37 quien consultó si el valor de las penalidades aplicadas se encontraba previstas en los CONTRATOS, a lo que contratista debió asentir su existencia.

Este es un hecho que fue materia de consulta por el Tribunal Arbitral quien señala (minuto 00:54:40 de la audiencia) y a tenor de lo manifestado por NIISA sobre un supuesto enriquecimiento sin causa de la entidad por cuanto: «el proveedor no está en condiciones de negociar las condiciones del contrato, porque su contenido es una plantilla pre establecida que no es sujeto de negociación»; consultado por el Tribunal Arbitral si existía obligación por parte de NIISA de participar en el proceso de selección o si fue la voluntad de NIISA, y si se trata ante un contrato de naturaleza civil o de uno de adhesión; en ese sentido y a pesar de lo señalado por NIISA, se ha acreditado en proceso que como todo proceso de COMPRA, dentro del cronograma de su realización existe una etapa de «Formulación, Absolución de Consultas y Modificaciones de Bases» conforme al numeral 2 de las Bases.

Por lo que resulta errado entonces afirmar que nos encontramos ante un contrato de adhesión y que NIISA se encontraba obligado a suscribir el contrato, lo que consideramos incongruente por cuanto dentro del derecho de la libre contratación, y de la valoración de los pro y contra de las condiciones contractuales puestas a su conocimiento, pudo en su oportunidad realizar la consulta respectiva sobre el extremo de la convocatoria que considerarla necesaria (en este caso sobre la aplicación de penalidades, montos y procedimiento), y posteriormente a ello de no estar de acuerdo a sus condiciones no presentar propuesta con el fin de resultar ganador y suscribir los CONTRATOS que debía cumplir conforme a sus condiciones, lo que nos parece contradictorio por cuanto esas reglas y procedimientos son de pleno conocimiento del contratista por cuanto viene participando desde la creación del programa hasta la fecha (y, mucho antes con el programa del Vaso de Leche) de toda convocatoria realizada por el programa, que si bien las reglas de ejecución contractual varían anualmente conforme a sus propios manuales de compra, las etapas de cada convocatoria al proceso, la publicación de bases, el plazo para presentar propuestas y observaciones y de entrega de propuestas técnicas y económicas no han sido variadas por lo que no se puede asumir que exista un ejercicio abusivo de posición contractual por parte del programa.

Asimismo, y debido a lo señalado por NIISA en cuanto al extremo del «enriquecimiento sin causa» el Tribunal Arbitral consultó si esta argumentación se encontraba interrelacionada a alguna de las pretensiones puestas a su

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

conocimiento (minuto 00:59:45) NIISA señaló que tiene relación con la aplicación de penalidades en caso el Tribunal Arbitral no ampare su primera pretensión de la inexistencia de un debido procedimiento, NIISA solicita que se tome en cuenta estos fundamentos al momento de analizar una por una y en forma individual las penalidades impuestas a efecto de determinar si algunas de ellos puedan resultar draconianas, abusivas o arbitrarias; fundamentos que son incongruentes con las pretensiones interpuestas en las cuales no existe fijada pretensión alguna de reducción de penalidades por enriquecimiento indebido, sino más bien y realizando un reconocimiento tácito de que estos fundamentos no son parte de ninguna de las pretensiones puestas a conocimiento del colegiado, NIISA solicitó al colegiado que en el caso hipotético que desee evaluar una a una las penalidades impuestas solicita discutir su graduación.

Esta solicitud extra petita realizada por NIISA, la basó en una serie de laudos en los cuales diferentes tribunales arbitrales habían resuelto causas con respecto a la aplicación de penalidades (del minuto 00:50:07 al 01:17:15), pero sin tomar en cuenta que cada caso resulta siendo particular y las controversias discutidas cuentan con sus propios matices de complejidad jurídica, más aún si estos laudos tienen relación como procesos de compra de otros años que no son aplicables al caso puesto a conocimiento de este Tribunal Arbitral por lo que PNAEQW solicita no sean tomados en cuenta, más aún si no han sido ingresados al presente proceso por lo que se desconoce su pertinencia.

❖ En cuanto al procedimiento de notificación de la penalidad aplicada

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, habiendo acreditado la automaticidad de la penalidad y la inexistencia de requerimiento previo para su constitución o la necesidad de que esta sea notificada para efecto de su aplicación, conforme al marco normativo de los CONTRATOS no se contempla requisito previo y bajo sanción de nulidad que establezca como parte del procedimiento de aplicación de penalidades la notificación de las mismas ni que exista obligación alguna del COMITÉ DE COMPRA ni de su presidente de sesionar para su implementación y/o notificación (conforme lo señala erróneamente NIISA al minuto 00:13:25 de la audiencia) conforme se puede apreciar de lo dispuesto en los numerales 13), 14) del Manual de Compra que señala sesionar obligatoriamente para el inicio del proceso de compra, la evaluación de propuestas, la revisión del estado y balance de los recursos transferidos por la Entidad, no existiendo en ninguno de sus extremos contemplado sesionar para la aplicación de penalidades, lo que confirma una vez más que esta aplicación es realizada por la entidad al momento de realizar la transferencia de recursos al COMITÉ DE COMPRA para el pago previo descuento y deducción de las penalidades aplicadas:

Asimismo, y de una lectura sistemática de la norma tenemos que el numeral 15) del referido manual señala en su literal j) que es función del presidente del comité

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

comunicar al proveedor las penalidades ya aplicadas y no como un requisito previo para la validez de su aplicación.

De lo señalado y delimitada las normas específicas del marco normativo del contrato sobre las cuales NIISA fundamenta su demanda, desarrollaremos cada de los fundamentos de los alegatos

❖ De las pretensiones puestas a conocimiento del colegiado

Se ha acreditado en proceso que, con fecha 22.1.14 (y, rectificación de fecha 29.1.14) se notificó a NIISA la aplicación de penalidades por incumplimiento contractuales durante la ejecución contractual del año 2013, misiva en la cual se detalla en cada una de ellas, el concepto, la causal del incumplimiento, el ítem correspondiente y monto de la penalidad, incumplimiento de los cuales tenía perfecto conocimiento el contratista desde mucho antes de ser notificados (pese a que como se ha sustentado y acreditado en proceso las penalidades eran automáticas por lo tanto no era necesaria notificación alguna para la validez de su aplicación), pues los supuestos de hecho que motivaron la aplicación ocurrieron producto de la inejecución de prestaciones, y las cuales fueron puestos a su conocimiento mediante cartas:

- Carta Notarial N° 002-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 003-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 004-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 005-2013/CC-LIMA5

Todas de fecha 21.3.13 mediante las cuales Qali Warma acredita que el contratista NIISA si tenía conocimiento de sus incumplimientos desde antes de ser notificados con las penalidades, conforme lo establece el Laudo 457-38-14 (pág. 15 del laudo), el mismo que tiene calidad de cosa juzgada.

Asimismo, NIISA ha señalado que las cartas con las cuales se hicieron de conocimiento las penalidades aplicadas de fecha 22.1.14 y de fecha 29.1.14 no contenían medio probatorio alguno que haga referencia de los incumplimiento por los cuales se le implementó penalidades (minuto 00:17:40 de la audiencia de fundamentación jurídica), sino que después de cuatro años nuestra parte ha presentado medios probatorios como actas, informes, fichas rápidas que se habrían elaborado en el año 2013 casi ininteligibles y sin sello de recepción, lo que invalida dichos medios de prueba.

Ante esta afirmación queremos reiterar una vez más que, nos encontramos ante un marco normativo que establecía la automaticidad de las penalidades al incumplimiento de las condiciones contractuales; así como que los supuestos de



**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

hecho que motivaron su aplicación ocurrieron por inejecuciones contractuales que evidentemente eran de su entero conocimiento, pese a ello y como señalamos en párrafos anteriores con fecha 21.3.13 NIISA fue comunicado de estos incumplimientos mediante cinco cartas notariales, asimismo y conforme se acredita en audiencia de sustentación jurídica de las Actas de Supervisión de establecimientos alcanzadas al proceso mediante escritos de fechas 22.11.21 y 04.1.22 y sobre la aplicación de penalidades por incumplimiento de características ofrecidas (cláusula 13.2 de los CONTRATOS) se encuentran debidamente suscritas por representantes de NIISA quienes estuvieron presentes al momento de la inspección y tomaron conocimiento in situ de los incumplimientos cometidos para su subsanación sin perjuicio de la aplicación de penalidades conforme lo señala la cláusula en comentario.

❖ Actas de supervisión del establecimiento de preparación de raciones:

- En cuanto a la penalidad N° 31 (del escrito de fecha 22.11.21) tenemos el medio probatorio 27 «Acta de Supervisión del establecimiento de preparación de raciones de fecha 19.7.13 en el establecimiento de producción de Villa Santa Rosa suscrita con la representante de la empresa sobre incumplimiento de características ofrecidas:

Asimismo, en cuanto a las penalidades establecidas por retrasos en la entrega, clausula 13.1 de los CONTRATOS.

❖ Actas rápidas de las cuales se inserta algunos ejemplos:

- En cuanto a la penalidad N° 25 (del escrito de fecha 22.11.21) tenemos el medio probatorio 15 «Acta de Compromiso del proveedor de desayuno escolar del día 14.08.13» suscrita junto con el representante de NIISA por el retraso en la entrega de raciones:

De los ejemplos insertados se puede acreditar fehacientemente que el proveedor sí tenía pleno conocimiento de los incumplimientos de la prestación materia de los CONTRATOS, desvirtuando con ello lo señalado por NIISA al minuto 00:17:40 de la audiencia de fundamentación jurídica de desconocer los incumplimientos por los cuales se le había aplicado las penalidades materia de controversia.

- 1.2. De otro lado el contratista (minuto 00:45:37) y a efecto de acreditar la supuesta obligatoriedad de alcanzar junto con la carta mediante la cual se hizo de conocimiento las penalidades aplicadas, los informes, fichas, actas etc. que sustentaron las penalidades, mencionó lo resuelto en el numeral 11.11. del laudo anterior (Laudo 457-38-14 PUCP).

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Sin embargo, se ha omitido señalar, y dentro de una lectura más amplia del referido documento que tiene calidad de cosa juzgada que, el numeral siguiente, esto es el 11.12 concluía este extremo de los hechos puestos a su competencia señalando lo siguiente:

«Pero dado que se verifica la imposición formal de penalidades en estricta aplicación del contrato; aplicación de penalidades que a su vez ha sido admitida y no negada por ambas partes en este arbitraje, este Tribunal considera que dicha imposición fue efectivamente llevada a cabo por parte de la demandada en contra de la demandante, de acuerdo a lo pactado por las partes y el marco legal que rige el contrato».

Como se podrá apreciar, ya en laudo anterior el colegiado concluyó que la posición de penalidades se realizó en «*estricta aplicación del contrato*» por lo que se cuenta ya con un pronunciamiento que establece la existencia de un debido procedimiento en la aplicación de penalidades.

De lo señalado y no habiéndose acreditado la existencia de un indebido procedimiento de aplicación de penalidades ni aportado el demandante prueba alguna que acredite lo contrario PNAEQW solicita al Tribunal Arbitral en su oportunidad declarar infundada la demanda, al haberse probado que tanto el COMITÉ DE COMPRA como el PNAEQW han actuado conforme a las reglas pactadas en el contrato y en el marco normativo del mismo, así como al contar con un laudo en calidad de cosa juzgada cuyos pronunciamientos ya desestimaron cada una de las alegaciones hechas por NIISA en el presente proceso.

❖ De las pretensiones interpuestas por lucro cesante y daño emergente

Se ha acreditado en proceso que, y del desarrollo de las actuaciones arbitrales y de los presentes alegatos que, PNAEQW ha demostrado y sustentado que las pretensiones puestas a su conocimiento carecen de todo valor fáctico y jurídico, adoleciendo por tanto de sustento que acredite la generación de daño alguno.

Se ha probado en proceso que, al suscribirse los CONTRATOS, el proveedor se comprometía a cumplir con las obligaciones contractuales contenidas en este instrumento, las mismas que se encuentran establecidas en forma clara y objetiva con respecto al procedimiento de aplicación de penalidades; en ese sentido la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos:

- i) Que la conducta califique como antijurídica
- ii) Que el daño sea imputable; y
- iii) Que las consecuencias de los hechos generen un daño.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Presupuestos que en el presente proceso no han sido acreditados de forma alguna.; por lo señalado, se solicita que este extremo de las pretensiones también sea declarado infundado en su oportunidad.

❖ De lo resuelto en el Laudo 457-38-14 PUCP – cosa juzgada

Finalmente, solicitamos al colegiado arbitral tener en cuenta al momento de emitir laudo los alcances del Laudo Arbitral 457-38-14 PUCP conforme al principio de inmutabilidad de las resoluciones que ostentan la calidad de la cosa juzgada, principio y derecho de la función jurisdiccional que se encuentra contemplado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en ese sentido el referido laudo, el cual fue materia de un fallido recurso de anulación por parte del contratista contiene pronunciamientos sobre el fondo de aquel tribunal arbitral que resolvió declarar infundadas las siguientes pretensiones:

- «1. Determinar si corresponde o no, ordenar la devolución de la suma ascendente a S/ 1'011,356.11 (Un millón once mil trescientos cincuenta y seis con 11/100 Nuevos Soles) que corresponden a las supuestas penalidades impuestas por el Comité de Compra N° 05.
2. Determinar si corresponde o no, ordenar la devolución de la suma ascendente a S/ 432,919.90 (Cuatrocientos treinta y dos mil novecientos diecinueve 90/100 nuevos soles), referente al monto que los demandados deberían devolver, pues dicha cantidad no ha sido sustentada en las resoluciones de penalidades, además no ha sido cancelado hasta el momento».

Si bien como se señaló en proceso, tiene una redacción diferente de aquella que es puesta a conocimiento del Tribunal Arbitral, giran en torno a la aplicación de las penalidades comunicadas mediante cartas notariales de fechas 22.1.14 y de fecha 29.1.14, esto es, el laudo arbitral mencionado ya contiene un pronunciamiento con calidad de cosa juzgada en cuanto a las penalidades aplicadas y la validez de estas, señalando en el punto 11.31 del laudo en mención que:

«Asimismo, se generaría la motivación deficiente y defectuosa del laudo, por carecer de *ratio decidendi*, configurando de este modo un flagrante pronunciamiento *extra-petito*, absolutamente contrario a la jurisprudencia constitucional antes citada, máxime si de contestar las penalidades notificadas por la demandada, con las actas de recepción presentadas por la demandante, se advierten diversos incumplimiento por parte de NIISA, tal como consta en el Anexo 1 de este laudo, sin que quede acreditado plenamente que le correspondería la devolución del monto total fijo, pretendido como punto controvertido principal. En consecuencia y estando a los considerandos y fundamentos que anteceden,

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

corresponde declarar infundada la pretensión principal consistente en devolver la cantidad de S/ 1'011,356.11».

El Anexo 1 que es mencionado en el referido numeral y que es parte integrante del laudo en mención que concluye señalando que existe un monto correctamente aplicado de penalidades ascendente a la suma de S/. 1'449,241.43 pronunciamiento de colegiado anterior que resulta inmutable.

De lo señalado, y siendo que el contratista pretende en el presente proceso que este tribunal declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las mismas penalidades puestas a su conocimiento mediante cartas de fechas 22.1.14 y de fecha 29.1.14 hasta por el monto de S/. 984,286.00 se debe tener presente que ya existe un pronunciamiento por un colegiado anterior que declaró la correcta aplicación de penalidades por una suma de S/. 1'449,241.43 monto total probado y con calidad de cosa juzgada que PNAEQW solicita tener presente a efecto de no transgredir esta garantía constitucional de la cosa juzgada dejando sin efecto los efectos de lo resuelto en proceso anterior.

Conclusiones: se ha acreditado en el proceso que:

- Se ha acreditado que el debido procedimiento para aplicar la penalidad se ha seguido conforme al marco contractual pactado por las partes, contenido en las cláusulas séptima, décimo tercera de los CONTRATOS y en la Directiva N° 001-2013-MIDIS –aprobada por la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS.
- Se ha acreditado que las penalidades pueden ser deducidas de los pagos parciales o del pago final del contrato (liquidación) por lo que la oportunidad de su conocimiento por cartas notariales de fechas 22.1.14 y 29.1.14 resultan siendo válidas.
- Se ha acreditado en proceso que las partes pactaron la aplicación automática de las penalidades impuestas, sin que exista necesidad de requerimiento o conocimiento previo al contratista.
- Se ha acreditado en proceso que NIISA no ha individualizado de forma ni modo alguno las penalidades aplicadas contenidas en las cartas notariales de fecha 22.1.14 y 29.1.14. por lo que no ha acreditado el cumplimiento de prestación alguna de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil.
- Se ha acreditado que la aplicación de penalidad es realizada por Qali Warma previa verificación por parte del COMITÉ DE COMPRA con la asistencia técnica del programa, por lo que las actas de conformidad suscritas por los miembros del CAE (directores, profesores y padres de familia) no son suficiente para acreditar la realización válida de la prestación.

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

- Se ha acreditado en proceso que el marco contractual no establece la necesidad de adjuntar a las cartas notariales los informes que sustentan el incumplimiento, sino que se haga de conocimiento su aplicación.
- Se ha acreditado en proceso que el cálculo de las penalidades y los montos resultantes de las mismas, se encuentran debidamente sustentadas en la cláusula 13.4 de los CONTRATOS que señala que las penalidades se calculan en forma independiente de las demás penalidades, asimismo las cláusulas 13.1 y 13.2 establecen en forma clara los montos y/o porcentajes de aplicación por cada incumplimiento.
- Se ha acreditado en proceso que, conforme al numeral 13, 14 y 15 del Manual de Compra no existía obligatoriedad de sesión previa por parte del COMITÉ DE COMPRA para hacer de conocimiento la aplicación de penalidades, siendo solo función del presidente del comité su comunicación.
- Las pretensiones puestas a conocimiento del Tribunal Arbitral ya fueron materia de pronunciamiento en otro proceso arbitral (Exp. 457-38-14 PUCP) cuyo monto probado tiene la calidad de cosa juzgada que resolvió declarando la correcta aplicación de penalidades por una suma de S/. 1'449,241.43 contenidas en las cartas notariales de fechas 22.1.14 y de fecha 29.1.14.

De lo señalado, producto de la discusión en proceso de cada uno de los fundamentos esgrimidos por las partes y de las alegaciones en las audiencias celebradas con el fin de ilustrar al Tribunal Arbitral se ha acreditado que no existe base legal para amparar las pretensiones realizadas por NIISA, al ser válida y legal la aplicación de penalidades como el procedimiento seguido para este fin.

#### **PNAEQW absuelve control difuso de NIISA**

PNAEQW deja sentado su extrañeza a la solicitud de aplicación de control difuso realizada al Tribunal Arbitral, tomando en cuenta que se está discutiendo controversias surgidas de la ejecución de contratos suscritos en el año 2013, siendo su marco normativo aceptado y ejecutado por las partes conforme a las reglas claramente establecidas desde la misma convocatoria al proceso de compra y cuyas controversias vienen siendo discutidas por el contratista desde el año 2014 inclusive (Laudo 457-38-14), y que ahora se pretenda, luego de más de 9 años, solicitar al Tribunal Arbitral la aplicación de un control difuso constitucional, sobre reglas y normas (aplicación de penalidad automática) que fueron materia de pronunciamiento en laudo anterior.

Si bien, la norma constitucional no establece un plazo de caducidad para el ejercicio del control difuso, debe tenerse presente que la supuesta afectación se dio desde en el año 2013, año de la suscripción del contrato y cuya convocatoria y normas que la regulaban no fue materia de objeción alguna por el contratista, resulta paradójico ahora que después de nueve años se solicite el control difuso sobre actos propios de incumplimiento basado en

***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

una supuesta transgresión de sus derechos constitucionales al momento de aplicarle penalidades ya pactadas, cuando en su oportunidad durante la convocatoria, suscripción de contrato, ejecución del mismo y aplicación de penalidades en el año 2014 no realizó objeción alguna, sumado al hecho que hasta la fecha el contratista sigue participando en procesos de compra bajo este modelo *ad portas* que el Tribunal Arbitral emita laudo convenientemente cuestiona.

**Del modelo de cogestión del PNAEQW**

Tomando en cuenta los fundamentos de la solicitud realizada y el cuestionamiento que se realiza al modelo de cogestión, PNAEQW señala lo siguiente:

- a) En mérito a lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, el Proceso de Compra a cargo del PNAEQW se rige por normas especiales, por lo que no le aplica la LPAG ni LCE, por lo tanto, no cabe la aplicación de un «procedimiento administrativo sancionador» ni la aplicación de los procedimientos administrativos a los que se hace referencia NIISA, por lo que el PNAEQW y el COMITÉ DE COMPRA han actuado en estricta observancia de las normas que rigen los Procesos de Compra, normas a las cuales NIISA se sometió voluntariamente y conocía perfectamente, tanto es así, y como ya se ha señalado hasta la fecha sigue participando de procesos de compra bajo este modelo.
- b) Mediante Decreto Supremo N° 008- 2012-MIDIS y normas modificatorias, se crea el PNAEQW como Programa Social del Estado a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, con el propósito de brindar un servicio alimentario de calidad, adecuado a los hábitos de consumo locales, cogestionado con la comunidad, de calidad sostenible y saludable para las/los escolares del nivel de educación inicial y del nivel de educación primaria de la Educación Básica en instituciones educativas públicas. En ese sentido, el PNAEQW ejecuta un Proceso de Compra a través de comités de compra a nivel nacional, que están conformados por representantes del Estado en los niveles de gobierno subnacionales y representantes de la comunidad (madres y padres de familia), de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo N° 001-2013- MIDIS.
- c) Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, tanto el COMITÉ DE COMPRA como el PNAEQW han actuado en estricta aplicación de la normativa que rigen los Procesos de Compra para la prestación del Servicio Alimentario a cargo del PNAEQW, el cual no se rige por las disposiciones de la LCE ni por las previsiones de la LPAG. En atención a ello, los fundamentos de la solicitud realizada no se ajustan a derecho, toda vez que parten de premisas erradas y arriban a conclusiones equivocadas.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- d) Según lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 - Ley N° 29951, tanto los comités de COMPRA del PNAEQW se rige por las normas que apruebe el MIDIS y supletoriamente por las normas del Derecho Privado: «OCTAGÉSIMA CUARTA. (...) Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compra, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado. (...)».

En atención a ello, el PNAEQW dicta la normativa respectiva para la ejecución del Proceso de Compra para la prestación del Servicio Alimentario, normativa que conocen y a la cual se someten los postores y proveedores de dicho Servicio Alimentario de tal manera que la normativa que aplica el PNAEQW para llevar adelante el Servicio Alimentario, es de naturaleza especial, sustentada en lo dispuesto en la Ley N° 29951 y por lo tanto, no le es aplicable ni la LCE ni la LPAG, lo cual está amparado en la «reserva de ley» consagrada en el artículo 76 de la Constitución Política, según el cual, pueden establecerse supuestos de excepción a la aplicación del régimen general de contrataciones del Estado, siempre que así lo disponga una norma con rango de Ley.

«Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, excepciones y las respectivas responsabilidades».

Conforme se aprecia del artículo 76, la Constitución ha establecido que, por regla general, la provisión de bienes y servicios con cargo a fondos públicos debe efectuarse por procedimientos de contratación pública: licitación o contratación pública, sin embargo, también establece una reserva legal respecto de la aprobación del procedimiento, excepciones y responsabilidades, lo que supone que a través de normas de rango de ley se regulará la contratación de obras o servicios y la adquisición o enajenación de bienes con fondos públicos. Con relación a dicho artículo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

«19. En consecuencia, si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto

**Tribunal Arbitral**

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.

20. Este Colegiado reconoce que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo —necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado—, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos»<sup>1</sup>.

- e) Por lo expuesto precedentemente, y asumiendo como perspectiva de análisis el carácter dinámico de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, PNAEQW considera que —contrariamente a lo alegado por NIISA— la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76 de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar.

Lo opinado por el Tribunal Constitucional respecto a la legalidad de la emisión de normas especiales para contrataciones a cargo de entidades públicas ha sido también reconocido por el Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE a través de la Opinión N° 100-2009/DTN, en los siguientes términos:

«Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas —esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratando en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad— y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario, el artículo 76 de la Constitución Política dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley.

En este sentido, la LCE constituye la norma de desarrollo del citado precepto constitucional, dado que establece las reglas que deben observar las Entidades en las contrataciones que lleven a cabo erogando fondos públicos, constituyéndose de

---

<sup>1</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC.



**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

esta forma el régimen general de contrataciones del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud a la “reserva de ley” consagrada en el citado artículo 76o de la Constitución Política, pueden establecerse supuestos de excepción a la aplicación del citado régimen general de contrataciones del Estado, siempre que así lo disponga una norma con rango de Ley».

- f) De igual modo en la Opinión N° 069-2013/DTN, el OSCE se reafirma en la validez de las normas especiales de contratación a cargo de las entidades públicas, señalando lo siguiente:

«2.3 Por su parte, el numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley establece los supuestos en los que no resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado; sin embargo, adicionalmente a estos supuestos, mediante ley puede establecerse que determinadas contrataciones se realicen observando mecanismos excepcionales de contratación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: «(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario».

Conforme a ello, debe reconocerse que existe un régimen general de contrataciones del Estado —correspondiente al de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y demás normativa de nivel reglamentario emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado— y, en paralelo, pueden existir regímenes especiales de contratación creados mediante ley, que establecen sus propios requisitos, procedimientos y demás formalidades para llevar a cabo las contrataciones públicas bajo su ámbito».

Con relación a la legitimidad de la aplicación de las normas de carácter específico antes que las normas de carácter general, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 103 de la Constitución que señala lo siguiente:

«Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho.

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho».

En atención a lo previsto en los artículos 76 y 103 de la Constitución y a lo señalado por el Tribunal Constitucional y el OSCE respecto a la legalidad de la emisión de normas especiales en materia de contrataciones y la prevalencia de la ley especial sobre la ley general, se puede claramente ver que, conforme a lo previsto en la Ley N° 29951 y demás normas que rigen el Proceso de Compra del Servicio Alimentario, que el PNAEQW y, consecuentemente, los Comités de Compra, no están sujetos a las disposiciones generales de la LCE, ni a los procedimientos previstos en la LPAG, ya que dicho Proceso de Compra se rige por las normas dictadas por el MIDIS y el PNAEQW y supletoriamente por las reglas del Derecho Privado, debido justamente al principio de especificidad de las normas reconocido constitucionalmente.

Resulta conveniente tener en cuenta que el propio TUO de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF ha previsto la posibilidad de que se dicten normas especiales de contratación, en las que se establezcan procedimientos que no estén sujetos a las reglas generales de la contratación pública. En efecto, el literal j) del artículo 4 del citado TUO señala lo siguiente: «Artículo 4. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación la presente norma no es de aplicación para: (...) j) Las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales. (...)».

- g) Así pues, ha quedado claramente acreditado que el Proceso de Compra se rige por disposiciones especiales dictadas por el MIDIS y el PNAEQW y supletoriamente por las normas del Derecho Privado, por lo tanto, el contratista no está novísima y extemporánea solicitud está tratando de inducir a error al colegiado, ya que a sabiendas de que el Proceso de Compra no se rige por la LPAG pretende discutir la constitucionalidad del marco normativo de los contratos luego de 9 años de suscritos dentro de un proceso de compra y de existir un posterior proceso arbitral en el cual este supuesto cuestionamiento a la constitucionalidad de la aplicación automática de la penalidad fuera materia de controversia alguna, solo por el hecho de (y a tenor del desarrollo del presente arbitraje) considerar que, a la luz de haberse aplicado penalidades dentro del marco normativo de los contratos, sus pretensiones no serán amparadas.

#### **De los fundamentos de NIISA**

- h) NIISA dentro de sus conclusiones señala lo siguiente:

«En atención a lo expuesto, EL LAUDO ARBITRAL no puede aplicar UNA LEY O NORMA incompatible con la Constitución. En ese caso particular, LA LEY

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

APLICABLE A LAS PARTES en el CONTRATO (Pacta Sunt Servanda – El contrato es ley entre las partes)».

En primer lugar y conforme PNAEQW lo ha desarrollado extensamente líneas arriba, las normas aplicables a la presente controversia, basadas en el marco normativo de los contratos se encuentran debidamente sustentadas y amparadas dentro de los parámetros de control constitucional, suma a ello tenemos que, conforme lo señala el marco normativo de los CONTRATOS y bajo el modelo de cogestión el PNAEQW la Directiva N° 001-2013-MIDIS —aprobada por la Resolución Ministerial N° 016—2013-MIDIS, señala lo siguiente:

«III. Ámbito de Aplicación.

La presente directiva es de aplicación por Qali Warma, los comités y organizaciones que se constituyan para la atención del servicio alimentario en el marco de su modelo de cogestión (...)».

«6.5.2. Verificación de conformidad

a. El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, revisa y verifica la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad de recepción de productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar».

«6.5.3. Transferencia de recursos

a. La Unidad Territorial respectiva remite a la sede central de Qali Warma la solicitud de autorización formulada por el Comité de Compra y la documentación que sustenta la conformidad en la atención del servicio alimentario, para su evaluación y autorización, en caso corresponda, por la máxima autoridad administrativa de Qali Warma».

Como podrá apreciar el colegiado, dentro del marco normativo de los contratos y en este caso en específico en la Directiva N° 001-2013-MIDIS se encontraba estipulado el procedimiento de aplicación de penalidades señalándose claramente que el COMITÉ DE COMPRA con la asistencia técnica de Qali Warma, «revisa y verifica la veracidad de la documentación», el resultado de esta verificación era elevada a sede central del programa para su evaluación y autorización, por lo que la aplicación de penalidad es resultado de la revisión previa del comité con la asistencia del programa y su autorización se encuentra a cargo de sede central quien finalmente transfiere a las cuentas del COMITÉ DE COMPRA el valor de la prestación descontando de ello la penalidad por incumplimiento.

Procedimiento el cual, su validez en el presente proceso no es materia de controversia y que el contratista no puede discutir al existir un pronunciamiento en Laudo anterior (457-38-2014) y que se encuentra revestido del principio de

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

inmutabilidad de las resoluciones que ostentan la calidad de la cosa juzgada, principio y derecho de la función jurisdiccional que se encuentra contemplado en el artículo 139 de la Constitución, laudo en la cual se establece la legalidad y validez de la automaticidad de las penalidades y del procedimiento pactado por las partes (11.10. al 11.15. del laudo anterior).

- i) NIISA señala que: «En las audiencias de hechos y de fundamentos jurídicos realizadas ante el respetable colegiado, ha quedado demostrado que las penalidades FUERON APLICADAS DE MANERA AUTOMÁTICA, SIN COMUNICAR LA DECISION Y SIN CONCEDER LA POSIBILIDAD DE DEFENDERSE...» ante este extremo PNAEQW señala que si bien el marco normativo no contemplaba una etapa previa de descargo de penalidades, automaticidad de penalidades que se encuentra ratificado por el pronunciamiento de colegiado anterior en laudo en calidad de cosa juzgada, también se ha acreditado que NIISA conocía de estos incumplimientos mucho antes de hacer conocer su aplicación vía cartas notariales de fechas 22.1.14 y de fecha 29.1.1 conforme lo señala el numeral 11.6. del laudo en mención que acredita la notificación del incumplimiento en las Instituciones Educativas mediante las cartas:

- Carta Notarial N° 002-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 003-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 004-2013/CC-LIMA5
- Carta Notarial N° 005-2013/CC-LIMA5

Asimismo, y en cuanto al incumplimiento por características ofrecidas, el incumplimiento fue puesto a conocimiento de NIISA en el día conforme a las Actas de Supervisión de establecimiento suscritas por representantes de NIISA quienes estuvieron presentes al momento de la inspección y tomaron conocimiento *in situ* de los incumplimientos cometidos para su subsanación sin perjuicio de la aplicación de penalidades.

- j) NIISA señala que, «el ESTADO INTERVIENE PARA SUPERVISAR Y VELAR POR LOS RECURSOS PÚBLICOS, en cumplimiento de FUNCIONES ESTATALES, La pregunta es ¿Cómo ejerce su función de supervisión y control? A través de DECISIONES ADMINISTRATIVAS FUERA DEL CONTRATO que son la aplicación de penalidades QUE HAN SIDO APLICADAS A UN CONTRATO ENTRE TERCEROS», ante esta afirmación queremos señalar que, los CONTRATOS materia de controversia establecen que su cláusula décima octava que:

«El presente acuerdo se rige por el Manual de Compra de Qali Warma, las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca Qali Warma para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil».

### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

En ese sentido, y encontrándonos ante un contrato que tiene una regulación especial con normas establecidas desde la mismas Bases del Proceso de COMPRA que NIISA conoce desde la misma convocatoria, cuyo financiamiento y presupuesto corresponde al programa, la actuación del PNAEQW no es en calidad de órgano sancionador, sino que su función es la de evaluar y autorizar el pago con fondos del programa con el descuento de las penalidades pactadas expresamente en el contrato por incumplimiento.

Por tanto, y de lo señalado, el control difuso no resulta aplicable, por cuanto los descuentos se realizan a raíz del incumplimiento pactado dentro de la ejecución de estos contratos y no se realiza dentro de un procedimiento sancionador o procedimiento administrativo en base a la LPAG que como ya se ha manifestado y aceptado por la contraria no es aplicable al caso en concreto; asimismo, estas penalidades (en aplicación supletoria del Código Civil como lo señala la cláusula décima octava de los CONTRATOS) fueron pactadas por las partes a efecto de reemplazar el resarcimiento por daños y perjuicios por un incumplimiento contractual conforme lo establece el artículo 1341 del Código Civil.

#### **VIII. Audiencia de informes orales**

Debido a que el 26 de mayo de 2022 se llevó a cabo una Audiencia Especial, mediante la cual las partes expusieron sus posiciones finales y, atendiendo al escrito presentado por el PNAEQW el 20 de junio de 2022 y la absolución realizada por NIISA el 30 de junio de 2022 y el COMITÉ DE COMPRA LIMA 5, en la cual manifestaron que no era necesario llevar a cabo una Audiencia de Informes Orales, dicha diligencia no se llevó a cabo.

#### **IX. Plazo para laudar**

Mediante Resolución No. 81 de fecha 4 de julio de 2022, de conformidad con lo establecido en la regla 32 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del proceso y fijó el plazo para laudar, el cual vence el 19 de septiembre de 2022.

#### **CONSIDERANDO:**

##### **1) Excepción de cosa juzgada**

- 1.1) Al amparo de lo establecido en el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 y el numeral 8) del artículo 446 del Código Procesal Civil, PNAEQW dedujo excepción de cosa juzgada.
- 1.2) Mediante Laudo Parcial de Derecho de fecha 28 de octubre de 2019 se resolvió, en mayoría, la excepción de cosa juzgada. El Laudo Parcial de Derecho en mayoría declaró infundada la excepción de cosa juzgada.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

1.3) En opinión discrepante, el árbitro Luciano Barchi Velaochaga consideró que la excepción de cosa juzgada debía ser declarada fundada en parte.

2) **Primer punto controvertido: determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades aplicadas<sup>2</sup> a la empresa NIISA por el COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW que son materia de la demanda**

**A) Cuestión previa: la normativa aplicable**

2.1) No es un hecho controvertido que, en marzo de 2013, NIISA) y el COMITÉ DE COMPRA suscribieron los siguientes contratos:

- (i) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Lurigancho;
- (ii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito del Rímac;
- (iii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Chaclacayo;
- (iv) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Santa Anita;
- (v) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Ate;
- (vi) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Cieneguilla;
- (vii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de La Molina

A todos los contratos antes señalados se les denominará: CONTRATOS. Sin perjuicio, como se verá más adelante las penalidades corresponden al:

- (i) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Lurigancho;
- (ii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito del Rímac;

---

<sup>2</sup> En opinión del Tribunal Arbitral no es adecuado la utilización del verbo «imponer» lleva a pensar en una sanción, por ello, prefiere los términos «aplicar» o «exigir», más adecuados para la naturaleza de las penalidades convencionales.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- (iii) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Chaclacayo;
  - (iv) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Santa Anita;
  - (v) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Ate;
  - (vi) Contrato de compraventa No. 001-2013-CC LIMA5/RAC de fecha marzo de 2013 correspondiente al distrito de Cieneguilla;
- 2.2) No está en discusión que los CONTRATOS no están sujetos a la normativa de contrataciones del Estado. En efecto la cláusula décima octava de los CONTRATOS establece:

«El presente acuerdo se rige por el Manual de Compras de QALI WARMA. Las partes acuerdan que [sic] en defecto o vacío de las reglas o normas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca QALI WARMA para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil».

Teniendo en consideración lo señalado, los CONTRATOS se rigen por el Manual de Compras de QALI WARMA y, supletoriamente por el Código Civil».

- 2.3) El Manual de Compras que resulta de aplicación es el aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013-MIDIS/PENAEQW.

**B) Posición de NIISA**

- 2.4) De acuerdo con NIISA, el COMITÉ DE COMPRA le habría «impuesto» penalidades sin fundamento y sin seguir «el debido procedimiento»<sup>3</sup>.

Mediante carta notarial recibida el 25 de noviembre de 2013 NIISA solicitó a la Entidad «la devolución del monto retenido indebidamente por la imposición de penalidades sin sustento o fundamento alguno»<sup>4</sup> [Anexo 01-R].

- 2.5) NIISA sostiene que la Dirección Ejecutiva de Qali Warma en posteriores resoluciones que disponían el pago y descuentos de penalidades «se continuó vulnerando el debido procedimiento contractual» de acuerdo con el siguiente detalle<sup>5</sup>:

---

<sup>3</sup> Página 7 de la demanda.

<sup>4</sup> Página 7 de la demanda.

<sup>5</sup> Página 8 de la demanda.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- (a) No se precisa el tipo de incumplimiento en el que habría incurrido NIISA.
  - (b) No se consigna medio probatoria que sustente la imposición de la «sanción impuesta» por lo que: (i) no se determina respecto a qué institución educativa se habría incumplido con la ejecución contractual; y (ii) no se establece «el criterio sobre el cálculo aplicable a cada tipo de supuesta penalidad, por cada resolución emitida, lo cual evidentemente causa un ESTADO DE INDEFENSIÓN a mi representada, al no tener claro los parámetros utilizados y así poder ejercer el DERECHO DE DEFENSA»<sup>6</sup>.
- 2.6) NIISA señala que, con respecto a los procedimientos que regulan la «imposición» de penalidades, se debe tener en cuenta la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS de fecha 23 de enero de 2013 que aprueba la Directiva 001-2013-MIDIS «Procedimientos generales para la operatividad del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma».
- 2.7) De acuerdo con NIISA, el COMITÉ DE COMPRA le impuso 134 penalidades, lo que se aprecia en la carta N° 001-2014/CC.LIMA5, que le fue notificada recién el 22 de enero de 2014 [Anexo 01-P] y en la carta N° 003-2014/CC.LIMA5 que le fue notificada el 29 de enero de 2014[Anexo 01-Q] por supuestos incumplimiento que van desde el 4 de marzo de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013 «SIN QUE SE HAYA ADJUNTADO UN SOLO MEDIO PROBATORIO que justifique la imposición de dichas penalidades, ya que dicha carta se limitan [sic] a presentar un cuadro en la que solo se hace un breve resumen de las 134 penalidades»<sup>7</sup>.
- Según NIISA, de acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil, «la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión, es decir, que el COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA, debió PROBAR EN SU OPORTUNIDAD, LA IMPOSICIÓN DE LAS PENALIDADES IMPUESTAS A MI REPRESENTADA, es decir debió notificar las pruebas informes [sic] y/o documentación que acredite el incumplimiento de nuestras obligaciones a nuestro cargo, para poderlas refutar y/o contradecir si fuera el caso, LO CUAL NUNCA OCURRIÓ»<sup>8</sup>.
- 2.8) Para NIISA, el COMITÉ DE COMPRA «vulnera una serie de principios, como el Principio de Razonabilidad regulado en el Art. IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General (Ley 27444)...»<sup>9</sup>.
- 2.9) Para NIISA, el COMITÉ DE COMPRA no habría probado el incumplimiento de sus obligaciones, mientras que ella sí habría probado que cumplió con sus obligaciones,

---

<sup>6</sup> Página 8 de la demanda.

<sup>7</sup> Página 10 de la demanda.

<sup>8</sup> Página 10 de la demanda.

<sup>9</sup> Página 11 de la demanda.



**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

«COMO SON LAS ACTAS DE ENTREGA Y GUÍAS DE REMISIÓN, EN LAS CUALES SE PUEDE APRECIAR LA CONFORMIDAD DE PARTE DE LOS DIRECTORES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS BENEFICIARIAS POR EL PROGRAMA, QUE HAN FIRMADO O SUSCRITO DICHAS ACTAS SIN PONER NINGUNA OBSERVACIÓN O QUEJA»<sup>10</sup>.

El cumplimiento de sus obligaciones se acreditaría, además, con otros medios probatorios como el correo electrónico, la carta de fecha 28 de octubre de 2013, el Informe de Inspección N° 0907131530 de fecha 9 de julio de 2013, el Certificado de calidad N° 1511131223 de fecha 15 de noviembre de 2013, entre otros<sup>11</sup>.

2.10) De acuerdo con NIISA para la «imposición» de penalidades es necesario que el deudor haya sido constituido en mora «y cuando la inejecución de la obligación obedece a dolo o a culpa del deudor», lo que no se habría presentado en el presente caso<sup>12</sup>.

2.11) NIISA señala<sup>13</sup>:

«Es por ello, que al no haberse adjuntado o notificado a nuestra parte los informes y/o demás sustentos de las penalidades, **se ha configurado una AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y UN RECORTE A NUESTRO DERECHO A LA DEFENSA**, en el entendido que la parte demandada debió acreditar técnica y documentalmente los fundamentos de las penalidades aplicadas. Incluso, en el caso de aplicarnos penalidades por presuntos alimentos en mal estado o que no cumplirían según la demandada, con las características técnicas, **el procedimiento debido los obligaba a adjuntar los respectivos resultados emitidos por laboratorios acreditados**, situación que no se cumplió y que nos ha causado grave perjuicio».

2.12) NIISA señala que es recién mediante carta N° 001-2014/CC.LIMA5 de fecha 17 de enero de 2014, que le fue notificada el 22 de enero de 2014, que el COMITÉ DE COMPRA le notificó —de manera tardía— «la relación de penalidades aplicadas durante el ejercicio 2013 que son materia de la presente demanda. Dicho presunto ánimo de “subsanción”, es trasgresor de los principios de equidad y buena fe en los contratos y del derecho de la defensa, pues tratándose de productos altamente perecibles por ser de consumo inmediato, en el mismo día de su elaboración, (alimentos y desayunos escolares) resulta materialmente imposible que nuestra parte hubiera podido contradecir o descargar la imposición de las penalidades impuestas, por haberse vulnerado no solo los plazos razonables y procedimientos,

---

<sup>10</sup> Página 11 de la demanda.

<sup>11</sup> Página 11 y 12 de la demanda.

<sup>12</sup> Página 13 de la demanda.

<sup>13</sup> Página 14 de la demanda.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

sino también los criterios esenciales de oportunidad e inmediatez de la falta que se imputa y la razonabilidad para ofrecer nuestros descargos»<sup>14</sup>.

**C) Síntesis de la posición de NIISA**

2.13) Ha quedado acreditado —conforme a la carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]— que el COMITÉ DE COMPRA «impuso» penalidades a NIISA en la ejecución del servicio alimentario a las instituciones educativas pertenecientes a la jurisdicción del CC. Lima 5 en el periodo de atención entre el 4 de marzo al 17 de diciembre de 2013.

Ha quedado acreditado —conforme a la carta N° 003-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-Q]— se rectificó las penalidades correspondientes al distrito de Lurigancho.

En síntesis:

CONTRATO	NÚMERO DE PENALIDADES	DISTRITO	TOTAL S/
001-2013-CCLIMA5/RAC	42	Lurigancho	277,406.12
001-2013-CCLIMA5/RAC	25	Rímac	43,672.00
001-2013-CCLIMA5/RAC	7	Chaclacayo	6,603.25
001-2013-CCLIMA5/RAC	17	Santa Anita	30,810.81
001-2013-CCLIMA5/RAC	25	Ate	593,402.63
001-2013-CCLIMA5/RAC	17	Cieneguilla	28,651.12
<b>TOTAL NÚMERO DE PENALIDADES</b>	133	<b>MONTO EN SOLES DE PENALIDADES</b>	<b>983,545.93</b>

Sin embargo, NIISA hace referencia a 134 penalidades y a la suma de S/ 984,286.00. El COMITÉ DE COMPRAS señala la suma de S/ 980,545.93.

2.14) De acuerdo con NIISA, las penalidades «impuestas» son nulas, inválidas, ineficaces y/o inaplicables por las siguientes razones:

- (i) las penalidades habrían sido «impuestas» sin cumplir el «debido procedimiento»;
- (ii) las penalidades habrían sido «impuestas» sin que se haya probado que NIISA hubiera incumplido sus obligaciones;

<sup>14</sup> Página 15 de la demanda.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

- (iii) las penalidades habrían sido «impuestas» sin que se haya dado un incumplimiento culpable o doloso; y
- (iv) las penalidades habrían sido «impuestas» sin haber sido previamente constituidos en mora.

El Tribunal Arbitral analizará cada una de las razones señaladas por NIISA.

(i) **Las penalidades habrían sido «impuestas» sin cumplir el «debido procedimiento»**

2.15) De acuerdo la cláusula décima tercera de los CONTRATOS:

**«13.1 Penalidad por retrasos**

EL CONTRATISTA deberá entregar las raciones a la hora pactada (hora exacta). En caso no cumpla con entregar oportunamente y con puntualidad aplicarán las siguientes penalidades:

- a) Tiempo de tolerancia (20 minutos): Por un retraso de hasta veinte minutos en la hora pactada en el cronograma de entrega de raciones a un centro educativo, ya sea que se trate de una o más raciones entregadas con retraso, EL CONTRATISTA no será pasible de penalidad.
- b) En caso EL CONTRATISTA tenga un retraso que exceda el tiempo de tolerancia establecido en el literal anterior, respecto de un mismo centro educativo, EL CONTRATISTA deberá asumir una penalidad ascendente a 0.10% del monto total del Contrato. Esta penalidad será aplicable por evento en cada centro educativo individualmente. En caso el retraso sea superior a los sesenta (60) minutos el CAE tendrá la facultad de no recibir las raciones, sin perjuicio que EL COMITÉ aplique la penalidad y medidas correctivas.

**13.2 Penalidad por no cumplimiento de características ofrecidas**

En caso EL COMITÉ hubiera emitido la conformidad de recepción correspondiente pero se detectara que las raciones, siendo inocuas y aptas para el consumo humano, no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, EL PROVEEDOR se encuentra obligado a reponerlos en el mismo acto. Sin perjuicio de la reposición, se impondrá una penalidad que ascenderá a 0.5 de la UIT, hasta por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

**13.3 Penalidad por resolución del contrato**

En caso el contrato sea resuelto por cualquier causal, con excepción de la causal de resolución establecida en el numeral 14.1 precedente, se aplicará

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

automáticamente una penalidad ascendente al 10% del monto total del contrato.

### **13.4 Pactos aplicables a todas las Penalidades**

Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades.

Cada penalidad podrá ser deducida por EL COMITÉ de los pagos parciales o del pago final.

Las referidas penalidades podrán aplicarse sin perjuicio de la facultad del COMITÉ de resolver el presente contrato, de exigir la reparación del daño ulterior que pudiese haberse ocasionado e iniciar la demás [sic] acciones legales que le asistan.

El monto del contrato se refiere, el contrato o ítem que debió ejecutarse. La aplicación de la penalidad será sin perjuicio de la obligación del CONTRATISTA de subsanar el incumplimiento que corresponda o, sin perjuicio de la facultad resolutoria del COMITÉ en los casos que corresponda»

Del texto transcrito se aprecia que se han acordado tres tipos de penalidades: (i) Por retrasos; (ii) Por no cumplimiento de características ofrecidas y (iii) por resolución del contrato.

Del mismo modo se advierte que no se ha establecido un procedimiento para la «imposición» de penalidades.

- 2.16) La cláusula décima tercera de los CONTRATOS contiene una pena convencional que está definida en el artículo 1341 del Código Civil:

*«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 pretensión y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».*

De acuerdo con el texto transcrito, la «cláusula penal» es un pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento (*rectius*, lesión de crédito imputable al deudor), uno de los «contratantes» queda obligado a la ejecución de una prestación pactada (pago de una «penalidad»). Al estipular la cláusula penal las partes convienen en sustituir la disciplina establecida en el Código Civil para el resarcimiento del daño (inejecución de obligaciones) y es en este sentido que se dice que la penalidad tiene el efecto de «limitar el resarcimiento a esta prestación».

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

La prestación pactada («penalidad») solo puede ser requerida cuando se ha verificado la lesión del crédito a la cual se refiere. Hay pues una conexión entre la penalidad y la lesión del crédito (incumplimiento o mora) que constituye el presupuesto para que el acreedor pueda requerir el pago de la «penalidad».

La penalidad es una obligación subsidiaria; es decir, que solo es exigible en el caso de lesión de crédito (imputable al deudor) respecto de la obligación principal. Esto no significa que se trate de una obligación condicional, la lesión de crédito no constituye una condición, sino un presupuesto legal de la exigibilidad de la pena. En este sentido, DÍEZ-PICAZO afirma: «... la obligación penal no es, como pretenden algunos autores, una obligación condicional, en el sentido de que dependa de un evento futuro e incierto. Tales hechos no constituyen en puridad condiciones en sentido técnico, sino que en todo caso una *conditio iuris* de la exigibilidad de la pena»<sup>15</sup>.

En tal sentido, cuando el acreedor considera que se ha dado el presupuesto legal (la *conditio iuris* de la que habla DÍEZ-PICAZO) exigirá la penalidad; en otras palabras, si el deudor ha lesionado el crédito (incumplimiento o mora) la penalidad se hará exigible y el acreedor requerirá el pago de la penalidad pactada. Es decir, en lugar de acudir al juez (o al árbitro, en su caso) para requerir la indemnización de daños, el acreedor requerirá el pago de la prestación acordada en ese caso («penalidad»). Si el deudor considera que no incurrió en ninguna hipótesis de lesión del crédito (incumplimiento o retardo) y, por tanto, que no está obligado al pago de la penalidad, podrá recurrir a los mecanismos de solución de controversias que corresponda.

- 2.17) Como se ha señalado, la prestación pactada («penalidad») solo puede ser requerida cuando se ha verificado la lesión del crédito a la cual se refiere; es decir, cuando se ha realizado la *conditio iuris* prevista por las partes. Hay pues una conexión entre la penalidad y la lesión del crédito (incumplimiento o mora) que constituye el presupuesto para que el acreedor pueda requerir el pago de la «penalidad».

El Tribunal Arbitral más adelante deberá determinar si NIISA incurrió en las lesiones del crédito que el COMITÉ DE COMPRA le atribuyó.

- 2.18) La exigibilidad de la penalidad por el acreedor no supone un procedimiento administrativo sancionador, sino la realización de la *conditio iuris* prevista convencionalmente para que la penalidad acordada para tal supuesto se haga exigible (lesión de crédito previsto por las partes). En tal sentido, en estricto no debe

---

<sup>15</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Volumen segundo. Sexta edición. Madrid. Civitas. Thomson Reuters, 2009, pág. 466. MAZEUD en Francia sí considera que se trate de una obligación condicional (MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Bibliothèque de droit privé. Tome 223. Paris: LGDJ, 1992, pág. 17).

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

hablarse de «imposición o aplicación de penalidades» puesto que su exigibilidad no se deriva de la potestad sancionadora del acreedor.

La potestad sancionadora es la facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo. El fundamento de poder exigir el cumplimiento de la penalidad no se apoya en la potestad sancionadora, sino en la fuerza obligatoria del contrato.

En síntesis, hablar de «imposición» de penalidades convencionales resulta siendo equívoco; en efecto, la penalidad convencional no es la consecuencia de una potestad sancionadora del acreedor, sino del acuerdo de las partes. La distinción entre los ámbitos propios del derecho sancionador (penal y administrativo sancionador) y el derecho privado aparece como un tema clásico a lo largo de la historia del pensamiento jurídico<sup>16</sup>.

Por lo expuesto, resulta evidente que exigir el pago de la penalidad no presupone un procedimiento sancionador. Como señala MORÓN URBINA: «El procedimiento sancionador es, entonces, el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción de administrativa»<sup>17</sup>.

Resulta claro, entonces, que la penalidad no es una sanción administrativa.

Adicionalmente, la cláusula penal tiene una característica especial que no tiene la multa: «la cláusula penal establece un resarcimiento *forfait* [resarcimiento invariable e indiscutible, superior o inferior al valor real del daño]: presenta una innegable simplicidad, lo que explica su éxito: evita al acreedor la lentitud y las dificultades de una reparación judicial de los daños y perjuicios. Esta suma global puede ser menor que la pérdida sufrida, lo que resulta una exoneración parcial de la responsabilidad. En la mayoría de los casos, cuando es superior, la cláusula penal juega un rol disuasorio, lo que incentiva al deudor a ejecutar el contrato»<sup>18</sup>.

- 2.19) Se desprende de lo establecido en los CONTRATOS que el COMITÉ DE COMPRA para exigir el pago de la penalidad y de «descontarla» de los pagos parciales o del pago final, no debe seguir, previamente, ningún procedimiento.

El Manual de Compras 2013 aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013-MIDIS/PNAEQW del 23 de enero de 2013 establece:

---

<sup>16</sup> Resulta interesante tener en cuenta GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JOVATO MARTÍN, Antonio María y TAPIA BALLESTEROS, Patricia. **Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso, y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 2012.

<sup>17</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.** Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pág. 743».

<sup>18</sup> CABRILLAC, Rémy. **Droit des obligations.** 12e édition. Paris: Dalloz. 2016 pág. 171.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

«71) En caso el proveedor incurra en incumplimientos al contrato, [sic] se aplicarán las penalidades establecidas en las bases del proceso de compra, sin perjuicio de la facultad resolutoria del Comité de Compra, derivada de su incumplimiento».

En tal sentido, ni el Manual de Compras 2013 aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013-MIDIS/PNAEQW del 23 de enero de 2013 ni las Bases para el Proceso de Compras 2013 establecen un procedimiento para la «imposición» de penalidades.

- 2.20) Asimismo, NIISA sostiene que debe tenerse en consideración la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS de fecha 23 de enero de 2013 que aprueba la Directiva N° 001-2013-MIDIS «Procedimientos generales para operatividad del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma».

Según NIISA, de acuerdo con el artículo 6.1.8 de la Directiva N° 001-2013-MIDIS para «imponer» una penalidad es necesario que previamente se haya realizado una sesión del COMITÉ DE COMPRAS «CON QUORUM SUFICIENTE PARA EL DESARROLLO DE LA SESIÓN CON AGENDA DEFINIDA Y LOS ACUERDOS DEBEN CONSTAR EN ACTAS, QUE DEBEN ESTAR A SU VEZ EN UN LIBRO, QUE DEBE HABER SIDO APERTURADO [sic] ANTE NOTARIO PÚBLICO EN SU OPORTUNIDAD»<sup>19</sup>.

El Tribunal Arbitral no comparte esta posición, para «imponer» una penalidad no se requiere un acuerdo del COMITÉ DE COMPRA, como tampoco se requeriría un acuerdo de directorio tratándose de una sociedad anónima<sup>20</sup>.

Como se ha señalado el artículo 1341 del Código Civil establece que, «en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad», vale decir, como también se ha visto, si el deudor ha lesionado el crédito (incumplimiento o mora) la penalidad se hará exigible de manera automática y el acreedor requerirá el pago de la penalidad pactada.

- 2.21) Ahora bien, la prestación pactada («penalidad») solo puede ser requerida cuando se ha verificado la lesión del crédito a la cual se refiere (incumplimiento o mora); es decir, cuando se ha realizado la *condictio iuris* prevista por las partes. En tal sentido, si NIISA no está de acuerdo con las penalidades que le sean «impuesta» y deducidas por el COMITÉ DE COMPRA podrá recurrir a los mecanismos de solución de controversias previsto en los CONTRATO

---

<sup>19</sup> Página 9 y 10 de la demanda.

<sup>20</sup> Artículo 169 de la Ley General de Sociedades: «Cada director tiene derecho a un voto. Los acuerdos del directorio se adoptan por mayoría absoluta de votos de los directores participantes. El estatuto puede establecer mayorías más altas. Si el estatuto no dispone de otra manera, en caso de empate decide quien preside la sesión. [...]».

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Así, la cláusula décima novena de los CONTRATOS establece:

«Las partes podrán recurrir a la conciliación o arbitraje, según las disposiciones del Manual de Compra. Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar un arbitraje a fin de resolver las controversias que se presenten, dentro del plazo de caducidad previsto por las normas aplicables. El arbitraje será resuelto por un árbitro único, que será designado por acuerdo de las partes.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Todo lo no previsto será supletoriamente regulado por la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo 1071».

En tal sentido, no es posible afirmar, como lo hace NIISA que se le ha afectado su derecho de defensa. NIISA ha sometido la controversia derivada de la «aplicación» de las penalidades al Tribunal Arbitral conformado por los abogados Juan Espinoza Espinoza (presidente), Franz Kundmüller Caminiti y César Oliva Santillán ante el Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica del Perú, expediente No. 457-38-14 y en este caso arbitral.

En tal sentido, en dicho proceso arbitral NIISA pudo ejercer su defensa y en el presente lo ha hecho.

2.22) Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral las penalidades han sido aplicadas sin infringir el «debido procedimiento».

(ii) **Las penalidades habrían sido aplicadas sin que se haya probado que NIISA hubiera incumplido sus obligaciones**

2.23) Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes en un proceso, judicial o arbitral. De acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos<sup>21</sup>.

En materia arbitral el Código Procesal Civil no resulta de aplicación supletoria y ello se desprende del numeral 3 del artículo 34 del Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante Ley de Arbitraje) que establece lo siguiente:

*«Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto*

---

<sup>21</sup> «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos».



**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

*Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral».*

De acuerdo con el texto transcrito, las lagunas del convenio arbitral<sup>22</sup> son integradas con referencia al reglamento arbitral al que se someta (de ser el caso), a las reglas aprobadas por las partes, por los árbitros o por las normas de la Ley de Arbitraje. Si no existe norma aplicable en la Ley de Arbitraje, el árbitro podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral. Como se puede advertir se niega la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil peruano.

Este es un hecho destacado por los especialistas, así MANTILLA-SERRANO señala: «... la ley se toma el cuidado de evitar la aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano estableciendo que, a falta de disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la ley peruana de arbitraje (que no define pero se entiende referida al artículo 3 de la ley), el tribunal arbitral puede recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral (artículo 34.2)»<sup>23</sup>.

CANTUARIAS y CAIVANO también lo resaltan y al respecto señalan comentando el artículo 34 de la Ley de Arbitraje: «Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la L.A., los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano»<sup>24</sup>.

Por su parte, KUNDMÜLLER CAMINITI, comentando el artículo 43.1 de la Ley de Arbitraje señala «que la aplicación de los usos y costumbres se refiere a un conjunto de buenas prácticas, medidas, disposiciones, etc., que han sido percibidas como legítimas y que cuentan con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional»<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje se define al convenio arbitral como el «*acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*».

<sup>23</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje». En: **Lima Arbitration**. No. 4, 2010/2011, pág. 37.

<sup>24</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En: **Revista Peruana de Arbitraje**. No. 7, 2008, págs. 64-65.

<sup>25</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 34 de la Ley de Arbitraje». En: **Comentarios a la ley peruana de arbitraje**. Tomo I. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, págs. 395-396.

### **Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

#### **Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Sobre esta base, y no por la aplicación del Código Procesal Civil, es que el Tribunal Arbitral considera que como regla general se entiende que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos. Esta regla ha sido percibida como legítima y cuenta con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional. Así esta regla general ha sido recogida por diversos reglamentos arbitrales internacionales, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)<sup>26</sup> que establece:

*«Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas».*

Ahora bien, sin perjuicio de que no resulta de aplicación supletoria, debe tenerse en consideración que el artículo 196 del Código Procesal Civil señala la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, salvo que la ley disponga algo distinto. Y en materia arbitral, se trata de una regla general y, por tanto, es posible la existencia de reglas especiales y, en tal caso, ante tal conflicto de normas debe aplicarse el criterio de la prevalencia de la norma especial sobre la norma general (*lex specialis derogat legi generali*)<sup>27</sup>.

En tal sentido, frente a la regla general de la carga de la prueba debe tomarse en consideración la regla general de la prueba del pago prevista en el artículo 1229 del Código Civil.

Al respecto BULLARD GONZÁLEZ señala: «Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba solo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que intervienen la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño» y luego agrega: «Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, este debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil, 1329 y 1969 del mismo cuerpo legal»<sup>28</sup>.

El artículo 1229 del Código Civil, referida a la prueba del pago, señala lo siguiente:

*«La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».*

---

<sup>26</sup> Revisado en 2010.

<sup>27</sup> Ver al respecto TARELLO, Giovanni. «L'interpretazione della legge». En: **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1980, pág. 311 y siguientes.

<sup>28</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». En: **Themis, Revista de Derecho**. No. 50, pág. 228.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Para BIANCA<sup>29</sup> la prueba del pago es por regla una carga del deudor<sup>30</sup> y precisa que el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 1229 es carga del deudor probar el hecho extintivo y el acreedor debe acreditar la existencia de la relación obligatoria; por tanto, el acreedor debe limitarse a probar el título; es decir, la fuente del crédito).

En el Perú, OSTERLING PARODI señala: «Toca al acreedor, [...], demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil [...]»<sup>31</sup>.

El artículo 1229 del Código Civil señala: «*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado*». El artículo citado se refiere a la carga de la prueba del deudor y se desprende, implícitamente, que si el acreedor pretende el pago (pretensión de cumplimiento) incumbe al deudor probar el pago. Si esto es así, parece claro, como lo señalan los textos extranjeros citados, que incumbe al acreedor probar el hecho constitutivo de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. En otras palabras, si el acreedor prueba que el deudor le debe, este debe probar que ha pagado; si no lo hace, se asume que la obligación no ha sido cumplida (incumplimiento).

Adviértase que el artículo 1229 solo se refiere a uno de los medios extintivos de las obligaciones: el pago. En estricto, al deudor incumbe la prueba liberatoria; así, por ejemplo, podría no haberse dado el pago, pero la obligación podría haberse extinguido por haberse tornado imposible la prestación por causa no imputable al deudor (artículo 1316 del Código Civil).

En conclusión, incumbe la prueba de la existencia de la obligación (y de su exigibilidad) al que reclama su cumplimiento y la de su extinción, al que la opone. Como ya se dijo, el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues

---

<sup>29</sup> BIANCA, Massimo. **Diritto civile**. Tomo 4. Milano: Giuffrè, 1993, pág. 319. Sobre la «presunción de persistencia» del derecho pretendido por el acreedor ver RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». En: **Inadempimento delle obbligazioni**. A cura di Luigi Viola. Padova: CEDAM, 2010, pág. 86.

<sup>30</sup> BIANCA, Massimo. **Diritto civile**. Tomo 4. OB. CIT., pág. 319 («*La prova del pagamento è di regola un onere a carico del debitore*»).

<sup>31</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En: **Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual**. Tomo I. Director: Carlos Soto Coaguila. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pág. 398. Respecto a las obligaciones negativas existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia italiana que incumbe al acreedor la prueba del incumplimiento (CABELLA PISU, Luciana. «Inadempimento e mora del debitore». En: **Diritto civile**. Volume III, Obbligazioni, Tomo I, Il Rapporto obbligatorio. Milano: Giuffrè, 2009, pág. 653).

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado<sup>32</sup>. Esto significa entonces que al deudor se le considera incumplidor hasta que este no pruebe el cumplimiento. Es carga del deudor probar el hecho extintivo o modificativo.

De acuerdo con lo expuesto entonces, al COMITÉ DE COMPRA incumbe la prueba de la existencia de la obligación (y de su exigibilidad). Corresponde a NIISA la prueba del cumplimiento.

- 2.24) No es un hecho controvertido que las obligaciones que el COMITÉ DE COMPRA señaló que NIISA habría incumplido en la carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]— y en la carta N° 003-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-Q] eran obligaciones a cargo de NIISA<sup>33</sup>. Lo que está en discusión es si NIISA las cumplió y, como se ha señalado, conforme al artículo 1229 del Código Civil, la carga de la prueba del cumplimiento corresponde a NIISA.
- 2.25) De acuerdo con NIISA existen medios probatorios que demuestran que sí cumplió con sus obligaciones como son las actas de entrega y guías de remisión en las que pueden apreciar la conformidad de parte de los directores de las instituciones educativas beneficiarias del programa, que habrían firmado o suscrito dictas actas sin poner ninguna observación<sup>34</sup>.
- 2.26) El COMITÉ DE COMPRA sostiene que en la Directiva N° 001-2013-MIDIS — aprobada por la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS [Anexo -1-S] — se establece el procedimiento de recepción y conformidad de los productos:
- a) De acuerdo con los literales a) y b) del numeral 6.2.6 corresponde al COMITÉ DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – CAE —conformado por profesores y padres de familia en cada institución educativa— recibir los productos y otorgar conformidad.
  - b) De conformidad con el numeral 6.52 corresponde al COMITÉ DE COMPRA con la asistencia del PNAEQW verificar la conformidad dada por el CAE y si luego remite a la Unidad Territorial la documentación revisada solicitando la autorización de transferencia de recursos financieros.
  - c) Según el numeral 6.5.3 la Unidad Territorial remite a la sede central de Qali Warma la solicitud de autorización del COMITÉ DE COMPRA y la documentación que sustenta la conformidad para su evaluación y autorización, de corresponder, por la máxima autoridad administrativa de Qali Warma.

---

<sup>32</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. OB. CIT., pág. 319.

<sup>33</sup> Ver cláusula séptima de los CONTRATOS.

<sup>34</sup> Página 11 de la demanda.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Respecto a lo señalado el COMITÉ DE COMPRA concluye que la sola conformidad otorgada por los profesores o padres de familia en las instituciones educativas (CAE) al momento de recibir las raciones no resulta suficiente para acreditar una debida ejecución del CONTRATO<sup>35</sup>.

2.27) El Tribunal Arbitral considera, entonces, que es necesario tener en consideración la Directiva N° 001-2013-MIDIS —aprobada por la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS [Anexo -1-S] se establece el procedimiento de recepción y conformidad de los productos.

✓ El numeral 6.2.6 de la Directiva establece:

«6.2.6 Funciones y responsabilidades de los CAE

- a) Gestionar el acopio y almacenamiento de los productos y raciones preparadas que son entregadas por los proveedores seleccionados en el proceso de compra, según corresponda.
- b) Otorgar conformidad de la recepción de los productos y raciones».

✓ El numeral 6.5.2 de la Directiva establece:

«6.5.2 Verificación de conformidad:

- a. El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, revisa y verifica la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad de recepción de los productos y raciones, suscritas por los Comités de Alimentación Escolar.
- b. El Comité de Compra remite una copia de la documentación señalada en el párrafo precedente a la Unidad Territorial que corresponda, solicitando la autorización de transferencia de recursos financieros».

✓ El numeral 6.5.3 establece:

«6.5.3 Transferencia de recursos financieros:

- a. La Unidad Territorial respectiva remite a la sede central de Qali Warma la solicitud de autorización formulada por el Comité de Compra y la documentación que sustenta la conformidad en la atención del servicio alimentario, para su evaluación y autorización, en caso corresponda, por la máxima autoridad administrativa de Qali Warma».

---

<sup>35</sup> Página 9 del escrito de alegatos del COMITÉ DE COMPRA.

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Del procedimiento señalado, el Tribunal Arbitral advierte que no es prueba suficiente contar con las actas de entrega y guías de remisión suscritas por los directores de las instituciones educativas beneficiarias del programa, puesto que dichos documentos, conforme al numeral 6.5.2 de la Directiva, debían ser revisados y verificados por el COMITÉ DE COMPRA, con la asistencia técnica de Qali Warma.

2.28) El Tribunal Arbitral advierte de la carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P] y de la carta N° 003-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-Q] que a NIISA se le impusieron las siguientes penalidades:

- a) Por incumplimiento de entrega de raciones.
- b) Por incumplimiento de características ofrecidas.
- c) Retraso en la entrega de raciones.
- d) Falta de implementación del plan HACCP.
- e) Cantidad de leche insuficiente.
- f) Las raciones fueron entregadas en cantidad menor a la pactada.

2.29) Teniendo en consideración lo señalado en el artículo 1229 del Código Civil a NIISA le corresponde probar haber cumplido con sus obligaciones.

NIISA ha ofrecido las actas de entrega y guías de remisión firmadas por los directores de las instituciones educativas beneficiarias del programa (el CAE) sin observaciones.

Teniendo en consideración lo dispuesto en la Directiva respecto al procedimiento de recepción y conformidad de los productos, la conformidad de la recepción de los productos y raciones por el CAE no es suficiente para probar el cumplimiento de las obligaciones de NIISA (las características ofrecidas) pues le corresponde al COMITÉ DE COMPRA verificar dicha conformidad.

Respecto a los informes de inspección presentados por NIISA, estos no permiten generar convicción puesto que no permite al Tribunal Arbitral determinar a qué entrega se refiere.

Esto se manifiesta claramente respecto a la penalidad por no cumplimiento de las características ofrecidas previstas en el numeral 13.2 de los CONTRATOS:

«En caso EL COMITÉ hubiera emitido la conformidad de recepción correspondiente pero se detectara que las raciones, siendo inocuas y aptas para consumo humano, no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, EL PROVEEDOR se encuentra obligado a reponerlos en el mismo acto. Sin perjuicio de la reposición, se impondrá una penalidad que ascenderá

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

a 0.5 de la UIT, hasta por un monto equivalente a diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse» (subrayado agregado).

Se advierte pues que la conformidad de recepción no es definitiva y puede ser revisada. Así, puede haber actas de recepción y ello no supone que NIISA hubiera cumplido con las características ofrecidas.

- 2.30) Sin perjuicio de lo señalado, en opinión del Tribunal Arbitral, en principio, la conformidad de recepción del CAE —sustentada en las actas de entrega y guías de remisión— sí probarían un hecho objetivo: la entrega de las raciones.

En tal sentido, lo que corresponde analizar al Tribunal Arbitral son las actas de entrega por incumplimiento de entrega.

- 2.31) Penalidades Lurigancho - carta N° 003-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-Q]:

N°	CONTRATO	INFORME	TIPO DE PENALIDAD	MONTO CALCULADO S/	ACTA FIRMADA
1	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. FE Y ALEGRÍA 58 MARY WARD del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
2	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. PADRE MIGUEL MARINA del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
3	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 220 del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
4	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1277 del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
5	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 022-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0027 SAN ANTONIO JICAMARCA del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
6	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. FE Y ALEGRÍA 58 MARY WARD del día 11/3/13 al 15/3/13	17,651.98	No hay acta
	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E.	17,651.98	No hay acta

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

7		CCLIMA5/ARM	PADRE MIGUEL MARINA del día 11/3/13 al 15/3/13		acta
8	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 220 del día 11/3/13 al 15/3/13	17,651.98	No hay acta
9	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. FE Y ALEGRÍA 58 MARY WARD del día 4/3/13 al 8/3/13	17,651.98	No hay acta
10	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1277 del día 11/3/13 al 15/3/13	17,651.98	No hay acta
11	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0063 del día 11/3/13 al 15/3/13	17,651.98	Aparece entregado
12	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 023-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 220 del día 11/3/13 al 15/3/13	14,121.59	No hay acta
13	001/2013/CCLIMA5/RAC	CONTRATO DE COMPRA DE RACIONES n° 001-CCLIMA5/RAC	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1198 el día 6/5	3,530.40	Aparece entregado
14	001/2013/CCLIMA5/RAC	CONTRATO DE COMPRA DE RACIONES n° 001-CCLIMA5/RAC	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1206 Daniel Alcides Carrión el día 6/5	3,530.40	Aparece entregado
15	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 02-2013/MIDIS/PNAEQW/UTLMC	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 64 el día 14/10/13.	3,530.40	Aparece entregado
16	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 02-2013/MIDIS/PNAEQW/UTLMC	Incumplimiento de entrega de raciones I.E.0059 el día 31/10/13.	3,530.40	No hay acta

El Tribunal Arbitra advierte que los ítems 11, 13, 14 y 15 se entregaron las raciones. En tal sentido, corresponde declarar la invalidez de las penalidades correspondientes a los ítems 11, 13, 14 y 15 que ascienden a la suma de S/ 28,243.18.

2.32) Penalidades Rímac - carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]:

N°	CONTRATO	INFORME	TIPO DE PENALIDAD	MONTO CALCULADO S/	ACTA FIRMADA
----	----------	---------	-------------------	-----------------------	--------------



**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

1	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0391 el día 4/3/13.	1,592.20	No hay acta
2	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0321 SAN JUAN MACÍAS el día 4/3/13.	1,592.20	No hay acta
3	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0321 SAN JUAN MACÍAS el día 5/3/13.	1,592.20	No hay acta
4	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0321 SAN JUAN MACÍAS el día 6/3/13.	1,592.20	No hay acta

El Tribunal Arbitral no advierte actas que prueben la entrega.

2.33) Penalidades Chaclacayo - carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]:

N°	CONTRATO	INFORME	TIPO DE PENALIDAD	MONTO CALCULADO S/	ACTA FIRMADA	
1	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	012-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 00053 San Vicente de Paul el día 4/3/13.	580.66	No hay acta
2	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 00053 San Vicente de Paul el día 5/3/13.	580.66	No hay acta
3	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1189 Alberto Rivera y Piérola el día 4/3/13.	580.66	No hay acta
4	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° CCLIMA5/ARM	014-2013-	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1189 Alberto Rivera y Piérola el día 5/3/13.	580.66	No hay acta

El Tribunal Arbitral no advierte actas que prueben la entrega.

2.34) Penalidades Santa Anita - carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]:

Ninguna penalidad es por incumplimiento de entrega de raciones

2.35) Penalidades Ate - carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]:

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

N°	CONTRATO	INFORME	TIPO DE PENALIDAD	MONTO CALCULADO S/	ACTA FIRMADA
1	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. Sebastián Lorente del día 4/3/13 al 7/3/13	34,361.92	No hay acta
2	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. N° 1240 Juan el Bautista el día 7/3/13	8,590.48	No hay acta
3	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. N° 142 Grumete Median del día 4/3/13 y 8/3/13	42,952.40	No hay acta
4	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. Corazón de Dios del día 4/3/13 al 8/3/13	42,952.40	No hay acta
5	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0074 Fernando Belaúnde Terry del día 4/3/13 al 8/3/13	42,952.40	No hay acta
6	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 015-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1231 José Luis Bustamante y Rivero del día 4/3/13 al 8/3/13	42,952.40	No hay acta
7	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0034 del día 11/3/13	8,590.48	Aparece entregado
8	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. Santa Clara de Asís del día [no aparece fecha]	34,361.92	No hay acta
9	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 142 Grumete Medina del día [no aparece fecha]	17,180.96	No hay acta
10	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. Corazón de Dios 11/03	8,590.48	No hay acta
11	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM	Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 0074 Fernando Belaúnde Terry del día 11/03/13 al 15/03/13	42,952.40	Aparece entregado
12	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-	Incumplimiento de	42,952.40	No hay

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

		CCLIMA5/ARM		entrega de raciones I.E. Corazón de Dios del día 11/03/13 al 15/03/13		acta
13	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 016-2013-CCLIMA5/ARM		Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1231 José Luis Bustamante y Rivero del día 11/03/13 al 15/03/13	42,952.40	Aparece entregado
14	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 017-2013-CCLIMA5/ARM		Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1203 Manyla del día 25/03/13	8,590.48	No hay acta
15	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 017-2013-CCLIMA5/ARM		Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1254 María Reiche del día [no aparece fecha]	8,590.48	No hay acta
16	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 017-2013-CCLIMA5/ARM		Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 180 Hijos de Apurímac del día 26/03/13	1,850.00	Aparece entregado
17	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 017-2013-CCLIMA5/ARM		Incumplimiento de entrega de raciones I.E. 1247 del día 27/03/13	1,850.00	No hay acta

El Tribunal Arbitra advierte que los ítems 7, 11, 13 y 16 se entregaron las raciones. En tal sentido, considera que corresponde declarar la invalidez de las penalidades de los ítems 11, 13, 14 y 15 que ascienden a la suma de S/ 96,345.28.

2.36) Penalidades Cieneguilla - carta N° 001-2014/CC.LIMA5 [Anexo 01-P]:

N°	CONTRATO	INFORME	TIPO DE PENALIDAD	MONTO CALCULADO S/	ACTA FIRMADA
1	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 013-2013/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR	Incumplimiento de entrega I.E. Jesús Sacramento 5/3	450.56	No hay acta
2	001/2013/CCLIMA5/RAC	Informe N° 013-2013/MIDIS/PNAE-QW/BAMLR	Incumplimiento de entrega I.E. 6088 5/3	450.56	No hay acta

El Tribunal Arbitral no advierte actas que prueben la entrega.

2.37) En opinión del Tribunal Arbitral NIISA ha acreditado haber entregado las raciones indicadas en los numerales anteriores, por lo que corresponde que el COMITÉ DE COMPRA restituya a NIISA el monto total de S/ 124,588.46.

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

(iii) **Las penalidades habrían sido aplicadas sin que se haya dado un incumplimiento culpable o doloso**

2.38) El artículo 1343 del Código Civil establece:

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

De acuerdo con el texto transcrito la penalidad solo puede exigirse en la medida que el incumplimiento de la obligación obedezca a dolo o culpa del deudor<sup>36</sup>.

2.39) Al respecto, entonces, debe tenerse en consideración el artículo 1329 del Código Civil el cual establece:

*«Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».*

Y de acuerdo con el artículo 1320 del Código Civil:

*«Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».*

En tal sentido, corresponde a NIISA probar que actuó con la diligencia ordinaria exigida.

El Tribunal Arbitral advierte que, si bien NIISA ha pretendido probar que cumplió con las obligaciones a su cargo, así en la página 11 de la demanda se señala: «EXISTEN MEDIOS PROBATORIOS QUE DEMUESTRAN QUE SÍ HEMOS CUMPLIDO CON NUESTRAS OBLIGACIONES»; sin embargo, en los casos que no ha probado haber cumplido, no ha ofrecido prueba alguna que haya actuado con la diligencia ordinaria debida.

(iv) **las penalidades habrían sido aplicadas sin haber sido previamente constituidos en mora**

2.40) De acuerdo con el último párrafo de la cláusula séptima de los CONTRATOS:

«[...]

---

<sup>36</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. **Las obligaciones**. 8ª edición. Lima: Grijley, 2007, pág. 265.

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

*Queda expresamente establecido que en caso el PROVEEDOR no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del COMITÉ».*

Teniendo en consideración la cláusula transcrita resulta evidente que se previó convencionalmente la mora automática<sup>37</sup>

Por tanto, NIISA quedó constituido automáticamente en mora.

**D) Conclusión sobre el primer punto controvertido**

2.41) En consideración a lo señalado en opinión del Tribunal Arbitral la primera pretensión principal de la demanda es fundada en parte.

**3) Segundo punto controvertido: determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA del PNAEQW la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de las facturas, hasta el monto de S/ 984 286.00, por la entrega de los productos de los CONTRATOS, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago**

**A) Cuestión previa**

3.1) De acuerdo con lo señalado, NIISA pretende que, de ampararse la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA la entrega del «monto indebidamente retenido por concepto de penalidades».

3.2) En estricto, no estamos frente a un supuesto de retención, sino frente a una compensación.

CARINGELLA y DE MARZO señalan que la *ratio* de la compensación está, de un lado en la exigencia de economizar los medios jurídicos pues no tiene sentido un doble pago donde sea posible obtener los mismos efectos sin realizar alguna prestación; por otro lado, en la función de garantía de la posición acreedora (con la compensación automática se previene el riesgo que el acreedor cumplidor no reciba de la contraparte lo que le es debido)<sup>38</sup>.

Así, la compensación tiene, también, una función de tutela preventiva; dicho de otro modo, la compensación tendría la naturaleza de instrumento de autotutela privada<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> De acuerdo con el numeral 1 del artículo 1333 del Código Civil, «No es necesaria la intimación para que la mora exista [...] «cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente».

<sup>38</sup> CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. **Manuale di diritto civile**. II. Le obbligazioni, pág. 347.

<sup>39</sup> PETRONE, Marina. **La compensazione tra autotutela e autonomia**. Milano: Giuffrè, 1997, pág. 10.

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

Resulta evidente entonces que la compensación cumple, para las entidades estatales, una función de tutela preventiva.

3.3) De acuerdo con el numeral 13.4 del CONTRATO:

« [...]»

*Cada penalidad podrá ser deducida por EL COMITÉ de los pagos parciales o del pago final».*

Como se advierte el COMITÉ DE COMPRA puede compensar las penalidades con los pagos parciales o el pago final lo que supone una deducción.

- 3.4) En tal sentido, si las penalidades no fueran exigibles no correspondería la compensación, y de haberlo hecho el COMITÉ DE COMPRA, este habría efectuado un pago menor al que se debía efectuar y, por tanto, lo que correspondería es que pretenda el pago de la parte no pagada («compensada indebidamente» o «descontada indebidamente»).

En estricto, pues, no corresponde hablar de «retención» pues este término se utiliza en el sentido de «devolución» y, en este caso no corresponde una pretensión restitutoria, sino una pretensión de cumplimiento.

- 3.5) Frente a la posibilidad de negar que el «descuento» sea una compensación sobre la base del inciso 4 del artículo 1290 del Código Civil<sup>40</sup>, cabe señalar dos cosas: (i) el inciso 4 prohíbe a los particulares oponer la compensación al Estado, pero no prohíbe al Estado hacerlo a los particulares; y, (ii) aun en el negado supuesto de no ser correcta la interpretación anterior, el inciso 4 establece que la prohibición es «salvo en los casos permitidos por la ley» y, resulta claro, que la LCE y el RLCE lo permiten.

**B) Análisis de la pretensión accesoría**

- 3.6) En tal sentido, en la medida que la primera pretensión principal es fundada en parte, ello significa que el COMITÉ DE COMPRA compensó (descontó) indebidamente la suma de S/ 124,588.46, por lo que, en su oportunidad, efectuó un pago menor al que correspondía.

Siendo así, la segunda pretensión principal es fundada en parte, por lo que corresponde ordenar al COMITÉ DE COMPRA pague a NIISA la suma de S/ 124,588.46 más el IGV.

---

<sup>40</sup> «Se prohíbe la compensación:

[...]»

4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley».

---

**Tribunal Arbitral**

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

**4) Tercer punto controvertido: determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA, el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la indebida imposición de penalidades y a la falta de pago del monto no afecto a estas, hasta el monto de S/ 984,286.00, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de lucro cesante**

4.1) De acuerdo con NIISA, el COMITÉ DE COMPRA le habría causado daños por: (i) la imposición arbitraria e indebida de penalidades; y (ii) la indebida «retención» de montos correspondientes a las prestaciones debidamente efectuadas.

4.2) Como ya se señaló al analizar el segundo punto controvertido si hubiera sido cierto que no correspondía exigir las penalidades y, por tanto, no correspondía compensar (deducir) entonces el COMITÉ DE COMPRA hubiera pagado de menos a NIISA y, en tal situación, de acuerdo con el artículo 1324 del Código Civil lo que habría ocurrido es que el COMITÉ DE COMPRA habría incurrido en mora en el pago del monto deducido y, por tanto, debería pagar los intereses moratorios. Conforme con el segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil el interés es moratorio «...cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago».

4.3) En tal sentido, en el presente caso la indemnización que corresponde son los intereses moratorios a los cuales el Tribunal Arbitral se referirá en el cuarto punto controvertido. Por tanto, la tercera pretensión principal es infundada.

**5) Cuarto punto controvertido: determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA, el pago hasta el monto de S/ 984 286.00, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de daño emergente**

5.1) No es correcto considerar el pago de los «intereses legales» como daño emergente. En estricto, si correspondiera se trataría de intereses moratorios, los que conforme al artículo 1242 del Código Civil son los que tienen «por finalidad indemnizar la mora en el pago» y, conforme al artículo 1245 del Código Civil debería abonarse la tasa del interés legal.

5.3) En el presente caso se ha determinado que el COMITÉ DE COMPRA no cumplió con el pago a NIISA de la suma de S/ 124,588.46.

5.4) De acuerdo con el artículo 1324 del Código Civil:

«Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor prueba haber sufrido daño alguno...

[...].».

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

---

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

En tal sentido, corresponde que el COMITÉ DE COMPRA pague los intereses moratorios desde que incurrió en mora.

Teniendo en consideración el artículo 1324 y artículo 1245 del Código Civil<sup>41</sup> la tasa de interés que corresponde es la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú<sup>42</sup>.

- 5.5) ¿En qué momento fue constituido en mora el COMITÉ DE COMPRA? De acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

En el presente caso deberá tenerse en cuenta la fecha de notificación de la demanda arbitral presentada por NIISA, lo que ocurrió el día 16 de octubre de 2017.

- 5.6) Para el cálculo de los intereses, el Tribunal Arbitral utilizará la calculadora de intereses legales del BCR: <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

A estos efectos se tendrá en cuenta lo siguiente:

Monto de la deuda: S/ 124,588.46.

Fecha inicial: 16 de octubre de 2017.

Tasa de interés: legal efectiva.

Fecha de pago: aquella en que el COMITÉ DE COMPRA cumpla con el pago.

- 5.7) Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral corresponde ordenar al COMITÉ DE COMPRA que pague a NIISA los intereses moratorios calculados conforme se indica en el numeral 5.6) precedente.

- 6) Quinto punto controvertido: determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al COMITÉ DE COMPRA asumir la totalidad del pago de los costos y costas relativas al proceso arbitral (pago de árbitros, secretario arbitral, honorarios de los profesionales contratados para la presente defensa y otros)**

- 6.1) De acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral debe fijar («fijará») en el laudo los costos del arbitraje.

- 6.2) De acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, 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

---

<sup>41</sup> «Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal».

<sup>42</sup> «La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú».



### ***Laudo Arbitral de Derecho***

*Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*

---

#### ***Tribunal Arbitral***

*Luciano Barchi Velaochaga*

*Sandro Hernández Díez*

*Mario Silva López*

entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 6.3) El convenio arbitral incluido en cláusula décima novena de los CONTRATOS no ha establecido nada con relación a la imputación o distribución de los costos del arbitraje

En tal sentido, A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida<sup>43</sup>. 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<sup>44</sup>.

- 6.4) Teniendo en consideración lo resuelto por el Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones de la demanda<sup>45</sup> corresponde a NIISA asumir el 87 % y al COMITÉ DE COMPRA asumir el 13 % de los costos del arbitraje relativos a la demanda: los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos por Secretaría Arbitral *Ad Hoc*.

- 6.5) De acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que a cada parte le corresponde asumir los gastos incurridos en su defensa.

#### **La prueba actuada y los argumentos expuestos.**

1. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas 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 del Decreto Legislativo No. 1071; y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de 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.
2. Que, por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del Decreto Legislativo No.

---

<sup>43</sup> Opera la teoría del vencimiento: «el que pierde paga».

<sup>44</sup> La teoría del vencimiento («el que pierde paga») no es absoluta pues el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, faculta a los árbitros a distribuir y prorratear los costos arbitrales si estiman que «el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso». Al respecto hay que tener en cuenta que la discrecionalidad de los árbitros solo se acepta en caso de falta de acuerdo de las partes. En este sentido ver LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. ***Jurisdicción y arbitraje***. 3.<sup>a</sup> edición. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pág. 326.

<sup>45</sup> Como señala MONROY PALACIOS: «... a efectos de determinar quién es vencedor y quién derrotado en un proceso, lo que importa no es la cantidad de argumentos acogidos o rechazados, sino el análisis de si lo pedido fue finalmente otorgado o no» (MONROY PALACIOS, Mario. ***Las costas y costos en el proceso civil***. Lima: Communitas, 2016, pág.119).

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por NIISA Corporación S.A. con el Comité de Compra Lima 5 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

**Tribunal Arbitral**

Luciano Barchi Velaochaga

Sandro Hernández Díez

Mario Silva López

1071 y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Árbitro Único, en **DERECHO**,

**LAUDA:**

**Primero:** declarar **fundada en parte** la primera pretensión principal.

**Segundo:** declarar **fundada en parte** la segunda pretensión principal; por tanto, corresponde ordenar a COMITÉ DE COMPRA pague a NIISA la suma de S/ 124,588.46 más IG.V.

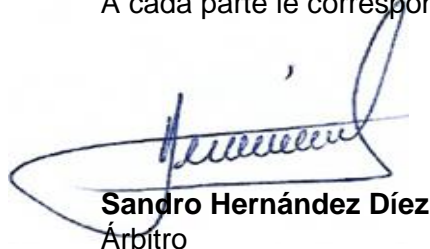
**Tercero:** declarar **infundada** la tercera pretensión principal.

**Cuarto:** declarar **fundada** en parte la cuarta pretensión principal; por tanto, ordenar al COMITÉ DE COMPRA que pague a NIISA los intereses legales calculados conforme se indica en el numeral 5.6) de los Considerandos.

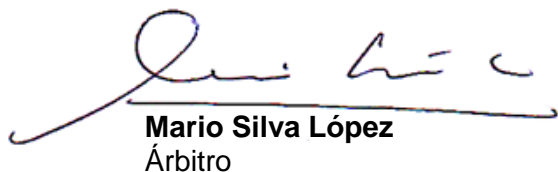
**Quinto:** se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral, respecto de la demanda, en la suma de S/ 76,442.05 (setenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y dos con 05/100 soles) y los gastos de la Secretaría Arbitral *Ad Hoc* en la suma de S/ 17,836.48 sin IG.V.

**Sexto:** declarar **fundada** la quinta pretensión principal en el extremo referido a los costos del arbitraje y ordenar que NIISA asuma el 87 % y al COMITÉ DE COMPRA asuma el 13 % de los costos del arbitraje de la demanda (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la Secretaría Arbitral *Ad Hoc*).

A cada parte le corresponde asumir los gastos incurridos en su defensa.



**Sandro Hernández Díez**  
Árbitro



**Mario Silva López**  
Árbitro