

CENTRO DE ARBITRAJE MARC PERÚ

Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV

NIISA CORPORATION S.A.
(Demandante/NIISA/Contratista)

vs

COMITÉ DE COMPRAS LIMA 6
(Demandado/Comité de Compras Lima/Comité)

Parte no signataria:
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
(QALI WARMA/Entidad)

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Fabiola Paulet Monteagudo
Carol Apaza Moncada
Mario Linares Jara

Secretaría Arbitral

Centro de Arbitraje Marc Perú

INDICE

I.	ANTECEDENTES	4
II.	LOS CONVENIOS ARBITRALES Y LAS PARTES.....	12
III.	DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	13
IV.	SEDE Y LUGAR DEL ARBITRAJE	13
V.	PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES.....	14
VI.	DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	23
VII.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	24
VIII.	ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA	26
	A) Análisis conjunto de la primera y segunda pretensión:	26
	Posición del Tribunal Arbitral	32
	a. Identificar qué argumentos o hechos invocados por NIISA ya fueron objeto de pronunciamiento del laudo (Exp. N° 456-37-14)	34
	b. Identificar los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral.....	43
	c. Identificar cuál es el correcto procedimiento para aplicar penalidades, según lo pactado por las partes	45
	d. Analizar si se cumplió o no el procedimiento de aplicación de penalidades por parte del Comité de Compras Lima 6 de ambos contratos: fase de la decisión del Comité de Compras	57
	B) Análisis conjunto de la tercera y cuarta pretensión:.....	62
	Posición del Tribunal Arbitral	67
IX.	COSTOS	68
X.	LAUDO	70

Glosario de Términos

Centro de Arbitraje Marc Perú	: Centro
Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013-MIDIS/PNAEQW	: Manual de Compras
Directiva 001-2013-MIDIS	: Directiva
Decreto Legislativo N° 295 que aprueba el Código Civil peruano	: Código Civil o C.C.
NIISA CORPORATION S.A.	: NIISA, Demandante o Contratista
Comité de Compras Lima 6	: Comité de Compras Lima 6, Comité o Demandada
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma	: QALI WARMA o Entidad o parte no signataria
El entonces Tribunal Arbitral en mayoría emitió un Laudo de fecha 18 de diciembre de 2015 (Resolución N° 22). Dicho laudo declaró INFUNDADAS todas las pretensiones presentadas por la demandante NIISA.	: Laudo (Expediente N° 456-31-14)
<p>Adicionalmente, ese laudo indica en el punto 11.18 que NIISA: <i>“NO HA PLANTEADO COMO PUNTO CONTROVERTIDO NI COMO PRETENSIÓN DE SU PARTE, que este tribunal en mayoría declare previamente la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas por la contraria; por lo que este Tribunal, en este arbitraje de derecho, carece de ratio decidendi para ordenar la devolución solicitada.”</i> Ese Tribunal Arbitral en mayoría estaba conformado por el Dr. Juan Espinoza Espinoza [Presidente del Tribunal] y el Dr. Franz Kundmuller Caminitti</p>	
NIISA presenta demanda para debatir sobre la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas por la contraria.	: Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV
2018: El primer laudo parcial emitido por el entonces Tribunal Arbitral en mayoría conformado por el Dr. Alberto Quintana Sánchez [Presidente del Tribunal] y el Dr. Mario Linares Jara declara infundado la excepción de cosa juzgada deducida por QALI WARMA	: Primer Laudo Parcial sobre cosa juzgada (Resolución N° 20 de fecha 19 de noviembre de 2018 del Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV).
2020: El Poder Judicial declaró nulo y con reenvió únicamente el tercer punto resolutivo del primer laudo parcial.	: Resolución N° 7 de fecha 14 de septiembre de 2020 del Exp. No 00097-2019-0-1817-SP-CO-02 [EJE]
2021: El segundo laudo parcial emitido por el Tribunal Arbitral en mayoría conformado por la Dra. Fabiola Paulet Monteagudo [Presidente del Tribunal] y el Dr. Mario Linares Jara declara infundado la excepción de cosa juzgada deducida por QALI WARMA.	: Segundo Laudo Parcial sobre cosa juzgada (Resolución N° 62 de fecha 16 de septiembre de 2021 del del Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV).
2022: El Poder Judicial declaró improcedente el recurso de anulación contra el segundo laudo parcial sobre cosa juzgada.	: Resolución No 7 de fecha 14 de junio de 2022 del Exp. No 00584-2021-0-1817-SP-CO-01

Resolución N° 82

En Lima, al 01 de febrero del año dos mil veinticuatro, el Tribunal Arbitral en mayoría (en adelante el Tribunal Arbitral), luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. ANTECEDENTES

1. En este apartado presentamos el objeto de controversia entre las partes, los contratos objeto de controversia en este proceso arbitral, así como el laudo (*Expediente N° 456-31-14*) *discutido y presentado por las partes para debatir la cosa juzgada*; situación que ha sido zanjado por el Poder Judicial conforme detallamos en los próximos párrafos. Finalmente el impacto del laudo parcial en el presente caso, entre otros.

Del objeto de la controversia

2. Durante la etapa de ejecución contractual, el Comité y la Entidad imputaron penalidades contractuales al Contratista; situación que origina el objeto de la controversia.

De los contratos objeto de controversia

3. Los contratos objeto de controversia entre NIISA y el Comité de Compras Lima 6, ambos de fecha 1 de marzo de 2013, son los siguientes:
 - (i) El Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC por la suma S/. 3'114,675.20 para 1'946,672 raciones alimenticias correspondiente al distrito de El Agustino y
 - (ii) El Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC por la suma S/. 14'675,001.77 para 10'262,239 raciones alimenticias correspondiente al distrito de San Juan de Lurigancho.
4. A saber:

Figura N° 1 Contratos de Compraventa firmado por el Comité de Compras Lima 6

Nombre del Contrato	Distrito	Monto
Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC	El Agustino	S/. 3'114,675.20
Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC	San Juan de Lurigancho	S/ 14'675,001.77

Del Laudo previo al presente caso (Expediente N° 456-31-14)

5. Previo al presente arbitraje¹ respecto a los mismos contratos, a que se refiere el párrafo precedente, NIISA y el Comité de Compras Lima 6 llevaron a cabo un proceso arbitral, cuyo Tribunal Arbitral en mayoría emitió un Laudo de fecha 18 de diciembre de 2015. Dicho laudo (Resolución N° 22) declaró infundadas todas las pretensiones presentadas por la demandante NIISA.

Asimismo, el citado laudo señaló en el punto 11.18 que NIISA:

"NO HA PLANTEADO COMO PUNTO CONTROVERTIDO NI COMO PRETENSIÓN DE SU PARTE, que este tribunal en mayoría declare previamente la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas por la contraria; por lo que este Tribunal, en este arbitraje de derecho, carece de ratio decidendi para ordenar la devolución solicitada."

De la nueva demanda (Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV)

Es así como, luego de dos años de haberse emitido el citado laudo², NIISA presentó un escrito de demanda arbitral³ contra del Comité de Compras Lima 6 y QALI WARMA para someter a controversia la *nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades*, entre otros.

Del primer Laudo Parcial (sobre cosa juzgada)

6. Luego de presentada la demanda⁴ y la contestación de la demanda, el Tribunal Arbitral debió resolver la excepción de cosa juzgada deducida por el demandado (parte no signataria) contra el demandante.
7. Es por ello, que el entonces Tribunal Arbitral en mayoría emitió un laudo arbitral (Resolución N° 20 de fecha 19 de noviembre de 2018),

¹ Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV del Centro de Arbitraje de Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

² Laudo de fecha 18 de diciembre de 2015. Dicho laudo (Resolución N° 22)

³ IDEM

⁴ Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV

declarando infundada la excepción de cosa juzgada deducida por QALI WARMA.

8. Con motivo del recurso de anulación presentado por QALI WARMA contra el citado laudo parcial, el 14 de septiembre de 2020⁵ la Segunda Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, por vicios de motivación, declaró fundado el recurso de anulación de laudo arbitral parcial respecto a la causal b) del numeral 1) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje; en consecuencia, declaró NULO Y CON REENVÍO únicamente el tercer punto resolutivo de la Resolución N° 20 del 19 de noviembre de 2018 (...)

Del segundo Laudo Parcial (sobre cosa juzgada)

9. Una vez reconformado el Tribunal Arbitral, este Tribunal Arbitral en mayoría emitió un laudo parcial⁶ (Resolución N° 62 de fecha 16 de septiembre de 2021), declarando infundada la excepción de cosa juzgada deducida por QALI WARMA, bajo los siguientes términos:

- “PRIMERO: DECLARAR que existe identidad de partes; por lo que, en este extremo se cumple con uno de los supuestos de la triple identidad de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA. DECLARAR que no existe identidad de objeto; por lo que, en este extremo no se cumple con uno de los supuestos de la triple identidad de la de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA. DECLARAR que no existe identidad de causa petendi; por lo que, no se cumple con los supuestos de la triple identidad de la de la Excepción de Cosa Juzgada. Entonces, ORDENAR que, no habiéndose cumplido con la triple identidad, por las razones expuestas, corresponde declarar INFUNDADA la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA.
(...)”

10. Con motivo del recurso de anulación presentado por QALI WARMA contra el citado laudo parcial, el 14 de junio de 2022⁷ la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró improcedente el recurso de anulación contra el citado laudo parcial en los siguientes términos:

- “Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, se resuelve:

⁵ según Resolución No 7 del Exp. No 00097-2019-0-1817-SP-CO-02

⁶ expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV - Resolución N° 62 de fecha 16.09.2021

⁷ según Resolución No 7 del Exp. No 00584-2021-0-1817-SP-CO-01

4.1. Declarar IMPROCEDENTE el recurso de anulación de Laudo Arbitral interpuesto por el MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL –MIDIS- contra el Laudo parcial recaído en la Resolución N° 62 de fecha 16 de setiembre de 2021.

4.2 Sin costas, ni costos.

En los seguidos por el MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSION SOCIAL –MIDIS- contra el CONSORCIO NIISA CORPORATION S.A. sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.”

Del impacto del laudo parcial en el presente caso

11. El laudo parcial⁸ (Resolución N° 62), declaró infundada la excepción de cosa juzgada por los siguientes fundamentos:

- **Sobre la identidad de partes o sujetos (*eadem personae*):**

Tal como se aprecia en el numeral 36.3 y 36.4 del laudo parcial, tanto en el anterior proceso arbitral (expediente N° 456-37-14) como en el presente, las partes son las mismas, existiendo identidad de partes. Este no es un punto controvertido toda vez que fue aceptado por las partes.

- **Sobre la identidad del objeto (*eadem res*):**

Sobre la materia, el Tribunal Arbitral revisó de forma integral el anterior laudo arbitral, así como analizó el contenido de las pretensiones y la discusión de fondo del anterior proceso. Evidenciamos que la controversia se resume a las siguientes pretensiones:

Expediente N° 456-37-14-PUCP (Primer Proceso Fenecido)	Expediente 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV (Segundo Proceso)
<p>PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos la devolución de la suma de S/1'417,070.22 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL SETENTA Y 22/100 NUEVOS SOLES) que corresponden a las supuestas penalidades impuestas por el Comité de Compra N°06.</p>	<p>PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Solicitamos se declare la NULIDAD, INVALIDEZ, INEFICACIA y/o INAPLICABILIDAD de las penalidades impuestas a mi representada por la demandada, el COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA, que son materia de la presente demanda y que desarrollamos en nuestros fundamentos de hecho.</p> <p>SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Se ordene la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de nuestras facturas, hasta el monto de S/ 1'417,070.00 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL SETENTA Y 00/100) Soles, por la entrega de los productos del contrato, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.</p>

⁸ Expediente N° 083-2017/MARCPERU/ADM/MSCV - Resolución N° 62 de fecha 16.09.2021

Así, en el laudo parcial y de la lectura integral del anterior laudo arbitral (expediente N° 456-37-14), se concluyó que no estamos frente a pretensiones idénticas. Ello puesto que, a diferencia del presente proceso, en el anterior proceso arbitral solo se discutió la *devolución* de un monto fijo e *irreductible* (ascendiente a S/ 1'417,070.22), mas no la *nulidad, revocación, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de las penalidades*. A tal efecto, procedemos a pegar nuevamente los acápite correspondientes del anterior laudo arbitral donde se evidencia que el anterior Tribunal Arbitral reconoció expresamente que no fue sometido a su competencia, ni fue un punto controvertido la *nulidad, revocación, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de las penalidades*:

- 11.15 Sin perjuicio de ello, es importante precisar que de igual forma, no obstante la acreditación del cumplimiento específico e individual de cada una de las penalidades supuestamente aplicadas de manera indebida, se tiene que el demandante ha planteado como pretensión principal la devolución de un monto fijo e irreductible y a su vez, no ha planteado como pretensión en este arbitraje, un pronunciamiento de este tribunal sobre la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas.
- 11.18 En consecuencia, se comprueba que en este arbitraje la demandante no ha planteado como punto controvertido ni como pretensión de su parte, que este tribunal declare previamente la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas por la contraria; por lo que este Tribunal en mayoría, en este arbitraje de derecho, carece de *ratio decidendi* para ordenar la devolución solicitada; siendo que tampoco cuenta con elementos suficientes para pronunciarse de oficio en aplicación del Artículo 220° del Código Civil³, debiendo circunscribirse la decisión contenida en este laudo a los puntos controvertidos bajo el ámbito de competencia del Tribunal en mayoría.
- 11.22 Estando al tenor de lo pretendido por la demandante en este arbitraje, es pertinente tener en cuenta en este punto, que dicha parte solicita específicamente la devolución de un monto fijo, pues así está formulada su pretensión principal, la misma que este Tribunal no se encuentra facultado a variar, viéndose además imposibilitado de aplicar el Artículo 220 del Código Civil, de acuerdo a lo señalado anteriormente.
- 11.30 En tal sentido, se constata en estos actuados que la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades impuestas no ha sido formulada como pretensión por la parte demandante, no siendo éste por ende un punto controvertido

Al tenor de lo resuelto por el anterior Tribunal arbitral, el contratista se encontraba válidamente habilitado para iniciar un nuevo proceso arbitral invocando una pretensión que discuta la nulidad, revocación, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de las penalidades, sin que esto signifique afectación alguna a la cosa juzgada del anterior laudo arbitral. Esto fue dicho de forma expresa por el anterior Tribunal Arbitral, pues se dejó a salvo el derecho del contratista a formular

nuevas pretensiones referidas a las penalidades, sin afectar el anterior proceso, lo que sucede en el presente caso:

11.31 Es decir, la demandante solicita una devolución de montos fijos y no prueba porqué, para qué ni cómo es que dicha devolución debería proceder a su favor; mientras que de otro lado, está demostrado que las penalidades contractuales siguen plenamente vigentes, se ejecutaron y surtieron plenitud de efectos. En consecuencia, lo único que cabe precisar en este punto es que, ante esta situación, queda expedito el derecho de la parte demandante para proceder a formular su reclamo y sus pretensiones conforme a ley.

Y si bien se podría mencionar que en el fondo tanto en el anterior como el presente proceso se está discutiendo sobre lo mismo, que son las penalidades; al respecto, nótese que la intención del demandante en ambos procesos fue distinta. **No es lo mismo reclamar el cumplimiento de una obligación (pago de suma de dinero), que cuestionar la existencia o validez de un acto (penalidades);** criterio asumido por el Tribunal Arbitral anterior, criterio que adquiere la calidad de cosa juzgada, según el numeral 11.27 del Laudo (expediente N° 456-37-14).

11.27 La demandante, tal como se puede apreciar en estos actuados y durante toda la secuela del íter arbitral, no solamente no ha procedido a impugnar dichas penalidades, pues tampoco ha incorporado ello como punto controvertido, habiendo podido hacerlo (solicitando su nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades impuestas); sino que la demandante se ha limitado en todo momento a pedir una devolución lata, pura y simple, de dos montos fijos pretendidos, sin brindar fundamentación causal para las mismas y sin probar sus pretensiones ni cumplir con el principio actori incumbi oni probandi.

- **Sobre la identidad de la causa (eadem causa petendi):**

Sobre la identidad de la causa petendi, más allá de la doctrina desarrollada en el laudo parcial, el Tribunal Arbitral presentó el siguiente ejemplo a efectos de ser didáctico: *si en el primer proceso fenecido se discute y resuelve la pretensión de nulidad de acto jurídico por fin ilícito y en el segundo proceso se demanda la nulidad de acto jurídico por agente incapaz, aunque sean las mismas partes las que intervienen en el proceso y tengan ambos el mismo petitorio (nulidad del acto jurídico), la causa petendi es distinta, por tanto, no opera la cosa juzgada.*

Esto acorde con lo indicado por el Tribunal Constitucional, mediante Exp. N.º 0569-2003-AC/TC donde indica:

El objeto litigioso está constituido por dos elementos que la doctrina denomina petitum y causa petendi. "Si el petitum consiste en la solicitud de una resolución judicial idónea para la realización de un bien

de la vida (entendido en la acepción más amplia), la causa petendi estará constituida por la indicación y la determinación del hecho constitutivo del derecho al bien perseguido, además del hecho que determina el interés de obrar en juicio. La causa petendi es entonces la razón, el porqué, o, más exactamente, aun el título de la demanda”.

Analizando las razones del anterior proceso y comparándolas con las expuestas en el presente, podemos advertir que existen varias razones del demandante que son distintas. A continuación, se hace un resumen sumamente breve para evidenciar tal diferenciación:

Fundamentos del anterior proceso (Expediente N° 456-37-14) ⁹	Fundamentos del proceso actual (expediente N° 0863-2017/MARC)
Que NIISA remitió dos cartas notariales solicitando el cálculo de las valorizaciones, no recibiendo respuesta alguna.	Que el Comité de Compras no realizó los pagos correspondientes.
Que mediante carta notarial de fecha 25 de noviembre del 2013, puso en conocimiento a los demandados respecto a las penalidades que i) no se precisó el incumplimiento cometido y ii) que no existe medio probatorio que acredite la sanción.	Que NIISA se percató de transferencias financieras realizadas por QALI WARMA sin especificar su origen ni contrato asociado, por lo que en septiembre de 2013 NIISA solicitó detalles sobre el procedimiento de cálculo de las valorizaciones.
Que NIISA solicita la devolución de penalidades puesto que no existe procedimiento regulado por el que el proveedor pueda impugnar las deducciones por penalidad.	Que las resoluciones de QALI WARMA carecían de detalles sobre a qué distrito correspondía el pago, a qué facturas emitidas por NIISA se hacía referencia y que la imposición de penalidades no contenía fundamentos claros ni seguía el debido procedimiento.
Que QALI WARMA no otorgó un plazo a NIISA para emitir sus descargos o subsanar observaciones.	Que las resoluciones de QALI WARMA no se precisó el tipo de incumplimiento de NIISA, ni el medio probatorio que sustenta la imposición de penalidades, ni las especificaciones sobre la I.E. y el criterio sobre el cálculo de penalidades.
Que no se notificó a NIISA ni el informe, resoluciones ni documentos que justifiquen la penalidad.	Que conforme la Directiva 001-2013-MIDIS, la única facultada para la imposición de penalidades era el Comité de Compras.
	Que la Directiva 001-2013-MIDIS norma la forma y el procedimiento de toma de decisiones de los Comités, siendo necesaria una sesión previa.
	Que las penalidades son inválidas toda vez que el Comité de Compras no realizó una sesión para la imposición de penalidades.

Si bien existen algunos argumentos que ya fueron objeto de pronunciamiento mediante el anterior laudo arbitral, existen también otros que no fueron invocados ni resueltos en el anterior proceso, conforme se desarrollará en el punto VIII Análisis de la controversia del presente laudo.

⁹ El presente resumen fue extraído del numeral 3.2 y siguientes del anterior laudo arbitral.

Uno de los argumentos no resueltos es la forma y el procedimiento para la *toma de decisiones del Comité de Compras* regulado en la Directiva 001-2013-MIDIS; esto a efectos de *declarar la nulidad, invalidez o ineficacia de las penalidades*.

12. En conclusión, mediante el laudo parcial, el Tribunal Arbitral evidenció que no existe ni identidad de objeto ni identidad de causa, por lo que al no cumplirse de forma copulativa los 3 presupuestos que configuran la cosa juzgada, el Tribunal Arbitral es competente para resolver el fondo de la controversia.

Sobre el pedido de interpretación del laudo parcial:

13. Mediante escrito sumillado "Interponemos recurso de Interpretación", QALI WARMA interpuso recurso de interpretación al laudo parcial, cuestionando, dentro de otros, lo siguiente: Que conforme consta en los numerales 11.28., 11.29. y 11.33 del anterior laudo arbitral, el Tribunal Arbitral explique cómo es que ya existiendo un pronunciamiento anterior sobre: i) la insuficiencia de la prueba vinculada a la presentación de actas de entrega y recepción, y ii) al incumplimiento imputable al contratista que no pudo ser desvirtuado a través de prueba alguna; el Tribunal Arbitral podrá emitir un pronunciamiento diferente en los cuales bajo la figura de discutir la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inexistencia de las penalidades se llegue a una conclusión diferente sin colisionar con lo ya resuelto en laudo anterior.
14. Sin perjuicio de lo resuelto mediante la Resolución N° 66, decisión complementaria del laudo parcial en mayoría, procedemos a ampliar los argumentos en torno a los numerales 11.28., 11.29. y 11.33 del anterior laudo arbitral invocados por QALI WARMA¹⁰.
15. Al respecto, el presente laudo arbitral no niega ningún extremo de lo resuelto por el anterior Tribunal Arbitral (expediente N° 456-37-14). Inclusive, como se observará en el punto VIII Análisis de la controversia del presente laudo, el presente Tribunal Arbitral reconoce y utiliza muchas de las conclusiones del anterior laudo arbitral para resolver la presente controversia.
16. A efectos de no caer en contradicción con el anterior proceso, el Tribunal Arbitral resolverá la controversia utilizando el siguiente orden del

¹⁰ Ver las imágenes de la pagina 3 del escrito con sumilla: interponemos recurso de interpretación de Qaliwarma.

pronunciamiento (conforme se evidenciará en el en el punto VIII Análisis de la controversia del presente laudo):

- a. ***"Identificar qué argumentos o hechos invocados por NIISA ya fueron objeto de pronunciamiento del laudo (Exp. N° 456-37-14) para descartarlos como argumentos de defensa en el presente proceso arbitral, según corresponda, así como para definir los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral.***
- b. ***Identificar los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral.***
- c. *Identificar cuál es el correcto procedimiento para aplicar penalidades, según lo pactado por las partes, respecto a la fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades.*
- d. *Analizar si se cumplió o no el procedimiento de aplicación de penalidades por parte del Comité de Compras Lima 6 de ambos contratos, respecto a la fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades."*

17. Como observaremos de forma posterior, antes de emitir pronunciamiento, el presente Tribunal Arbitral primero identificará que argumentos o hechos ya fueron materia de pronunciamiento por el anterior tribunal; dichos argumentos no serán modificados.
18. Acto seguido, el Tribunal Arbitral identificará y limitará los alcances de su decisión a efectos de asegurarse nuevamente en no caer en contradicción con lo resuelto anteriormente.
19. Por lo cual, el presente laudo arbitral no contradice el contenido de los numerales 11.28., 11.29., 11.31, 11.33 y demás del anterior laudo arbitral. De esa manera, tampoco altera algún pronunciamiento referido a: i) la insuficiencia de la prueba vinculada a la presentación de actas de entrega y recepción, y ii) al incumplimiento del contratista.

II. LOS CONVENIOS ARBITRALES Y LAS PARTES

20. De conformidad con lo establecido en la Décimo Novena Cláusula de ambos contratos sobre la solución de controversias, las partes establecieron lo siguiente:

Las partes podrán recurrir al arbitraje, según las disposiciones del manual de compras. Cualquiera de las partes tiene el 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 tribunal colegiado ad hoc integrado por tres árbitros, cada contraparte designara a un árbitro y éstos elegirán a su Presidente. Las partes acuerdan que el tribunal se regirá por las del Centro de Arbitraje de la PUCP.

En caso los árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo en la elección del Presidente del Tribunal Arbitral, este será designado por el Centro de Arbitraje de la PUCP entre los integrantes del Registro del Centro conforme a su propio procedimiento y reglamento.

21. Los datos de las partes son los siguientes:

A. DEMANDANTE:

Denominación : NIISA CORPORATION S.A.
Representante : Gerardo Janampa Perez
Abogados : Gerardo Janampa Perez

B. DEMANDADOS:

Denominación : COMITÉ DE COMPRAS LIMA 6
Procurador público Qaliwarma : QALI WARMA
Rodolfo Hipólito Untiveros Matos
Jorge Enrique Obando Portilla
Romina Natali Granados Coa
Martín Correa Pacheco
Renan Salas Soliz.

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

22. NIISA presenta su solicitud de arbitraje mediante la cual designa como árbitro al Dr. Mario Linares Jara. Asimismo, la Dra. Carol Apaza Moncada fue designada por QALI WARMA en la contestación a la solicitud de arbitraje. La actual Presidente del Tribunal Arbitral es la Dra. Fabiola Paulet Monteagudo por designación de los árbitros con motivo de la renuncia del anterior presidente de Tribunal.

IV. SEDE Y LUGAR DEL ARBITRAJE

23. Mediante Acta de Instalación de fecha 31 de octubre de 2017 se dispuso que la sede del arbitraje es la ciudad de Lima, en las oficinas ubicadas

en Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 101, San Antonio del distrito de Miraflores – Lima - Perú.

V. PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

24. Con fecha 31 de octubre del 2017, mediante Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, se establecen las reglas aplicables al proceso.
25. Por Resolución N° 3 de fecha 4 de diciembre del 2017, el Tribunal Arbitral resuelve declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Entidad y, en consecuencia, modificar el Acta de Instalación.
26. El 11 de diciembre del 2017, NIISA presenta su demanda arbitral.
27. El 06 de marzo del 2018 QALI WARMA contestó la demanda y dedujo la excepción de cosa juzgada. El Comité de Compras Lima 6 no contestó el escrito de demanda.
28. Con Resolución N° 6 de fecha 12 de marzo del 2018, el Tribunal Arbitral decide tener presente la contestación de demanda y correr traslado de la excepción de cosa juzgada deducida por QALI Warma a fin de que el demandante exprese lo conveniente a su derecho en el plazo de 20 días hábiles.
29. El 19 de marzo del 2018 el Comité de Compras Lima 6 presentó escrito de sumilla "Ratifico fundamentos de defensa del Programa Qali Warma", mediante el cual ratifica los argumentos expuestos por Qali Warma en su escrito de contestación de demanda.
30. El 28 de marzo del 2018, NIISA presenta escritos de sumilla "Interponemos oposición", "Absolvemos excepción" y "Absolvemos traslado de la contestación de demanda y de oposición a la exhibición de medios probatorios"
31. El 10 de mayo del 2018, el Tribunal Arbitral emite las Resoluciones N° 8, N° 9, N° 10, N° 11, N° 12 y N° 13 resolviendo lo siguiente:
 - Resolución N° 8: Tener por cumplido a QALI WARMA con la remisión del archivo electrónico de su escrito de fecha 06 de marzo del 2018.

- Resolución N° 9: Tener presente lo expuesto por el Comité de Compras Lima 6 sobre la ratificación de argumentos.
 - Resolución N° 10: Correr traslado a QALI WARMA del escrito de sumilla "Interponemos oposición", para que en el plazo de 20 días hábiles exprese lo conveniente a su derecho.
 - Resolución N° 11: Tener presente el escrito de sumilla "Absolvemos traslado de la contestación de demanda y de oposición a la exhibición de medios probatorios" y resolver en su oportunidad.
 - Resolución N° 12: Tener presente el escrito de sumilla "Absolvemos excepción" y resolver en su oportunidad.
 - Resolución N° 13: Tener por cumplido a la empresa NIISA la remisión del archivo electrónico de su escrito de demanda.
32. El 30 de mayo del 2018, QALI WARMA presenta su escrito de sumilla "1) Absolvemos traslado y solicitamos se declare infundada oposición. 2) Ofrezco nuevo medio probatorio y lo que indica."
33. El 7 de junio del 2018, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 15 mediante la cual se decide citar a audiencia a las partes para tratar la excepción de cosa juzgada deducida por la Entidad, a realizarse el 4 de julio del 2018.
34. Con escrito de fecha 12 de junio de 2018, QALI WARMA presentó escrito de sumilla "Cumplimos mandato".
35. Mediante Resolución N° 16 de fecha 04 de julio del 2018, el Tribunal Arbitral decide correr traslado del escrito presentado por QALI WARMA el 30 de mayo del 2018 con su subsanación a NIISA.
36. NIISA presenta escrito con sumilla "Absolvemos Traslado de escritos" de fecha 16 de julio del 2018, el cual fue recibido por el centro el 18 de julio del 2018.
37. A través de la Resolución N° 17 de fecha 15 de agosto del 2018, el Tribunal Arbitral requiere a ambas partes numerosa información sobre el laudo emitido en el Centro de Arbitraje de la PUCP:
- NIISA presenta el 3 de septiembre del 2018 escrito de sumilla "Adjuntamos copia de documentos solicitados mediante Resolución N° 17"
 - En el mismo sentido se expide la Resolución N° 19 de la misma fecha que tiene por presentado el escrito de sumilla

“Adjuntamos copia de documentos solicitados mediante Resolución N° 17” y corre traslado de los documentos a los demandados.

38. El 15 de agosto del 2018 se expide la Resolución N° 18 que determina los puntos controvertidos y cita a audiencia de ilustración sobre las pruebas impugnadas, así como los hechos y aspectos técnicos de las pretensiones puestas a conocimiento del colegiado.
39. Con fecha 07 de septiembre del 2018, se celebra la audiencia para presentar argumentos respecto a la impugnación de medios de prueba así como sobre los hechos y aspectos técnicos de las pretensiones puestas a conocimiento del colegiado.
40. El 28 de septiembre del 2018, NIISA presenta escrito de sumilla “Para mejor resolver”.
41. Mediante Resolución N° 20 de fecha 19 de noviembre del 2018, el Tribunal Arbitral en mayoría conformado por Alberto Quintana Sánchez y Mario Lineares Jara decide declarar infundada la excepción de cosa juzgada deducida por QALI WARMA. También se notifica el voto singular de la árbitro Carol Apaza:
 - Con fecha 04 de diciembre del 2018, el MIDIS presenta escrito de sumilla “Interpongo interpretación y corrección en contra de la decisión que declara INFUNDADA la excepción de cosa juzgada”. El mismo día, NIISA presenta escrito con sumilla “Absuelve traslado”.
42. El 13 de diciembre del 2018, el Tribunal Arbitral emite las Resoluciones N° 22, N° 23 y N° 24 resolviendo lo siguiente:
 - Resolución N° 22: Admitir a trámite el medio de prueba ofrecido por el QALI WARMA consistente en la pericia grafo técnica ofrecida en la contestación de demanda.
 - Resolución N° 23: Tener por absuelto al Contratista con el traslado conferido mediante la Resolución N° 20.
 - Resolución N° 24: Tener por formulados los pedidos de interpretación y corrección de laudo, así como correr traslado al demandante y al Comité de Compras por el plazo de 10 días. Acceder a lo solicitado y conceder plazo para la realización de la pericia.

43. Con escrito de fecha 20 de diciembre del 2018, recibido por el centro el 28 de diciembre del 2018, NIISA presenta escrito con sumilla "Absolvemos traslado Resolución N° 22"
44. El 22 de enero del 2019, el Tribunal Arbitral expide la Resolución N° 25 que decide declarar improcedente los pedidos de interpretación y rectificación interpuestos por QALI WARMA.
45. Asimismo, mediante Resolución N° 26, el Tribunal Arbitral dispone el inicio del plazo para que QALI WARMA presente la pericia grafotécnica respecto a las firmas contenidas en las actas de entrega y recepción que el demandante ha incorporado al proceso.
- QALI WARMA presenta escrito de sumilla "1) Solicito que perito acceda a expediente arbitral. 2) Solicito plazo adicional para la presentación del informe pericial."
 - Mediante Resolución N° 27 de fecha 01 de abril del 2019 corregida por Resolución N° 28 de fecha 05 de abril del 2019, el Tribunal Arbitral accede al pedido de QALI WARMA y otorga a QALI WARMA un plazo adicional de 35 días hábiles para la presentación del informe pericial.
 - El 31 de mayo del 2019, QALI WARMA presenta escrito de sumilla "Se adjunta Informe pericial y cuadro de resumen que acredita la aplicación correcta de Penalidades".
 - Mediante Resolución N° 30 de fecha 03 de junio del 2019 el Tribunal Arbitral decide dejar constancia que el perito de parte tuvo acceso a la lectura del expediente.
 - QALI WARMA presenta escrito de sumilla "Adjunto en CDs compactos el informe pericial ofrecido como medio de prueba" el 05 de junio del 2019.
46. El 24 de junio del 2019, el Tribunal Arbitral emite las Resoluciones N° 32 y N° 33 resolviendo (Resolución N° 32): Tener presente el informe pericial grafotécnico y el cuadro Excel ofrecido por la parte demandada; asimismo, decide correr traslado del informe pericial a NIISA por el plazo de 95 días hábiles:
- NIISA presenta escrito de sumilla "Solicito que perito acceda a expediente arbitral" el 23 de octubre del 2019.
 - Asimismo, mediante Resolución N° 35 de la misma fecha, el Tribunal Arbitral deja constancia que el perito de NIISA tuvo acceso a la lectura del expediente.

- NIISA presenta escrito de sumilla "Interpone Tacha contra peritaje de Parte" de fecha 14 de noviembre del 2019 y adjunta un informe pericial.
 - El 20 de noviembre del 2019, el Tribunal Arbitral expide la Resolución N° 36 mediante la cual el Tribunal Arbitral declara improcedente por extemporánea la tacha presentada por NIISA y corre traslado de la pericia presentada por NIISA a QALI WARMA.
 - Con escrito de sumilla "Solicita Reconsideración de Resolución N° 36" recibido el 27 de noviembre del 2019, NIISA reitera su solicitud de tacha.
 - Mediante Resolución N° 37 de fecha 09 de diciembre del 2019, el Tribunal Arbitral decide declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por NIISA.
 - QALI WARMA presenta escrito de sumilla "Precisiones sobre traslado de informe pericial" el 19 de diciembre del 2019.
 - El 8 de enero del 2020, QALI WARMA presenta escrito con sumilla "Absolvemos requerimiento"
47. Mediante Resolución N° 39 de fecha 13 de enero del 2020, el Tribunal Arbitral en mayoría decide tener por cumplido el requerimiento de la Resolución N° 39.
48. El 15 de marzo de 2020 se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia del COVID-19, prorrogándose de manera sucesiva:
- Mediante Resolución N° 44 de fecha 15 de mayo del 2020, el Tribunal Arbitral cumple con precisar que el periodo comprendido entre el día 16 de marzo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, inclusive, será considerado como días de suspensión de todos los plazos procesales; asimismo, otorga a ambas partes un periodo de 3 días para que cumplan con precisar celulares y teléfonos fijos de las partes.
 - Con Resolución N° 45 de fecha 19 de junio del 2020, el Tribunal Arbitral decide tener por cumplido el requerimiento de la Resolución N° 44 y, entre otros, establecer que, en atención al Decreto Supremo 094-2020-PCM, los plazos de las actuaciones arbitrales del presente proceso se encuentran suspendidos hasta el 30 de junio de 2020.
 - Mediante Resolución N° 46 de fecha 6 de julio del 2020, el Tribunal Arbitral establece que la suspensión del arbitraje se levantará a partir del 1 de julio de 2020.

49. Mediante Resolución N° 48 de fecha 29 de julio del 2020, el Tribunal Arbitral decide citar a ambas partes a una audiencia especial en la cual se expondrán y discutirán las pericias:

- En el mismo sentido, mediante Resolución N° 49 de fecha 19 de agosto del 2020, el Tribunal Arbitral decide otorgar un plazo de 10 días hábiles a ambas partes para que manifiesten lo pertinente sobre los puntos coincidentes y divergentes expuestos por los peritos en la Audiencia Pericial de fecha 14 de agosto de 2020.
- Ambas partes cumplen con la Resolución N° 49 a través del escrito con sumilla "Conclusiones sobre Audiencia Pericial" presentado el 1 de septiembre de 2020 por QALI WARMA y del escrito con sumilla "Cumple requerimiento" presentado el 2 de septiembre de 2020 por NIISA.
- Con Resolución N° 50 de fecha 17 de setiembre del 2020, el Tribunal Arbitral decide tener por cumplido el mandato de la Resolución N° 49 y correr traslado de los escritos por un plazo de 5 días hábiles. Asimismo, el Tribunal Arbitral decide otorgar un plazo de 10 días hábiles para que ambas partes acuerden la designación de un perito grafotecnico.

50. El 25 de septiembre del 2020, NIISA presenta escrito con sumilla "Solicita suspensión de proceso" con motivo del recurso de anulación presentado por QALI ARMA:

- El Tribunal Arbitral corre traslado del escrito mencionado en el párrafo anterior mediante Resolución N° 51 de fecha 29 de septiembre del 2020.
- Sin pronunciamiento de las partes, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 52 de fecha 14 de octubre del 2020, deja constancia del no pronunciamiento y otorga 3 días hábiles para que informen el estado del recurso de anulación del laudo parcial interpuesto por QALI WARMA.
- En ese sentido, ambas partes cumplen con presentar escrito con sumilla "Cumpla requerimiento" presentado el 15 de octubre de 2020 por NIISA y escrito con sumilla "Absolvemos requerimiento" presentado el 19 de octubre de 2020 por QALI WARMA.
- Considerando lo anterior, mediante Resolución N° 53 de fecha 20 de octubre del 2020, el Tribunal Arbitral decide suspender

el proceso hasta que haya pronunciamiento sobre el recurso de anulación.

51. Mediante Resolución N° 56 de fecha 23 de marzo del 2021, el Tribunal Arbitral decide tener por válidamente reconstituido el Tribunal Arbitral. Asimismo, se ordena a las partes repetir las actuaciones arbitrales desde el momento anterior a la emisión de la Resolución N° 20 únicamente respecto del tercer punto resolutivo de la Resolución N° 20 de fecha 19 de noviembre de 2018:

- QALI WARMA presenta escrito con sumilla "Para mejor resolver" el 11 de junio del 2021.
- Con Resolución N° 59 de fecha 17 de junio del 2021, el Tribunal Arbitral corre traslado del escrito antes mencionado a NIISA.
- NIISA, cumple con la Resolución N° 59 mediante escrito presentado el 25 de junio de 2021 mediante el cual absuelve el escrito presentado el 11 de junio del 2021 por QALI WARMA.
- Mediante Resolución N° 60 de fecha 5 de julio del 2021, el Tribunal Arbitral declara el cierre parcial de las actuaciones arbitrales y fija plazo para emitir laudo parcial por 40 días hábiles prorrogables por 10 días adicionales. La prórroga se dio mediante Resolución N° 61 de fecha 31 de agosto del 2021.

52. Mediante Resolución N° 62 del 16 de septiembre del 2021, el nuevo Tribunal Arbitral en mayoría, emite laudo parcial en el siguiente sentido (También se notifica el voto singular de la árbitro Carol Apaza):

"PRIMERO: DECLARAR que existe identidad de partes; por lo que, en este extremo se cumple con uno de los supuestos de la triple identidad de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA. DECLARAR que no existe identidad de objeto; por lo que, en este extremo no se cumple con uno de los supuestos de la triple identidad de la de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA. DECLARAR que no existe identidad de causa petendi; por lo que, no se cumple con los supuestos de la triple identidad de la de la Excepción de Cosa Juzgada. Entonces, ORDENAR que, no habiéndose cumplido con la triple identidad, por las razones expuestas, corresponde declarar INFUNDADA la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Programa QALI WARMA."

53. El escrito de fecha 30 de septiembre del 2021 con sumilla "Interponemos recurso de Interpretación" presentado por QALI WARMA.

- Mediante Resolución N° 63 de fecha 05 de octubre del 2021, el Tribunal Arbitral tiene por formulado el recurso de interpretación y corre traslado del mismo a NIISA y al Comité.
- El escrito de sumilla "Absuelve traslado sobre recurso de interpretación de laudo parcial interpuesto por Qali Warma" presentado por NIISA el 19 de octubre de 2021.

54. El 10 de noviembre del 2021, el Tribunal Arbitral emite las Resoluciones N° 64 y N° 65 en el siguiente sentido:

- Resolución N° 64: Tener por absuelto el pedido de interpretación contra el Laudo Arbitral emitido en mayoría formulado por parte de NIISA y tener por no absuelto el pedido contra laudo por parte del Comité. Finalmente otorga un plazo de 10 días hábiles para resolver el recurso contra laudo.
- Resolución N° 65: REQUERIR a QALI WARMA para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con efectuar el registro en la plataforma correspondiente del Sistema de Declaraciones Juradas para la Gestión de Conflicto de Intereses (SIDJI), a fin de que los árbitros puedan formular su Declaración Jurada de Intereses conforme a Ley.

55. Con fecha 17 de noviembre del 2021, el Tribunal Arbitral emite la decisión complementaria del Laudo Parcial en mayoría a través del cual decide en el siguiente sentido:

"PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la solicitud de interpretación formulada por QALI WARMA contra la parte considerativa y el Primer Punto Resolutivo del Laudo Parcial."

56. Mediante correo electrónico de fecha 06 de enero del 2022, NIISA manifiesta que desea suspender el proceso arbitral hasta que la Sala Comercial, resuelva el recurso de anulación de Laudo Parcial interpuesto por QALIWARMA el 16 de diciembre del 2020:

- En consecuencia, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 67 el 07 de enero del 2022 a través del cual se otorga a QALIWARMA un plazo de 3 días hábiles para que se manifieste.
- QALIWARMA manifiesta su posición a favor de la suspensión mediante correo electrónico de fecha 17 de enero del 2022.
- Así, mediante Resolución N° 68 de fecha 21 de enero del 2022, el Tribunal Arbitral decide suspender el proceso arbitral hasta que la Sala Comercial resuelva el Recurso de Anulación de Laudo Parcial.

- El 11 de julio del 2022, NIISA informa al Tribunal Arbitral mediante escrito de sumilla "Comunica emisión de sentencia de sala comercial, solicita levantamiento de suspensión", que la Primera Sala Comercial declaró IMPROCEDENTE el recurso de anulación de laudo parcial; por lo que, solicita que se levante la suspensión y se reanude el trámite del proceso arbitral.
 - Seguidamente, mediante Resolución N° 69, el Tribunal Arbitral decide tener presente el escrito presentado por NIISA y levantar la suspensión del proceso, así también otorga un plazo de 10 días hábiles para que ambas partes acuerden designar a un perito grafotécnico. Finalmente, fija el monto a pagar por las partes por concepto de segundo anticipo de honorarios arbitrales.
57. El 16 de noviembre del 2022, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 73 a través de la cual decide citar a las partes y sus peritos para una Audiencia de Sustentación Pericial para el 5 de diciembre de 2022 a las 10:00 horas.
- Con escrito de sumilla "Cumpló con informar" de fecha 16 de noviembre del 2022, NIISA señala que el perito requerido para audiencia ha fallecido; por lo que, se le imposibilita participar en la audiencia.
 - En el mismo sentido, QALIWARMA presenta escrito de sumilla "Solicitamos reprogramación de audiencia" el 16 de noviembre del 2022.
 - Mediante Resolución N° 76 de fecha 09 de marzo del 2023, el Tribunal Arbitral decide citar a las partes para una Audiencia de Sustentación Pericial del informe presentado por QALI WARMA, para el 24 de marzo de 2023 y se precisa que QALI WARMA debe asegurar la presencia de su perito.
58. Atendiendo a los correos electrónicos remitidos por QALI WARMA y NIISA el 3 y 5 de abril de 2023, respectivamente, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 77 a través de la cual decide citar a las partes a una Audiencia de Informes Periciales para el día 20 de abril de 2023:
- El 2 de mayo de 2023, NIISA presenta escrito con sumilla "Conclusiones sobre la Audiencia Pericial".
 - El 4 de mayo de 2023, QALI WARMA presenta escrito con sumilla "Presenta Conclusiones sobre la Audiencia de Debate Pericial".

59. NIISA, el 24 de mayo de 2023, presenta escrito con sumilla "Reitera solicitud y pide que se cierre la etapa probatoria".
60. El 25 de mayo del 2023, QALI WARMA presenta escrito con sumilla "Nos oponemos a la solicitud del contratista" y seguidamente, el 12 de junio del 2023, presenta escrito de sumilla "Se adjuntan medios de prueba que sustentan aplicación de penalidades comunicada mediante Carta N° 004-2013/CC.LIMA6 Y N O 0012014/CCLIMA6".
61. Atendiendo a todos los escritos presentados, el Tribunal Arbitral emite el 19 de junio del 2023, la Resolución N° 78 a través de la cual decide prescindir de la pericia de oficio y disponer la continuación del proceso conforme al calendario de actuaciones establecido en la referida resolución.
62. Mediante Resolución N° 79 de fecha 06 de julio del 2023, el Tribunal Arbitral deja constancia que NIISA, QALI WARMA y el Comité no presentaron nuevos medios probatorios en el plazo establecido en la Resolución N° 78, declara el cierre de la etapa probatoria y otorga un plazo de 10 días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos escritos.
63. El 10 de noviembre del 2023, NIISA y QALI WARMA presenta sus alegatos finales. Mediante Resolución N° 80 de fecha 26 de julio del 2023, el Tribunal Arbitral tiene por presente los alegatos escritos presentados por NIISA, los alegatos escritos presentados por QALI WARMA y se tiene por NO presentado los alegatos escritos presentados por el Comité, además de fijar la fecha para la Audiencia de Informes Orales para el 13 de septiembre de 2023.
64. Mediante Resolución N° 81 de fecha 15 de noviembre del 2023, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y fijó el plazo para laudar de 40 días hábiles ampliados automáticamente por 10 días hábiles siguientes a la finalización del plazo primigenio.

VI. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

65. Los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral para resolver la presente controversia son los siguientes:
 - (i) **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

DEMANDANTE, por el PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA y el COMITÉ DE COMPRAS LIMA 6, que son materia de la demanda.

(ii) **Segunda Pretensión:**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a los DEMANDADOS la entrega del monto retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de las facturas, hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), por la entrega de los productos de los Contrato N° 001-2013-CC-LIMA6/RAC, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

(iii) **Tercera Pretensión:**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a los DEMANDADO, el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la imposición de penalidades y a la falta de pago del monto no afecto a estas, hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de lucro cesante.

(iv) **Cuarta Pretensión:**

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a los DEMANDADO, el pago hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de daño emergente.

De igual modo, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo acerca de los costos del arbitraje y su posible condena.

VII. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

66. De forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

Reglas procesales aplicables

- (i) Para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas establecidas en la Reglas aprobadas por el Tribunal Arbitral, el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje, las mismas que se emplearán para garantizar el derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediatez, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.
- (ii) Asimismo, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para proseguir con el proceso arbitral a pesar de la inactividad de una o ambas partes, así como a laudar basándose en lo ya actuado. Además, está facultado para solicitar a las partes aclaraciones o informes en cualquier etapa del procedimiento.

Ley aplicable al fondo de la controversia

- (iii) La ley aplicable al fondo de la controversia es el Manual de Compras, Directiva N° 001-2013-MIDIS y el Código Civil, según corresponda.

De la competencia de los miembros del Tribunal

- (iv) La designación de los árbitros se efectuó de acuerdo con las reglas establecidas en el convenio arbitral.

Del ejercicio legítimo de defensa de las partes

- (v) El demandante presentó su demanda y el demandado fue debidamente emplazado con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma; de igual forma con el escrito de contestación, la que fuera igualmente puesta en conocimiento de la demandante, quién tuvo plena oportunidad de ejercer su derecho de defensa.
- (vi) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento el Tribunal Arbitral el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

De la comunidad de la prueba

- (vii) Los medios probatorios aportados al presente arbitraje, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba, pertenecen al arbitraje; por lo que, pueden ser usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que los ofreció. Asimismo, para la emisión del presente laudo, el Tribunal Arbitral ha revisado cada uno de los medios probatorios a fin de formarse convicción sobre los argumentos vertidos por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.

De la carga de la prueba

- (viii) El artículo 196 del Código Procesal Civil dispone que, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.
- (ix) En relación con los medios probatorios, se tendrá en cuenta el artículo 43, numerales 1 y 2 de la Ley de Arbitraje, que establece:

“1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El Tribunal Arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.”

Del laudo

- (x) El laudo firmado por el Tribunal Arbitral será depositado en el Centro y notificado a las partes en el plazo de cinco (05) días hábiles de recibido, vía electrónica. Cualquier voto particular de los árbitros podrá también ser notificado dentro de este plazo.
- (xi) El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

67. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado. De ser el caso, el Tribunal Arbitral podrá pronunciarse sobre varios puntos controvertidos de forma conjunta por tener una conexión directa entre sí sin que ello genere algún tipo de nulidad.

VIII. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

A) Análisis conjunto de la primera y segunda pretensión:

En el presente acápite se analiza de manera conjunta la primera y segunda pretensión por estar estrechamente vinculadas, teniendo en consideración que ambas partes usan los mismos argumentos para presentar sus posiciones respecto las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión:

Solicitamos se declare la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas a mi representada por la demandada, el COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA, que son materia de la presente demanda y que desarrollamos en nuestros fundamentos de hecho.

Segunda Pretensión:

Se ordene la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de nuestras facturas, hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), por la entrega de los productos del contrato, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

Al respecto la posición de las partes es la siguiente:

Posición del demandante

68. NIISA destaca que fue una de las principales proveedoras del programa QALI WARMA en la ciudad de Lima. En ese contexto, en el año 2013, se firmaron 2 contratos con la siguiente temática:
- Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC LIMA 6/RAC, de fecha marzo del 2013, correspondiente al Distrito de El Agustino, por 1'946,672 raciones alimenticias por un monto total de S/. 3'114,675.20.
 - Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC LIMA 6/RAC, de fecha de marzo del 2013, correspondiente al Distrito de San Juan de Lurigancho, por 10'262,239 raciones alimenticias por un monto total de S/. 14'675,001.77.
69. Asimismo, señala que, a pesar de cumplir con las obligaciones contractuales, el Comité de Compras no realizaba los pagos correspondientes de acuerdo con lo estipulado.
70. En ese contexto, NIISA, a través del portal web de QALI WARMA, se percató de transferencias financieras realizadas sin especificar su origen ni contrato asociado. Ante esta situación, NIISA envió cartas notariales en septiembre de 2013 para solicitar detalles sobre el procedimiento de cálculo de las valorizaciones abonadas.

71. Señala además que las resoluciones de la Dirección Ejecutiva de QALI WARMA carecían de detalles sobre a qué distrito correspondía el pago, a qué facturas emitidas por NIISA hacía referencia y finalmente señalaba la imposición de penalidades sin fundamentos claros y sin seguir el debido procedimiento.
72. Asimismo, en posteriores resoluciones de la Dirección Ejecutiva de QALI WARMA que disponían el pago y descuentos por penalidades, NIISA señala que se continuó vulnerando el debido procedimiento contractual puesto que (i) no se precisaba el tipo de incumplimiento de NIISA para la imposición de penalidades, (ii) no se consignaba medio probatorio alguno que sustentara la imposición de penalidades, menos las especificaciones sobre qué I.E. y el criterio sobre el cálculo de penalidades.
73. En cuanto a los procedimientos para imponer penalidades, NIISA destaca la importancia de la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS que aprueba la Directiva 001-2013-MIDIS, las que establecen los lineamientos para la operatividad del modelo de cogestión entre QALI WARMA y los Comités de Compra a nivel nacional.
74. Así también, NIISA señala que la única facultada para la imposición de penalidades era el Comité de Compra conforme lo establece el artículo 6.1 de la Directiva 001-2013-MIDIS que establece que los Comités de Compras están conformados por 5 miembros.
75. Cita también el artículo 6.1.8 de la Directiva 001-2013-MIDIS, que norma sobre la forma y el procedimiento de toma de decisiones de los Comités, en la que se estipula lo siguiente:

"6.1.8 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 (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan por mayoría, es decir con el voto favorable de tres (3) de sus integrantes."
76. En ese marco legal, refiere que, de acuerdo al artículo citado, 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° 004-2013-COMITÉDECOMPRALIMA6, notificada el 13 de noviembre de 2013, y la Carta N° 001-2014/COMITÉDECOMPRALIMA6, notificada recién el 31 de enero de 2014, sino que obligatoriamente es necesario que se haya realizado previamente una sesión del Comité, con agenda

definida y los acuerdos deben constar en actas, que deben estar a su vez en un libro aperturado ante notario público en su oportunidad.

77. En tal sentido, NIISA ofreció como medio probatorio la exhibición del libro de actas de sesiones del Comité que deberá realizar el Comité de Compra N° 6, en la que debe constar la sesión, en la cual se tomó el acuerdo de imponer las penalidades materia de controversia, debiendo verificarse que debe haber sido aprobados por al menos 03 integrantes de dicho Comité, de lo contrario al no haberse seguido el procedimiento de acuerdo a ley, NIISA solicita que se declaren las penalidades ineficaces o inválidas.
78. NIISA sostiene que las penalidades fueron impuestas sin fundamento y sin seguir el debido procedimiento, según lo establecido en la cláusula undécima del contrato. Argumenta que el Comité de Compra debe seguir un procedimiento justo y apegado a la normativa para imponer penalidades, incluyendo la notificación con medios probatorios fehacientes.
79. Resalta que la carga de probar los hechos que configuran la aplicación de penalidades corresponde al Comité de Compra Lima 6 del Programa Qali Warma, según el artículo 196 del Código Procesal Civil. Se hace hincapié en la falta de documentación que respalde las penalidades, lo que afecta el debido proceso y el derecho a la defensa de NIISA.
80. Por otro lado, señala que existen medios probatorios que acreditan que NIISA ha cumplido con sus obligaciones, tales como 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 (I.E.) que han firmado o suscrito dichas actas. También adjunta otros medios probatorios como el correo electrónico o e-mail, la carta de fecha 28 de octubre del 2013, el Informe de Inspección N° 0907131530 de fecha 09 de Julio del 2013, el Certificado de Calidad N° 1511131223 de fecha 15 de Noviembre del 2013, entre otros.
81. Así también, resalta que el cumplimiento de sus obligaciones se demuestra con la conformidad de la recepción de la prestación a través de la suscripción de las guías de remisión y actas de entrega y recepción por parte de los Comité de Alimentación Escolar (CAE), conforme se estipula en la Cláusula Undécima del Contrato.
82. Adicionalmente, se argumenta que la cláusula penal solo puede exigirse cuando el deudor ha sido constituido en mora y cuando la inejecución

de la obligación obedece a dolo o culpa del deudor, condiciones que no se cumplen en este caso.

83. NIISA destaca la afectación al derecho de defensa debido a la notificación tardía de las penalidades, lo cual impidió la contradicción o descarga oportuna. Cuestiona la falta de observaciones in situ y la ausencia de Actas de Supervisión, Informes de Supervisión y Valorizaciones detalladas.
84. Finalmente, se menciona que la actuación del Comité al realizar descuentos sin el debido sustento técnico y sin notificar observaciones es ilegal y arbitrario.

Posición de la parte demandada

85. Señala que, mediante Cartas N° 004-2013-Comité de Compra Lima 06 y N° 001-2014-Comité de Compra Lima 06, con fechas 13 de noviembre de 2013 y 31 de enero de 2014, respectivamente, se notificaron a NIISA las penalidades aplicadas, detallando el concepto de cada una de estas.
86. En ese sentido afirma que NIISA tenía conocimiento previo de los hechos que motivaron las penalidades, ya que los incumplimientos surgieron por inejecución de las prestaciones a su cargo, de las cuales era consciente. La entrega tardía de raciones a las Instituciones Educativas beneficiarias, la entrega incompleta y el no cumplimiento de las características estipuladas en el contrato eran aspectos conocidos por NIISA.
87. Luego, afirma que la argumentación contraria de NIISA carece de sustento. Destaca que la carga de la prueba de no haber incurrido en las penalidades comunicadas no recae en el Comité de Compras Lima 6, sino exclusivamente en NIISA. Afirma que la demandante no ha adjuntado pruebas que desvirtúen las penalidades debidamente notificadas.
88. En relación con las actas de entrega y recepción, señala que estas no constituyen conformidad incuestionable de la recepción de la prestación en los términos pactados contractualmente. La conformidad se otorga mediante la suscripción de guías de remisión y actas de entrega y recepción por parte de los Comités de Alimentación Escolar, conforme a la cláusula undécima de los contratos en cuestión.

89. La verificación de conformidad, según la Directiva N° 001-2013-MIDIS, se realiza mediante el Comité de Compra con la asistencia técnica de Qali Warma. Este proceso de verificación es esencial, ya que el director y los representantes de los padres de familia, quienes conforman los Comités de Alimentación Escolar, no poseen conocimientos especializados sobre las características técnicas de los productos.
90. En consecuencia, señala que las actas de entrega y recepción no son suficientes para acreditar el cumplimiento del contrato, ya que la conformidad otorgada por los Comités de Alimentación Escolar debe ser verificada por órganos técnicos especializados.
91. Asimismo, difiere que las penalidades notificadas se basan en informes técnicos elaborados por el Programa Qali Warma, *no por el Comité de Alimentación Escolar*. Estos informes son detallados en las cartas de penalidad y se sustentan en la verificación de conformidad establecida en la Directiva N° 001-2013-MIDIS.
92. En cuanto a la conformación de los Comités de Alimentación Escolar, destaca que la conformidad emitida por el director y los representantes de los padres de familia debe ser verificada por órganos técnicos especializados, como el Comité de Compra y el Programa Qali Warma, según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS.
93. En relación con las penalidades por no cumplimiento de características ofrecidas, aclara que la penalidad no implica que la conformidad de recepción sea definitiva.
94. Aunque existan actas de entrega, si se detecta el incumplimiento de características técnicas durante la supervisión de Qali Warma, se puede aplicar la penalidad correspondiente.
95. Destaca que la penalidad por retraso en la entrega se aplica por evento en cada centro educativo individualmente, según lo establecido en el contrato. El contrato regula los procedimientos para aplicar las penalidades y no exige la deliberación del Comité de Compra para su imposición.
96. Finalmente, en cuanto a la solicitud de exhibición de los originales de las actas de entrega y recepción, se argumenta que las copias presentadas por el contratista no son claras y se opone a dicha solicitud.

97. En conclusión, QALIWARMA sostiene que las penalidades aplicadas son válidas y automáticas, no requiriendo notificación adicional. Además, enfatiza en la necesidad de la verificación de conformidad por parte de órganos técnicos especializados. *La exhibición de originales de actas se considera innecesaria*, y se solicita que el Tribunal Arbitral declare infundadas las pretensiones de la demanda.

Posición del Tribunal Arbitral

98. A través de esta pretensión, NIISA solicita al Tribunal Arbitral que analice la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas por el Comité de Compra Lima 6.
99. Con relación al pedido de ineficacia de las penalidades impuestas por el Comité debemos señalar que, en opinión de Diez Picazo, "la ineficacia representa la contrapartida de la eficacia. Así, si nos referimos a la eficacia, aludimos a la producción de determinadas consecuencias, es decir, debe de observar lo convenido y una vinculación a lo establecido; cuando se habla de ineficacia nos referimos a la falta de producción de consecuencias, o bien de aquellos resultados que debieron producirse u operarse por la celebración del Contrato o acto jurídico"¹¹.
100. Entiéndase que, el acto de declarar la ineficacia o inaplicabilidad de las penalidades tiene como consecuencia jurídica imposibilitar al demandado de poder aplicarlas, y de ser el caso, dejarlas sin efecto si el demandado las hubiera aplicado.
101. Sobre este punto, uno de los principales argumentos de NIISA es que el Comité de Compras incumplió con *el procedimiento para adoptar decisiones* a fin de estar habilitado para imponer penalidades, entre otros argumentos. En cambio, a criterio del demandado, el Comité de Compras *no es una autoridad competente para aplicar penalidades*, sin perjuicio de rechazar todos los otros argumentos de su parte contraria.
102. Es ese contexto, este Tribunal Arbitral para garantizar la coherencia de sus decisiones recuerda que el numeral 36.20 y 36.21 del segundo laudo parcial estableció el criterio que adoptará el Tribunal para dilucidar el fondo de la controversia, a saber:

¹¹ MOREYRA GARCIA SAYAN, FRANCISCO. El acto Jurídico según el Código Civil Peruano. 2005. Fondo Editorial de la PUCP. Pág. 326.

36.20. Sin embargo, este Tribunal Arbitral debe dejar claro a ambas partes que para cautelar el irrestricto respeto del artículo 139 (13) de la Constitución Política del Perú, no corresponde revivir un proceso fenecido cuyo laudo, respecto a su contenido¹⁸ o alcance¹² debe ser ejecutado en sus propios términos (autoridad de cosa juzgada). Entonces, este Tribunal Arbitral no puede emitir una decisión arbitral sobre asuntos ya decididos.

36.21 "Así entonces; **dejamos a salvo todas las conclusiones y/o decisiones del laudo arbitral del expediente No 456-37-14**, por cuanto estas conclusiones y/o decisiones ya no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal Arbitral, en aplicación del artículo 139(13) de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 54 de la Ley de Arbitraje, conforme se sustentó en el considerando anterior del presente laudo. Dicho extremo, **previo contradictorio**, se dilucidará en el iter arbitral, conforme lo ha señalado la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia al referir que para su análisis necesariamente "debe tomarse en cuenta **los fundamentos de hechos** bajo los cuales ha sido ejecutada la acción¹³", esto es, el análisis de la revisión de los hechos en ambos procesos sobre la base de todo lo discutido en cada uno, evaluación que de acuerdo al estado del presente proceso no puede ser realizada, **sino hasta que se conozcan todas las aristas de análisis en este arbitraje y el Tribunal Arbitral cuente con una perspectiva completa de la controversia que le permita realizar una medida justa y equilibrada entre lo solicitado y definido en el arbitraje fenecido respecto de lo que actualmente se discute en el presente arbitraje**".
(Énfasis agregado)

103. En ese sentido, este Tribunal Arbitral para resolver el fondo de la controversia, previamente analizará cuidadosamente qué argumentos ya han sido objeto de decisión del Tribunal Arbitral anterior (Exp. N° 456-37-14).

104. Para tal efecto, el orden del pronunciamiento de este Tribunal Arbitral es el siguiente:

- a. Identificar qué argumentos o hechos invocados por NIISA ya fueron objeto de pronunciamiento del laudo (Exp. N° 456-37-14) para descartarlos como argumentos de defensa en el presente proceso arbitral, según corresponda, así como para definir los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral.
- b. Identificar los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral.

¹² <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01064-2013-AA.pdf>

¹³ Expediente 343-2002 del 19.04.2002 bit.ly/2NXAg8u

- c. Identificar cuál es el correcto procedimiento para aplicar penalidades, según lo pactado por las partes, respecto a la fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades.
- d. Analizar si se cumplió o no el procedimiento de aplicación de penalidades por parte del Comité de Compras Lima 6 de ambos contratos, respecto a la fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades

105. En orden de ideas, tenemos los siguientes:

a. **Identificar qué argumentos o hechos invocados por NIISA ya fueron objeto de pronunciamiento del laudo (Exp. N° 456-37-14)**

106. En este punto, identificaremos qué argumentos ya fueron objeto del pronunciamiento del laudo del expediente N° 456-37-14 por parte del Tribunal Arbitral anterior, de tal manera que quede totalmente claro cuál será el límite del posterior pronunciamiento de este Tribunal Arbitral respecto a los argumentos que faltan resolver desde la perspectiva de la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas por el Comité de Compra Lima 6.

107. Desde esa perspectiva el análisis de este Tribunal Arbitral es el siguiente:

(i) Sobre el detalle de la aplicación de penalidades

108. Este Tribunal Arbitral observa que el numeral 6 de los fundamentos de derecho de la demanda¹⁴, NIISA alega que en las resoluciones de la Dirección Ejecutiva de QALI WARMA que disponían el pago y descuento de penalidades *no precisa el tipo de incumplimiento y no consigna medio probatorio alguno que sustente la imposición de penalidades.*

109. A ello se suma, que este Tribunal Arbitral observa que la alegación antes referida tiene relación con los numerales 12, 13 y 14 del escrito de demanda¹⁵, toda vez que señala que la Carta N° 004-2013-Comité de Compras Lima 6, recibida el 13 de noviembre del 2013 y la Carta N° 001-2014/CCLima6, recibida el 31 de enero del 2014, que notifican la aplicación de penalidades no adjuntaron un solo medio probatorio que justifique la imposición de dichas penalidades.

¹⁴ Página 6 de la demanda

¹⁵ Páginas 8 y 9 de la demanda

110. Sobre estos extremos de la demanda, notamos que, el entonces Tribunal Arbitral en mayoría ya se pronunció en el laudo del expediente N° 456-37-14.
111. En efecto, el fundamento 11.8 del laudo anterior señala que la penalidad impuesta sí precisa el *tipo de incumplimiento*, por cuanto la penalidad impuesta consigna el ítem o distrito al que corresponde el contrato materia de controversia, número de valorización, tipo de penalidad, monto calculado y monto final.

Imagen N° 1: Fundamento 11.8 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

11.8 Ahora bien, habiendo resuelto de manera previa la oposición interpuesta, corresponde proceder al análisis de los actuados en el presente arbitraje, apreciando para tal efecto uno de los principales fundamentos en los que se basa la defensa de la parte demandante, el cual consiste en indicar que las penalidades cuestionadas nunca le fueron comunicadas de acuerdo a Ley (acápites VI. y VIII de su demanda). Al respecto, de la documentación obrante en autos e incorporada por la propia demandante, se verifica que las penalidades efectivamente sí le fueron comunicadas. La citada comunicación se realizó mediante Carta Notarial notificada el 13/11/2013 (penalidad aplicada para el año 2013; ANEXO 1-E del escrito de subsanación de la demanda) y mediante Carta Notarial notificada el 31/01/2014 (rectificación de penalidades aplicadas para el año 2013; ANEXO 1-G de subsanación de la demanda).

Asimismo, el demandante refiere que no tiene conocimiento del detalle de las penalidades que se le aplicaron; sin embargo, tanto en la Carta Notarial notificada el 13/11/2013 como en la Carta Notarial notificada el 31/01/2014 se precisa el ítem o distrito al que corresponde el contrato materia de controversia, número de valorización, tipo de penalidad, monto calculado y monto final.

Imagen N° 2: Fundamento 11.19 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

11.19 De otro lado, la parte demandada se ha limitado a notificar las penalidades y el detalle de las mismas, mas no acompañó en todos los casos el conjunto de actas de supervisión, informes de supervisión y valorizaciones que precisen en detalle el incumplimiento de las obligaciones de la demandante; sin embargo, téngase presente que las penalidades constituyen en el presente caso el corolario de una acción de verificación de calidad y cumplimiento de prestaciones contractuales, llevada a cabo por parte de la demandada, conforme sus atribuciones también establecidas contractualmente.

112. Con relación a la alegación de NIISA sobre que la penalidad impuesta *no consigna medio probatorio alguno que sustente la imposición de penalidades*, advertimos que, el Tribunal Arbitral anterior consideró que no se habría acreditado en su *totalidad* el sustento de las penalidades, lo que implica que sí existió algún medio probatorio contrario a la afirmación de NIISA. Así el entonces Tribunal Arbitral refirió que, si bien

es cierto que la Entidad notificó las penalidades y su detalle, «no» acompañó estas Cartas con todos los medios probatorios suficientes tales como las actas de supervisión, informes de supervisión y valorizaciones que precisen en detalle el incumplimiento de obligaciones, a saber:

**Imagen N° 3: Fundamento 11.13 del
Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP**

11.13 Por ende, dada la imposición de penalidades durante la ejecución del contrato, queda acreditado que la parte demandada cumplió con notificar éstas a la parte demandante; sin embargo, ello no se habría acreditado en su totalidad, con actas de supervisión, informes de supervisión u otros documentos, donde conste el incumplimiento de las características técnicas, tales como lo concerniente a la función de lavado, desinfección de tazas, función de recojo y desinfección de envases; asimismo, que se haya entregado el bebible en baldes de plástico; que no se tapen los bebibles al ser servidos, que se haya entregado el "pan con jamonada seca por haber sido preparado con demasiada anticipación"; que se hayan llevado el sólido y bebible en envases colectivos y servidos con jarra en vasos reutilizables; que se haya incumplido las "características" con "cantidad de leche insuficiente", sin detallar cuál era la cantidad suficiente y cuál fue la servida o que "no se cumplió con la receta" sin saber qué parte de la receta se cumplió, que se encontró un "objeto extraño (plástico similar a la rafia)", que los bebibles hayan sido entregados en vasos de tecnopor; entre otros.

113. En resumen, apreciamos que el Tribunal Arbitral anterior estableció, sobre este punto:

- (i) Que las penalidades sí fueron efectivamente notificadas a NIISA,
- (ii) Que en las cartas notariales que notifican las penalidades sí precisan el *tipo de incumplimiento*, tales como el ítem o distrito al que corresponde, número de valorización, tipo de penalidad, monto calculado y monto final; y
- (iii) Que las penalidades impuestas «no» fueron acompañadas - en todos los casos - con el conjunto de medios probatorios que acreditan el incumplimiento de NIISA; por lo que, no es correcto afirmar que las penalidades "no consignaron medio probatorio alguno".

114. En conclusión, este Tribunal Arbitral descarta los argumentos de defensa del demandante, dejando a salvo, en lo que corresponda, **de ser el caso**, el análisis de aquellos medios probatorios a que se refiere el numeral iii) del numeral anterior.

- (ii) Sobre los medios probatorios que acreditan el cumplimiento de obligaciones por parte de NIISA

115. Con relación a los numerales 15 al 19 de los argumentos de derecho de la demanda¹⁶, en los que NIISA señala que, en el supuesto negado que existiera un documento que motivara la decisión de aplicación de penalidades, *igualmente existen medios probatorios que demuestran que NIISA cumplió con sus obligaciones*:

- En efecto, en el numeral 15 de los argumentos de derecho de la demanda, NIISA ofrece como medio probatorio las **actas de entrega y guías de remisión** en las cuales se podría apreciar la conformidad de bienes por parte de los directores de las I.E. que no realizaron observación alguna.
- De igual forma, NIISA para probar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales cita en el numeral 16 de la demanda los demás medios probatorios adicionales a las actas de entrega, tales como la Carta de fecha 28 de octubre del 2013, el Informe de Inspección N° 0907131530 de fecha 09 de Julio del 2013, el Certificado de Calidad N° 1511131223 de fecha 15 de Noviembre del 2013, entre otros, a fin de probar que la penalidad impuesta es ilegal.
- En el mismo sentido, NIISA demuestra con la conformidad de la recepción de la prestación a través de la suscripción de las guías de remisión y actas de entrega y recepción el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, conforme la Cláusula Undécima del Contrato que establece:

“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.”

116. Entonces, con relación a las *actas de entrega*¹⁷ observamos que el Tribunal Arbitral anterior ya se pronunció sobre los medios probatorios ofrecidos por NIISA para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

117. En efecto, el fundamento 11.11, 11.28 y 11.33 del anterior laudo señala que las *actas de recepción* del Comité «no» son medio probatorios *suficientes* para acreditar el cumplimiento de obligaciones a cargo de NIISA, es más, se señaló en la Audiencia de Informes Orales que NIISA sí había incumplido en ciertas ocasiones¹⁸:

¹⁶ Página 9 al 11 de la demanda

¹⁷ Las guías de remisión siguen la suerte de las actas de entrega por cuanto no se cuestiona una incongruencia de información entre ambos documentos.

¹⁸ Sin perjuicio de lo señalado, también es cierto que NIISA en la demanda del presente proceso arbitral hizo referencia a otros documentos tales como la Carta de fecha 28 de octubre del 2013, el Informe de Inspección N° 0907131530 de fecha 09 de Julio del 2013, el Certificado de Calidad N° 1511131223 de fecha 15 de Noviembre del 2013, entre otros, los cuales, **de ser necesario**, el Tribunal Arbitral analizará en su debida oportunidad.

Imagen N° 4: Fundamento 11.11, 11.28 y 11.33 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

11.11 Esto tiene correlación con el hecho que, en el presente arbitraje, se debe cumplir con lo establecido en el principio *actori incumbi oni probandi*, que consiste en que "quien afirma un hecho tiene que probarlo"; siendo que, se verifica en autos que el referido principio no se cumple a plenitud, pues la demandante, a pesar de haber sido notificada con las penalidades, se ha limitado a presentar copias de actas de recepción firmadas por el Comité de Alimentación Escolar, las cuales por sí mismas y sobre la base del contrato que vincula a las partes, no resultan suficientes para acreditar el cumplimiento a plenitud de las prestaciones a su cargo, más aún, si conforme al artículo 6.5.2 de la Directiva N° 001-2013-MIDIS, el Comité de Compra 06 con la asistencia técnica del Programa Qali Warma, cuenta con plenas facultades para revisar y verificar la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad de recepción de los productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar y siendo que esto último no ha sido desvirtuado en ningún momento por la parte demandante, sino todo lo contrario, pues como se advirtió en la audiencia de informes orales la demandante efectivamente reconoció que dada la gran cantidad de alimentos que NIISA debía proveer, aceptaba que sí había incumplido en ciertas ocasiones.

11.28 Es decir, la demandante ha intentado en este arbitraje "sustentar" su pedido, alegando que según su dicho (que no es congruente con las pruebas obrantes en autos), habría procedido en su oportunidad a la materialización de sus prestaciones contractuales, procediendo en estos actuados a la presentación masiva de actas de recepción suscritas por el Comité de Alimentación Escolar, las que como se ha precisado, efectivamente demuestran que los alimentos habrían sido presentados en determinada institución educativa y fecha, más en modo alguno acreditan con un 100% de certeza, el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos contractuales a los que se encontraba obligada, que darían lugar a la devolución de un monto fijo, no ajustable por este Tribunal.

11.33 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 contrastar las penalidades notificadas por la demandada, con las actas de recepción presentadas por la demandante, se advierten diversos incumplimientos por parte de la demandante, 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, corresponde declarar infundada la pretensión principal consistente en devolver la cantidad de S/.1'417,070.22.

118. En conclusión, este Tribunal Arbitral descarta los argumentos de defensa del demandante, por los argumentos expuestos.

(iii) Sobre el plazo para la notificación de aplicación de penalidades a NIISA

119. En los numerales 20 al 27 de los argumentos de la demanda¹⁹, NIISA señala que, si bien es cierto que el Comité de Compra se encuentra facultado para una revisión y verificación posterior de la prestación ejecutada por NIISA, esta facultad requiere que se realice bajo un debido procedimiento, y en caso se encontrare alguna irregularidad o

¹⁹ Página 11 y 12 de la demanda

algún incumplimiento, debe ser inmediatamente notificado al contratista con las pruebas del caso.

Imagen N° 5: Fundamento 11.8, 11.9 y 11.10 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

De otro lado, NIISA manifiesta tanto en su escrito de demanda (Numeral 11 del ítem VIII) como en el acto de la Audiencia de Informes Orales, que no le habían notificado ningún incumplimiento contractual antes de la fecha de notificación de penalidades; lo cual fue desestimado por la Procuraduría Pública del MIDIS mediante escrito de fecha 01/04/2015, titulado como "Téngase presente", en el que Qali Warma acredita que NIISA sí tenía conocimiento de sus incumplimientos desde antes de ser notificado con las penalidades, lo que se materializó mediante los siguientes documentos:

- Comité de Compra Lima 06:

- **Carta notarial N° 001-2013/CC-LIMA6** recibido el 23 de abril de 2013, en la cual se comunicó los siguientes incumplimientos de obligaciones contractuales:
 - ✓ Incumplimientos contractuales en 20 instituciones educativas durante el mes de marzo de 2013 en el distrito de San Juan de Lurigancho.
 - ✓ Incumplimientos contractuales en 04 establecimientos de preparación de bebidas ubicados en San Juan de Lurigancho.
 - ✓ Se le otorgó un plazo no mayor a 15 días para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato, sin perjuicio de exigir el pago de penalidades y demás conceptos que correspondan.
- **Carta notarial N° 003-2013-CC-LIMA6** recibido el 25 de setiembre de 2013, en la cual se comunicó que durante las inspecciones sanitarias y resultado de las muestras en los establecimientos de preparación de bebida de Niisa Corporation S.A. ubicados en la Av. El Sol N° 788 Urb. San Carlos, Av. Gran Chimú N° 1316, Urb. Zarate y Av. José Carlos Mariategui s/n Mz 15 Lote 03, A.H. Mariscal Cáceres Sector II del distrito San Juan de Lurigancho efectuados por la DISA IV los días 05, 23 y 24 de julio de 2013, respectivamente; se encontraron lo siguiente:
 - ✓ Deficiencias en cuanto a infraestructura, BPM e higiene y saneamiento en el área de preparación.
 - ✓ El resultado de los análisis de superficies vivas e inertes efectuadas en la Unidad de Preparación "Gran Chimú" NO cumple con los límites establecidos en la norma sanitaria (R.M. N° 461-2007/MINSA).
 - ✓ En tal sentido, acorde a los hallazgos y recomendaciones de la DISA IV, se le otorgó un plazo de 48 horas para que tome las acciones correctivas del caso y haga llegar el certificado de análisis microbiológico de superficies vivas e inertes efectuados en cada establecimiento basado en la R.M. N° 461-2007/MINSA.

En consecuencia, como se aprecia de ambas misivas, a la demandante sí se le comunicó de las penalidades en las que estaba incurriendo mucho antes de la notificación de las Cartas Notariales que notificaban la aplicación de las penalidades y su rectificación.

11.9 De la revisión de las cláusulas del contrato, se constata que las partes no pactaron un plazo específico para la aplicación de penalidades. En efecto, el numeral 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del contrato señala:

"Cada penalidad podrá ser deducida por el Comité de los pagos parciales o del pago final."

11.10 Es decir, como consta en el contrato, las penalidades pueden ser aplicadas en cada valorización de pago o incluso al final del contrato; sin ninguna restricción. En consecuencia, la oportunidad para su aplicación y el tiempo de demora en la aplicación de ésta, no es argumento válido para cuestionar las mismas; más aún si conforme lo regula la cláusula séptima del contrato suscrito por las partes, éste prevé lo siguiente en relación al incumplimiento de obligaciones a cargo del demandante:

120. A ello agrega:

- NIISA señala que, al no haberse adjuntado o notificado los informes y/o demás sustentos de las penalidades, se ha configurado una afectación al debido proceso y al derecho a la defensa.
- NIISA indica que el Comité, al realizar los descuentos o retenciones de sumas de dinero por supuestas penalidades, 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.
- NIISA en el numeral 27 de la demandada²⁰ recalca que recién se le notificó, de manera tardía, inoportuna y fuera de todo plazo razonable, la relación de penalidades aplicadas durante el *ejercicio 2013* mediante la Carta N° 004-2013-Comité de Compras Lima6, recibida el 13 de noviembre del 2013 y la Carta N° 001-2014/CCLima6, recibida el 31 de enero del 2014, por lo que resulta materialmente imposible que NIISA hubiera podido contradecir o descargarse la imposición de las penalidades impuestas, por haberse vulnerado los plazos razonables y los criterios esenciales de oportunidad e inmediatez.

121. Nuevamente, el citado laudo ya se pronunció sobre este tema, refiriendo dos aspectos fundamentales: (i) las partes no pactaron un plazo **específico** para la aplicación de penalidades, por el contrario el Comité de Compras puede deducir el monto de las penalidades del pago parcial o del pago final y (ii) NIISA tenía pleno conocimiento de sus incumplimientos **antes** de la notificación formal de las penalidades (Ver Imagen N° 5).

122. En resumen, advertimos que el Tribunal Arbitral anterior dejó totalmente claro que las penalidades «no» tienen un plazo específico de aplicación, de acuerdo con el contrato, por lo que la oportunidad para su aplicación y el tiempo de demora en la aplicación no es un argumento válido para cuestionar las mismas. A ello se suma que NIISA no se encontró en un estado de indefensión porque el Tribunal Arbitral anterior dejó zanjado que el Comité de Compras sí comunicó a NIISA las penalidades en las que esta estaba incurriendo mucho antes de la notificación formal de las Cartas Notariales que aplican las penalidades.

²⁰ Página 13 de la demanda

(iv) Sobre la necesidad de constituir en mora para aplicar penalidades

123. Es importante destacar que NIISA afirma en el numeral 21 y 22 de su escrito de demanda²¹ que, para aplicar la cláusula d penalidades, es necesario haber *constituido en mora al deudor*.

124. Al respecto, el entonces Tribunal Arbitral señaló en el fundamento 11.12 del laudo que las partes «no» regularon un procedimiento de intimación previo a la aplicación de penalidades puesto que, según el contrato y el Manual de Compras, se pactó la constitución automática en mora, por lo que carece de asidero legal el argumento de NIISA.

**Imagen N° 6: fundamento 11.12 del
Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP**

Asimismo, de una revisión conjunta del Manual de Compras y del contrato, se aprecia objetivamente que las partes no regularon en forma taxativa y expresa, un procedimiento de intimación, previo a la aplicación de las penalidades; todo lo contrario, se verifica que de acuerdo a la cláusula séptima, se pactó la constitución automática en mora; lo cual guarda coherencia legal con lo establecido en el Artículo 1333° del Código Civil y con las atribuciones contractuales del Comité:

125. En ese sentido el Tribunal Arbitral anterior, dejó establecido que las partes no regularon un *procedimiento* de constitución en mora, sino que, por el contrario, pactaron la constitución automática en mora.

(v) Sobre la aplicación de la Directiva 001-2013-MIDIS para el procedimiento de aplicación de penalidades

126. Este Tribunal Arbitral observa que los numerales 7 al 11 de los argumentos de derecho del escrito de demanda, hacen referencia a la Directiva N° 001-2013-MIDIS; Directiva que, según el criterio del demandante, se habría vulnerado, toda vez que **la decisión para la aplicación de penalidades debió tomarse por el pleno del Comité de Compras**; esta decisión debió constar en actas; actas que ofrecieron como medio probatorio a través de una exhibición que debió realizar la Entidad, lo que no ocurrió.

²¹ Página 13 de la demanda

127. Este argumento que cuestiona el incumplimiento del procedimiento de aplicación de penalidades respecto a la ***fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades «no» fue objeto de emitíó pronunciamiento del citado laudo***, toda vez que refirió que las penalidades fueron notificadas correctamente al Contratista, mas no hizo análisis profundo respecto al procedimiento *anterior* a la notificación de las citadas penalidades.

(vi) Sobre las observaciones in situ en el procedimiento de aplicación de penalidades:

128. Los argumentos del numeral 28 y 29 del escrito de demanda señalan que la Entidad no cumplió con la obligación de realizar las observaciones *in situ* y con la *presencia* de las partes; limitándose a notificar las supuestas observaciones sin medio probatorio alguno.

129. Sobre este argumento que cuestiona el procedimiento de aplicación de penalidades, el Tribunal Arbitral anterior no emitíó pronunciamiento; por lo que, este Tribunal Arbitral se reserva el derecho a emitir pronunciamiento, **de ser necesario**.

(vii) Sobre la pretensión en materia de nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades

130. Con relación a la pretensión de nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades impuestas por el Comité de Compras, este Tribunal Arbitral destaca los fundamentos 11.18, 11.25, 11.27, 11.30 y 11:31 del Laudo (Exp. N° 456-37-14 PUCP) mediante los cuales el Tribunal Arbitral anterior advirtió que: NIISA no planteó la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades, por lo que se dejó a salvo el derecho de NIISA de presentar esa pretensión en una nueva demanda arbitral, a saber:

Imagen N° 7: Fundamento 11.30 y 11.31 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

11.30 En tal sentido, se constata en estos actuados que la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades impuestas no ha sido formulada como pretensión por la parte demandante, no siendo éste por ende un punto controvertido

11.31 Es decir, la demandante solicita una devolución de montos fijos y no prueba porqué, para qué ni cómo es que dicha devolución debería proceder a su favor; mientras que de otro lado, está demostrado que las penalidades contractuales siguen plenamente vigentes, se ejecutaron y surtieron plenitud de efectos. En consecuencia, lo único que cabe precisar en este punto es que, ante esta situación, queda expedito el derecho de la parte demandante para proceder a formular su reclamo y sus pretensiones conforme a ley.

131. En ese orden de ideas, se aprecia que el Tribunal Arbitral anterior (Exp N° 456-37-14) concluyó que: (i) las penalidades impuestas a NIISA fueron notificadas adecuadamente mediante cartas notariales, proporcionando detalles específicos sobre los ítems, distritos, números de valorización, tipo de penalidad, monto calculado y monto final, (ii) no se pactó un plazo específico para la aplicación de penalidades, y estas pueden ser deducida del pago parcial o al final del contrato sin restricción alguna, (iii) las actas de recepción firmadas por el Comité no son prueba suficiente para demostrar el cumplimiento total de las prestaciones a cargo de NIISA, (iv) no se estableció un procedimiento de intimación previo para aplicar penalidades, ya que se acordó la constitución en mora automática y (v) se destaca que no se planteó la pretensión de nulidad, revocación, ineficacia, invalidez o inexistencia de las penalidades en la demanda del expediente N° 456-37-14; por lo que, se dejó a salvo el derecho de NIISA de presentar esa pretensión en una nueva demanda arbitral; lo que ocurrió en el presente proceso arbitral.

b. Identificar los límites de la decisión de este Tribunal Arbitral

132. En este punto es importante destacar que el Tribunal Arbitral únicamente se pronunciará sobre la fase del procedimiento de aplicación de penalidades que no ha sido objeto de pronunciamiento del laudo expediente N° 456-37-14; ello respaldado de la lectura integral del punto 11.27 y 11.29.

Imagen N° 8: fundamento 11.30 y 11.31 del Laudo del Exp. 456-37-14 PUCP

11.27 La demandante, tal como se puede apreciar en estos actuados y durante toda la secuela del íter arbitral, no solamente no ha procedido a impugnar dichas penalidades, pues tampoco ha incorporado ello como punto controvertido, habiendo podido hacerlo (solicitando su nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades impuestas); sino que la demandante se ha limitado en todo momento a pedir una devolución lata, pura y simple, de dos montos fijos pretendidos, sin brindar fundamentación causal para las mismas y sin probar sus pretensiones ni cumplir con el principio actori incumbi oni probandi.

11.29 En consecuencia, como también fluye de autos, la demandante no ha probado en este arbitraje que efectivamente los alimentos cumplieron en forma integral y satisfactoria con todas y cada una de las especificaciones técnicas conforme al contrato, ni lo que es más importante; reiteramos, tampoco ha pretendido desvirtuar expresamente en este arbitraje, las penalidades que se le han aplicado; las mismas que, también conforme al contrato, derivan de lo verificado por la asistencia técnica del Programa Qali Warma y efectivamente se materializaron, surtiendo plenitud de efectos hasta la actualidad y al haber estado previstas contractualmente.

133. Si bien es cierto que el entonces Tribunal Arbitral del expediente N° 456-37-41 dejó constancia que las Cartas que imponen penalidades fueron debidamente notificadas a NIISA, ese pronunciamiento se limita a analizar el procedimiento desde la emisión de las referidas cartas hasta el momento de su notificación.
134. Es otras palabras, el Tribunal Arbitral del expediente N° 456-37-41 «no» analizó si el «Comité de Compras Lima 6» cumplió con el procedimiento para **adoptar la decisión** de imponer penalidades al contratista, según lo pactado por las partes en la Directiva 001-2013-MIDIS.
135. De igual forma, en este punto es importante destacar que el Tribunal Arbitral únicamente se pronunciará sobre aquellos medios probatorios que no han sido objeto de pronunciamiento del laudo en el expediente N° 456-37-14, según corresponda, bajo la perspectiva de la primera y segunda pretensión del objeto de controversia.
136. Al respecto, nótese que los fundamentos 11.13, 11.18, 11.19, 11.25, 11.30 y 11.31 del Laudo (Exp. N° 456-37-41) se deja constancia que el incumplimiento invocado por el Comité no se habría acreditado en su **totalidad** con actas de supervisión, informes u otros donde conste el incumplimiento de las características técnicas del producto y otros.
137. En tal sentido, este Tribunal Arbitral analizará primero la eficacia formal de las penalidades impuestas a través de una exhaustiva revisión del procedimiento para la imposición de penalidades. Este análisis se realizará **desde el momento de la decisión de la imposición de penalidades hasta el momento anterior a la notificación de la Carta que impone penalidades** (*fase de la decisión del Comité de Compras para imponer penalidades*). De forma posterior, si y solo si se supera el filtro formal del procedimiento de aplicación de penalidades se analizará la eficacia del fondo de cada una de las penalidades impuestas por el Comité de Compras para determinar la validez de la mismas, de ser el caso.

c. Identificar cuál es el correcto procedimiento para aplicar penalidades, según lo pactado por las partes

138. Para el desarrollo de este punto, este Tribunal Arbitral tomará en consideración lo establecido, según corresponda, en el Manual de Compras (versión 1), la Directiva 001-2013-MIDIS, los contratos, y las Bases del Proceso de Compras. La base legal antes mencionada se toma en consideración toda vez que es de aplicación al presente caso.
139. Ahora bien, para desarrollar el procedimiento de aplicación de penalidades, es importante destacar qué es el Comité de Compra, así, según el numeral 7 del Manual de Compras (versión 1) se tiene que "el Comité de compra, una vez reconocido por Qali Warma, **tiene capacidad jurídica para la adquisición de productos y raciones (...)**". Por tanto, podemos señalar que el Comité de Compras es el órgano con capacidad jurídica que se encarga propiamente de la compra.
140. En ese contexto, en los siguientes párrafos se identificará la composición del Comité de Compras, se determinará si el Comité de Compras tiene la facultad de imponer penalidades al contratista, y de ser el caso, si el Comité de Compras para ejercer la facultad de imponer penalidades debe cumplir o no con un determinado procedimiento para tal efecto.

De la composición del Comité de Compras

141. Es importante destacar que de acuerdo con el Manual de Compras se especifica que los miembros del comité están conformados por 5 integrantes: (i) el Gerente de Desarrollo Social, (ii) el Director de la Red de Salud, (iii) el Gobernador de la provincia, (iv) Un representante de los padres de familia del nivel primario de la I.E. y (v) un representante de padres de familia del nivel inicial de la I.E.
142. En tal sentido, este Tribunal Arbitral tendrá presente que el Comité de Compras autorizado para adoptar decisiones es aquel integrado por los miembros previstos en el Manual de Compras.
143. Ahora bien, dado que el Comité es un órgano *colegiado*, el Presidente es el único portavoz de las decisiones del Comité de Compras, salvo

aquellas funciones específicas otorgadas al citado Presidente por el Manual de Compras.

Del quorum requerido para sesionar y adoptar acuerdos por parte del Comité de Compras

El numeral 6.1.8 de la Directiva 001-2013-MIDIS regula el quorum requerido para sesionar y adoptar acuerdos por parte del Comité de Compras, así como la forma de dejar constancia de sus decisiones. Así las cosas, apreciamos que el Comité de Compras para adoptar decisiones debe contar previamente con el quórum para sesionar y desarrollar una sesión.

144. De igual forma, el Comité de Compras para adoptar acuerdos requiere del voto favorable de por lo menos tres sus miembros.
145. El Comité de Compras está obligado a dejar constancia de sus acuerdos en Actas; prueba de ello consta en la Directiva 001-2013-MIDIS, así como en el Manual de Compras.

Imagen N° 9: Artículo 6.1.8 de la Directiva N° 001-2013-MIDIS

6.1.8. 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 (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan por mayoría, es decir con el voto favorable de tres (3) de sus integrantes.

Imagen N° 10: Numerales 8 y 9 del Manual de Compras

- 8) Los actos, deliberaciones y acuerdos que tome el Comité de Compra constan en actas. El quórum requerido para el desarrollo para sus sesiones es de al menos tres (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de tres (3) de sus integrantes. Las decisiones del Comité de Compra son inapelables.
- 9) El Comité de Compra está integrado por cinco (5) miembros. Cada uno de sus miembros cuenta con voz y voto para poder intervenir en las sesiones del Comité. Los miembros del Comité de Compra no pueden abstenerse de votar en las sesiones. En las sesiones participa un representante de Qali Warma con la finalidad de brindar asistencia técnica permanente al Comité.

146. En ese orden de ideas, si el Comité de Compras está integrado por los miembros previstos en el Manual de Compras, los acuerdos adoptados por el Comité de Compras serán válidos si las decisiones constan en Actas que acrediten el cumplimiento del quorum, así como del voto favorable de la mayoría (tres) de los miembros del Comité de Compras, según la Directiva 001-2013-MIDIS y el Manual de Compras.

De la facultad del Comité de Compras para imponer penalidades

147. Sobre este punto, a lo largo del proceso QALI WARMA señala que el Comité de Compras *no* requiere realizar alguna sesión para *acordar la imposición* de una penalidad; tal como se ilustra a continuación²²:

"De otro lado, 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 delibere y acuerde ésta (precisamente por la automaticidad)**, con lo cual el contratista está incorporando reglas contractuales no pactadas para las partes; **siendo que lo que refiere como procedimiento opera en todo caso en lo dispuesto en el literal d) del artículo 14º del Manual que dispone:**

"14) *Funciones de los Comités de Compra:*

(...)

Resolver contratos para la provisión de productos y raciones, en caso de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, salvo que el incumplimiento se haya ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor."

148. Cabe agregar que QALI WARMA «no» precisa quién sería la autoridad competente para imponer penalidades.

149. De igual forma, llama la atención que QALI WARMA acepta que el Comité de Compras está obligado a deliberar cuando decide *resolver el contrato*, por ejemplo, pero no acepta este mismo procedimiento para la aplicación de *penalidades*.

150. Así QALI WARMA ²³ considera que el Comité de Compras no es competente para aplicar penalidades contractuales; sin indicar, sustentar o probar por qué alguien distinto²⁴ a la parte contratante (Comité de Compras) puede imponer penalidades.

Imagen N° 11: Alegatos Finales del MIDIS

7. En la línea de lo expuesto y siendo que **no es el Comité quien aplica las penalidades** conforme al numeral 14 del Manual, **no existen ni deberían existir actas de aprobación ni aplicación de penalidades.**

²² Página 16 de la contestación de la demanda

²³ Ver escrito de 10 de noviembre del 2023, mediante su escrito con la sumilla "Téngase presente"

²⁴ presidente del Comité de Compras

151. De igual forma, sobre este punto NIISA considera que el Presidente del Comité únicamente puede comunicar la aplicación de una penalidad si previamente existe consenso en ese sentido por los miembros del Comité de Compras.

De los contratos

152. En ese contexto, este Tribunal Arbitral despejara esta controversia mediante una detenida revisión de la cláusula décima sobre penalidades de los contratos celebrados entre el Comité de Compras y NIISA.

153. Al respecto, se aprecia que el Comité de Compras puede aplicar penalidades porque está facultada por su *contraparte* (NIISA) por diversos tipos de penalidad: penalidad por retrasos, penalidad por incumplimiento de las características ofrecidas de los productos y penalidad por resolución del contrato; prueba de ello consta en los siguientes extremos del contrato, a saber:

- En el numeral 13.1 de la cláusula décima de los contratos se regula la *penalidad por retrasos* mediante la cual el contratista se obliga a entregar los productos en una determinada oportunidad, caso contrario será objeto de penalidad, según lo establece los pactado por las partes.
- En el numeral 13.2 de la cláusula décima de los contratos se regula la *penalidad por incumplimiento de las características ofrecidas de los productos* por parte del contratista, sin perjuicio de reponer los productos defectuosos.
- En el numeral 13.3 de la cláusula décima de los contratos se regula la *penalidad por resolución del contrato*, la misma que se aplicará de manera automática, por el monto del 10% del monto total del contrato.

154. Para mayor abundamiento el numeral 13.4 (**pactos aplicables a todas las penalidades**) de la cláusula décima de los contratos, establece que el Comité de Compras *puede aplicar* penalidades, puede resolver el contrato, puede exigir la reparación de daño ulterior, así como iniciar otras acciones legales que le asistan con relación a todos los tipos de penalidades pactadas .

Imagen 12: Cláusula décimo tercera de los contratos

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 acciones legales que le existan.

El monto del contrato se refiere, al 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.

155. En el presente caso, se aplica de manera supletoria las normas del Código Civil, entonces el principio "pacta sunt servanda" es un principio fundamental del derecho de los contratos en general. La frase, que proviene del latín y significa "los pactos deben ser cumplidos", establece que las partes que han celebrado un acuerdo están obligadas a cumplir con los términos y condiciones establecidos en ese acuerdo.
156. En el derecho de los contratos, el principio pacta sunt servanda establece que las partes están obligadas a cumplir con los términos y condiciones que han acordado voluntariamente. Esto significa que los contratos son vinculantes y que las partes deben respetar sus obligaciones contractuales.
157. Pereira Fredes (2021) señala "De acuerdo con este principio, los contratos obligan a quienes los celebran de manera incondicionada y sin excepciones."²⁵
158. A este punto corresponde consultarnos ¿quiénes son las partes celebrantes de los contratos que trae la presente controversia?, exacto, son el **Comité de Compras** y **NIISA**.
159. En consecuencia, cualquier obligación, derivada del referido contrato tiene vinculación únicamente con las partes, esto es, el Comité de Compras y NIISA.

En resumen, el principio pacta sunt servanda enfatiza la importancia del cumplimiento de los acuerdos y los contratos celebrados entre las partes. En el caso en concreto, las partes son el **Comité de Compras** y

²⁵ Pereira Fredes, E. (2022). Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato? Derecho PUCP, (89), 291-323.

NIISA por lo que las obligaciones derivadas del contrato, es decir la aplicación de penalidades, corresponden únicamente al Comité de Compras. En consecuencia, de la lectura integral y sistemática de la cláusula decima de los contratos (penalidades) se aprecia que el Comité de Compras es la autoridad competente para aplicar penalidades.

Del Manual de Compras

160. Este Tribunal considera que el "Comité de Compras" es el órgano colegiado facultado para imponer penalidades, y no así el "presidente" del Comité de Compras como erradamente²⁶ considera QALI WARMA.
161. QALI WARMA refiere que, cómo las penalidades se aplican, de manera automática, entonces implica que esa decisión está a cargo del "presidente" del Comité de Compras; ello, es errado. Tal como se refiere en el acápite anterior, la cláusula de penalidades de los contratos reserva al "Comité de Compras" (órgano colegiado) la facultad de imponer penalidades.
162. QALI WARMA refiere que, la obligación del presidente del Comité de Compras para convocar a una sesión de trabajo a los miembros del Comité Compras opera como procedimiento en todo caso para *resolver contratos*.
163. Al respecto, QALI WARMA incurre en error de derecho. En efecto, una de las funciones del Comité de Compras es *implementar las acciones y recomendaciones que disponga QALI WARMA, como resultado de la supervisión y asistencia técnica de QALI WARMA*, según numeral 14 (f) del Manual de Compras, a saber:

Imagen 13: Numeral 14(f) Manual de Compras

14) Funciones de los Comités de Compra:

f. Implementar las acciones y recomendaciones que disponga Qali Warma, como resultado de la supervisión y asistencia técnica que realice.

²⁶ Página 16 de la contestación de la demanda "De otro lado, 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 delibere y acuerde ésta (precisamente por la automatización), con lo cual el contratista está incorporando reglas contractuales no pactadas para las partes; **siendo que lo que refiere como procedimiento opera en todo caso en lo dispuesto en el literal d) del artículo 14º del Manual que dispone:**

"14) Funciones de los Comités de Compra: (...)

Resolver contratos para la provisión de productos y raciones, en caso de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, salvo que el incumplimiento se haya ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor."

164. En esa línea, una de las obligaciones del "presidente" del Comité de Compras es *convocar* a los miembros del Comité de Compras para implementar las acciones y recomendaciones de QALI WARMA, conforme lo dispone el numeral 15 (i) del Manual de Compras; apreciará que no es posible que el citado presidente sustituya a un órgano colegiado.

Imagen 14: Numeral 7 al 10 y 15 (i y j) del Manual de Compras

- 7) El Comité de Compra, una vez reconocido por Qali Warma, tiene capacidad jurídica para la adquisición de productos y raciones. Fija su sede en la dirección que se establezca en las bases para cada proceso de compra.
- 8) Los actos, deliberaciones y acuerdos que tome el Comité de Compra constan en actas. El quórum requerido para el desarrollo para sus sesiones es de al menos tres (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de tres (3) de sus integrantes. Las decisiones del Comité de Compra son inapelables.
- 9) El Comité de Compra está integrado por cinco (5) miembros. Cada uno de sus miembros cuenta con voz y voto para poder intervenir en las sesiones del Comité. Los miembros del Comité de Compra no pueden abstenerse de votar en las sesiones. En las sesiones participa un representante de Qali Warma con la finalidad de brindar asistencia técnica permanente al Comité.
- 10) Los miembros del Comité de Compra son solidariamente responsables por las decisiones que adopten, según corresponda.

Imagen 15: Numeral 15 (i y j) del Manual de Compras

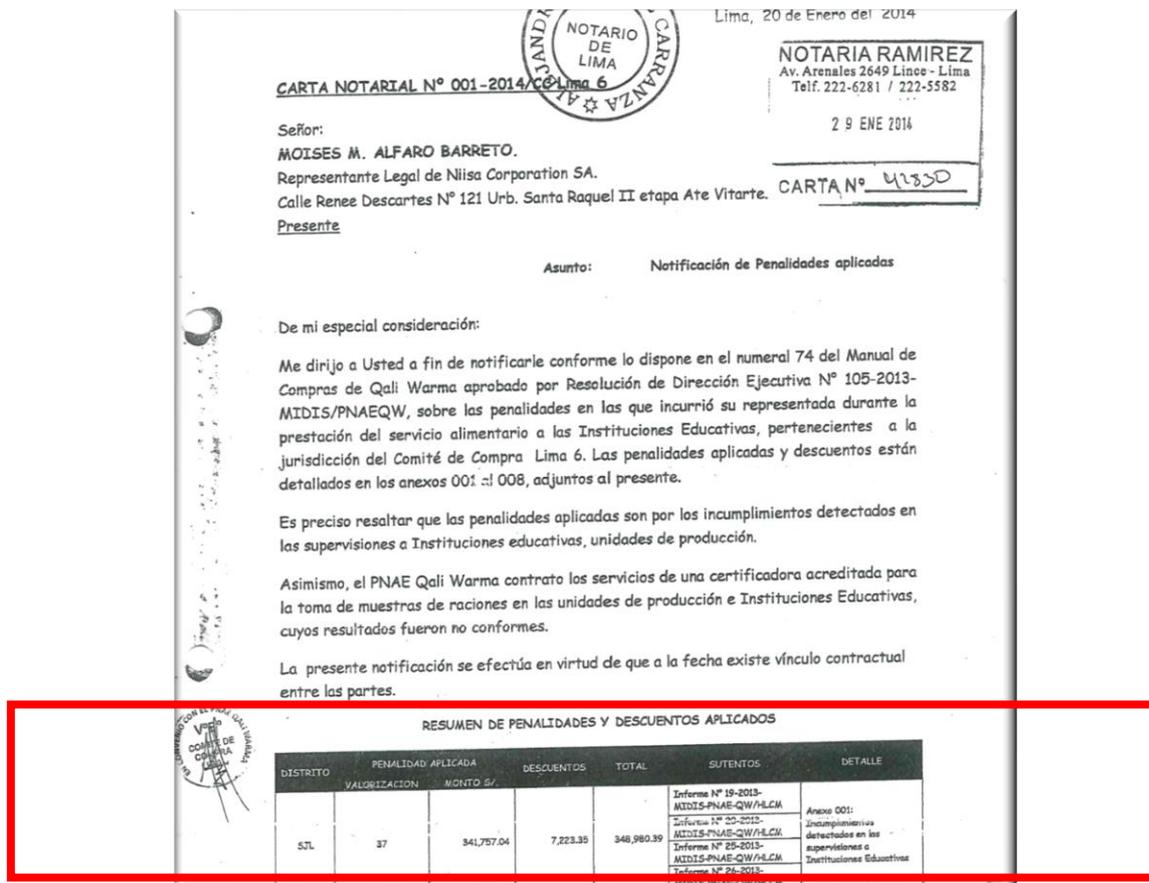
- 15) Funciones del Presidente del Comité de Compra:
 - i. Convocar a los miembros del Comité de Compra, para realizar las sesiones que correspondan, para lo cual puede contar con el apoyo de Qali Warma.
 - j. Comunicar al proveedor de la aplicación de penalidades, resolución de contrato u otros aspectos vinculados a la ejecución contractual.

165. Posterior a la sesión de trabajo del citado Comité de Compras, el "presidente" del Comité de Compras está habilitado para *comunicar* la implementación de la aplicación de penalidades, según el numeral 15(j) del Manual de Compras.

166. En este punto se verifica que el presidente del Comité de Compras, únicamente, puede comunicar las penalidades, por lo que no se puede inferir que tiene una función adicional a ello, esto es, la facultad de imponer penalidades.

167. A esto se suma, que el presidente del Comité de Compras Lima 6 cumple con comunicar las penalidades, precisando que las penalidades aplicadas obedecen a los **sustentos** emitidos por QALI WARMA, conforme fluye de la Carta Notarial N° 001-2014/CCLima 6 firmado por el presente del Comité de Compras, cuyo texto es el siguiente, lo mismo ocurre con la Carta Notarial N° 004-2013/Comité de Compras Lima 6:

Imagen 16: Carta Notarial que aplica penalidades



168. Entonces, si las penalidades se sustentan en informes de QALI WARMA, corresponde que la implementación de las recomendaciones de los citados informes este a cargo del "Comité de Compras", acorde con el numeral 14(f) del Manual de Compras.

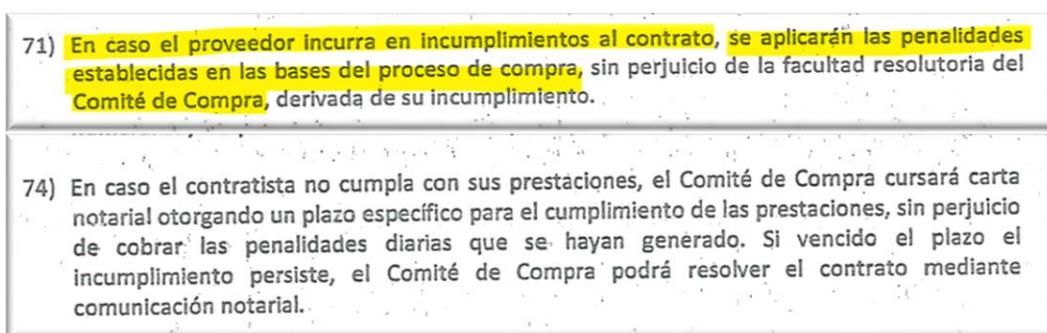
169. Así las cosas, para que el Comité (órgano colegiado) pueda implementar una recomendación de los informes de penalidades de QALI WARMA corresponde que el presidente del Comité de Compras convoque a los miembros del Comité de Compras Lima 6, para tal efecto, conforme lo establece el numeral 15(i) del Manual de Compras.

170. Todo lo expuesto nos permite concluir que, de la interpretación integral de los documentos objeto de análisis tenemos que siendo que una de las funciones del presidente del Comité es la de comunicar al proveedor de la aplicación de las penalidades, previamente, debió existir un acta en la que conste el acuerdo tomado de manera coordinada por los miembros del Comité de Compras sobre la aplicación de penalidades, a

fin de implementar las recomendaciones de penalidades de QALI WARMA, tal como se detalla en el Manual de Compras.

171. En ese marco contractual, no cabe duda de que el Comité de Compras es la autoridad competente para aplicar penalidades; prueba de ello es que es la autoridad que otorga un plazo para el cumplimiento de obligaciones, sin perjuicio de cobrar las penalidades generadas, pudiendo resolver el contrato por concepto de penalidades. Es obvio que si el Comité de Compras puede resolver un contrato puede imponer penalidades (*"Qui potest plis, potest minus"*) a la luz del numeral 71 y/o 74 del Manual de Compras.

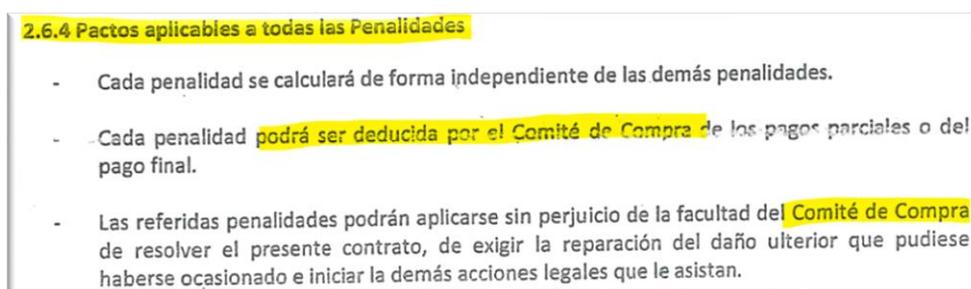
Imagen 17: Numeral 71 y 74 del Manual de Compras



De las Bases

172. Para mayor abundamiento, las Bases son parte integrante de los contratos. Las Bases son las reglas del proceso de selección a las que se obligaron las partes (Comité de Compras y postores).
173. Así tenemos que, desde la convocatoria del proceso de selección, cualquier postor interesado en participar en este proceso de selección se sometía a la regla de las Bases, esto es, a que el Comité de Compras sea la autoridad competente para aplicar penalidades, según establecido en las Bases del Proceso de Compras:

Imagen N° 18: Numeral 2.6.4. de las Bases del Proceso de Compras



174. De lo anteriormente expuesto podemos destacar que, la autoridad encargada de aplicar penalidades es el Comité de Compras.
175. En resumen, la normativa antes citada establece de forma clara que (i) la autoridad facultada para aplicar penalidades es el **Comité de Compras**, (ii) el Comité de Compras es un **órgano colegiado**, (iii) las **decisiones del Comité deben constar en actas y requieren de un voto favorable de al menos 3 de sus integrantes** y (iv) las penalidades **son comunicadas por el presidente del Comité de Compras**.

Otros aspectos

176. Sin perjuicio de los argumentos antes expuesto, igualmente responderemos la pregunta **¿por qué QALI WARMA NO está facultado para aplicar penalidades?** Para sustentar este punto tomaremos en cuenta (i) las funciones propias de QALI WARMA, (ii) el principio de Legalidad en la Administración Pública y (iii) principio *pacta sunt servanda*.
177. **En primer lugar**, debemos considerar que QALI WARMA fue creado por el Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS²⁷, esta norma refirió en su artículo 2 que el Objetivo General del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma es "garantizar un servicio alimentario para niñas y niños de instituciones educativas públicas en el nivel de educación inicial a partir de los 3 (tres) años de edad y en el nivel de educación primaria"
178. Asimismo, el artículo 4 destaca cuáles son las funciones de QALI WARMA entre las que se encuentran:
- a) Brindar un servicio alimentario diversificado de calidad a través de distintos actores, tales como la comunidad educativa organizada, el sector privado y los gobiernos locales, entre otros, implementando modelos de gestión adecuados al entorno y las características de los usuarios.
 - b) Favorecer el incremento de capacidades para la manipulación de alimentos y el conocimiento y revaloración del patrimonio alimentario regional y local constituido por prácticas, hábitos de consumo y productos de las zonas de intervención.

²⁷ Ver Bases

- c) Promover la intervención articulada de sectores y niveles de gobierno, organismos y programas que compartan o complementen los objetivos del programa.
- d) Promover la participación y cooperación de la comunidad educativa, las organizaciones sociales y el sector privado en la implementación de las modalidades de gestión y atención de los servicios del Programa.

Finalmente, destacar del escrito de contestación de QALIWARMA y otros cómo se da el proceso para brindar este servicio de alimentación. Así, ha manifestado que una un modelo de Cogestión. El modelo de cogestión es un mecanismo que implica la articulación entre actores de la sociedad civil y los sectores público y privado, con el fin de que el servicio alimentario brindado por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma sea un servicio de calidad, en favor de miles de niños y niños usuarios. En el caso de QALI WARMA, el proceso para la atención del servicio alimentario comprende las siguientes fases: planificación del menú escolar, Proceso de Compras y gestión del servicio alimentario. Cabe mencionar que el programa QALI WARMA supervisa y brinda asistencia técnica permanente durante las fases que comprende el proceso de atención del servicio alimentario, a través de sus unidades territoriales. En ese contexto, el modelo operacional se puede representar de la siguiente manera: monitoreo, supervisión y asistencia técnica.

179. En resumen, QALI WARMA únicamente supervisa y brinda asistencia técnica permanente durante las fases que comprende el proceso de atención del servicio alimentario. Por su parte, se observa la participación del Comité de Compra en una de las fases, esto es, el proceso de compra para la **suscripción del contrato y el pago**.



Fuente: Qali warma

180. **En segundo lugar**, y de forma complementaria, debemos referirnos al principio de *legalidad* en la Administración pública. Así, el artículo IV de la Ley 27444, así como de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, **dentro de las facultades que le estén atribuidas** y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo I. Principios de Legalidad

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo estas sometidos a la constitución política del Perú, a las leyes y a demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones **dentro de las facultades que les estén conferidas**.

181. Como podemos observar, el principio de legalidad establece que la actuación de la administración pública debe estar sujeta a la ley y al derecho. Este principio implica que **todas las acciones, decisiones y procedimientos** de la administración deben fundamentarse y **ajustarse estrictamente a lo que establecen las leyes** y normativas correspondientes.

182. Para mayor abundamiento, Dromi citado por Dimitrijevich,²⁸ señala que:

“el principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa, e implica necesariamente que: a) **toda la actuación administrativa deba sustentarse en normas jurídicas**, cualquiera que fuera su fuente; b). **debe respetarse la jerarquía normativa**, a fin de preservar el normal desenvolvimiento del orden jurídico; c). **todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales** y hechos, conductas, y circunstancias que lo causen; d) subordinación del ordenamiento jurídico al orden político fundamental plasmado en la Constitución.”

183. En términos prácticos, el principio de legalidad implica que la administración pública debe respetar y cumplir con todas las normas jurídicas que regulan su funcionamiento, así como los derechos de los ciudadanos. Esto significa que todas las actuaciones de la administración deben ser conforme a la ley y no pueden exceder los límites establecidos por esta.

²⁸ Dimitrijevich, A. M. (2001). Los principios del procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General: fundamentos, alcances e importancia. *Derecho & Sociedad*, (17), 258-268.

184. En resumen, el principio de legalidad en la administración pública garantiza que el ejercicio del poder público se realice dentro de un marco normativo establecido, lo que implica en el presente caso que **como Qali Warma «no» tiene autorización legal expresa para la imposición de penalidades** (según el contrato, el manual de compras y la bases), en consecuencia, en caso de alegar que esta Entidad es la encargada de *imponer* penalidades resulta totalmente ilegal.
185. **En tercer lugar**, con la finalidad de sustentar los motivos por los cuales Qali Warma «no» impone penalidades, **es el principio pacta sunt servanda**; tal como se sustentó previamente.
186. En consecuencia, cualquier obligación, derivada del referido contrato tiene vinculación únicamente con las partes de el Comité de Compras y NIISA, cualquier externo – llámese Qali Warma – no tiene ninguna injerencia dentro de las obligaciones contractuales estipuladas, esto incluye la aplicación de penalidades.
187. En resumen, el principio pacta sunt servanda enfatiza la importancia del cumplimiento de los acuerdos y los contratos celebrados entre las partes. En el caso en concreto, las partes son el **comité de Compras y NIISA** por lo que las obligaciones derivadas del contrato, es decir la aplicación de penalidades, corresponden únicamente al Comité de Compras, excluyendo en todo sentido a QALI WARMA.

d. Analizar si se cumplió o no el procedimiento de aplicación de penalidades por parte del Comité de Compras Lima 6 de ambos contratos: fase de la decisión del Comité de Compras

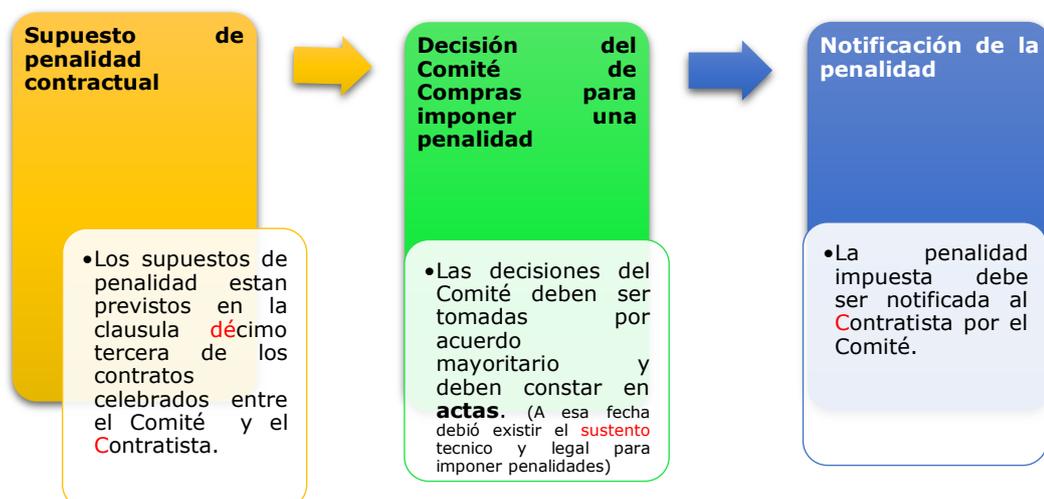
188. Previo a analizar si se cumplió o no el procedimiento de aplicación de penalidades por parte del Comité de Compras Lima 6 se procede a revisar el argumento de QALI WARMA en el extremo de que afirma que: *la carga de la prueba de "no" haber incurrido en las penalidades comunicadas no recae en el Comité de Compras Lima 6, sino exclusivamente en NIISA*; agregando que NIISA no ha adjuntado pruebas que desvirtúen las penalidades debidamente notificadas por el Comité de Compras. Al respecto:
- En aplicación de la cláusula décima de los contratos se aprecia que el Comité de Compras es la autoridad competente para calcular, deducir, aplicar y notificar penalidades.

- En esa línea, si el Comité de Compras *imputa* una penalidad contractual, la carga de la prueba recae en quién alega tal incumplimiento; por lo que, incurre en error de derecho QALI WARMA cuando pretende que el Contratista infiera y pruebe los motivos de la imposición de una penalidad por parte del Comité, mucho menos cuando esa penalidad implica una justificación del Comité para ejecutar un pago menor al pago previamente pactado por las partes; quien pretende pagar menos debe probar sus razones, según los tipos de penalidad pactado por las partes (penalidad por retrasos, penalidad por resolución de contratos y otros).

189. Ahora bien, habiendo identificado quienes son los integrantes del Comité de Compras, la forma válida de adoptar decisiones del Comité de Compras, la facultad de imponer penalidades del Comité de Compras corresponde a este Tribunal Arbitral determinar si el Comité de Compras Lima 6 cumplió o no con realizar todo el procedimiento establecido en la normativa para aplicar penalidades (forma y fondo), **respecto a la fase de la decisión del Comité de Compras.**

190. Nos explicamos, para imponer una penalidad el Contratista debe incurrir en alguno de los incumplimientos contractuales previstos en la cláusula décimo tercera de los contratos (ver figura en amarillo); acto seguido, el Comité para aplicar una penalidad debe adoptar una decisión con arreglo a la Directiva N° 001-2013-MIDIS (ver figura en verde); y luego el Comité de Compras debe notificar la penalidad ejecutada al contratista (ver figura en azul).

Figura N° 2 Análisis de la Fase de la Decisión del Comité de Compras Lima 6 del procedimiento para aplicar una penalidad contractual



191. Con relación a la figura anterior, remarcamos que el objeto de análisis de este Tribunal Arbitral es la fase de la decisión del Comité de Compras para imponer una penalidad contractual (ver figura en verde).
192. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral también desea recordar a las partes la conclusión establecida en el punto "Límites de la decisión de este Tribunal Arbitral", esto es, que este Tribunal Arbitral analizará primero el procedimiento para la imposición de penalidades desde el momento de la decisión de la imposición de penalidades hasta el momento anterior a la notificación de la Carta que impone penalidades.
193. En ese sentido, el Tribunal Arbitral analizará si la "decisión del Comité de Compras" para imponer una penalidad consta en un Acta que acredite si participaron los miembros integrantes del Comité de Compras Lima 6, si la sesión del Comité cumplió con el quorum requerido para sesionar y si la decisión de imponer penalidades del Comité de Compras cuenta con el voto favorables de por lo menos tres de sus miembros, conforme se establece en el numeral 6.1.8 de la Directiva 001-2013-MIDIS, el Manual de Compras y las Bases.
194. En este contexto, al momento de analizar la primera pretensión, el Tribunal Arbitral debe referirse a la carga de la prueba; que en pocas palabras significa **que todo el que alega un hecho debe probarlo**. En efecto, según el fundamento cuarto de la Casación 4720-2018 Lima Norte, en atención a la carga de la prueba recae en quien alega un hecho:

*"se puede entender la carga de la prueba, como una regla de juicio que le va a **permitir a los jueces resolver controversias**, cuando luego de agotarse toda la actividad probatoria, consideren que ninguna de las afirmaciones sobre un hecho realizadas por las partes ha quedado acreditada. En la Casación 290-2014-Lima, se sostiene que: "la carga constituye la necesidad de realizar determinados actos en el ejercicio de un derecho para no perjudicarlo, el apremio que produce el incumplimiento de la carga probatoria se evidencia en la sentencia, **pues si el juez no está convencido de los hechos afirmados por las partes, no puede dejar de emitirla, sino que deberá aplicar la regla de la carga de la prueba, perjudicando a quien no probó los hechos que alegó, es decir, a quien no cumplió con la carga de probar**" (Código Civil Jurista Editores, Edición Mayo 2017, página 492); fundamento pertinente que este Supremo Tribunal comparte, debiendo agregarse que no es que se perjudique a quien no probó un hecho, sino que en dicho supuesto deviene la aplicación consecuente del artículo 200 del Código Procesal Civil, es decir, se desestimaré la demanda declarándola infundada".*

195. Al respecto, QALI WARMA destaca su posición de no exhibir el documento solicitado, toda vez que señaló en el escrito de contestación de la demanda que: *“la exhibición que solicita el contratista con el 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; de modo que dejamos constancia de nuestra oposición”*. A saber:

Imagen N° 19: Contestación de Demanda

(v) Por todo lo expuesto, resulta claro que, **la exhibición que solicita el contratista** 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; de modo que **dejamos constancia de nuestra oposición.**

Imagen N° 20: Segundo Otrosí de la Contestación de la demanda

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, **manifestamos nuestra oposición a la exhibición requerida** a mérito de los fundamentos desarrollados en la absolución de la primera y segunda pretensión principal de la demanda.

196. En dicho contexto probatorio, se tiene que QALI WARMA y el Comité de Compras Lima 6 «no» han adjuntado el medio probatorio principal que fue requerido por el Tribunal Arbitral a efectos de verificar el correcto cumplimiento del procedimiento de aplicación de penalidades, conforme se establece la Directiva 001-2013-MIDIS, el Manual de Compras, los Contratos y las Bases.

197. En efecto, la parte demandante ofreció como medio probatorio de su escrito de demanda la *exhibición del Libro de Actas de Sesiones del Comité*; libro en la que debió constar la sesión en la cual el Comité tomó la decisión de aplicar penalidades a NIISA. No obstante, ello, la parte demandada «no» cumplió con realizar tal exhibición en todo el proceso arbitral.

198. Es importante remarcar que el presente proceso arbitral se inició en el año 2017 y fue desde la presentación del escrito de la demanda que se solicita y se cuestiona la **existencia de la referida Acta** que acredita la decisión del Comité de Compras de aplicar penalidades; no obstante, ello, QALI WARMA **luego de 6 años** no presenta los medios probatorios

necesarios para resolver este caso. En efecto, dentro de los 111 anexos que adjunta en su escrito de fecha 12 de junio del 2023²⁹, **QALI WARMA «no» presenta el Acta de Sesión del Comité de Compras donde debería constar la decisión del Comité para imponer penalidades**, conforme a la formalidad requerida para adoptar acuerdos a que se refiere la Directiva N° 001-2013-MIDIS.

199. Para mayor abundamiento, en la Audiencia de fecha 26 de octubre de 2023 se destaca el cuestionamiento de NIISA referido a la no “existencia” del Acta donde conste el acuerdo del Comité de Compras para aplicar una penalidad al contratista. Como se puede observar, QALI WARMA a través de todo el proceso arbitral «no» adjuntó la citada Acta, pese al requerimiento expreso del Tribunal Arbitral.
200. En consecuencia, el Tribunal Arbitral determina que ni el Comité de Compras Lima 6 ni QALI WARMA cumplieron con probar que el Comité de Compras Lima 6 adoptó una decisión (Acta) para aplicar penalidades con el voto favorable de por lo menos tres de los miembros integrantes del Comité contra NIISA³⁰; por lo que, se concluye que **existe una seria deficiencia en el procedimiento para aplicar penalidades**, pese a estar previamente regulado en la Directiva, el Manual de Compras y las Bases.
201. Por todos los argumentos expuestos en el presente apartado, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, se DECLARA INEFICAZ las penalidades aplicadas por el Comité de Compra Lima 6. En ese sentido, y dado que la Primera pretensión de la demanda ha sido amparada, por los mismos fundamentos, corresponde declarar FUNDADA la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, ORDENAR a la parte demandada entregar S/. 1'417,070.00, más los intereses legales que se generen desde 11 de diciembre de 2017³¹ hasta la fecha efectiva de pago.

²⁹ De forma complementaria, podemos señalar que el 12 de junio del 2023, QALI WARMA presenta un escrito con sumilla “Se adjuntan medios de prueba que sustentan aplicación de penalidades comunicada mediante Carta NO 004-2013/CC.LIMA6 Y N O 0012014/CCLIMA6”.

³⁰ contratos objeto de controversia entre NIISA y el COMITÉ DE COMPRAS LIMA 6 son los siguientes: (i) el Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC por la suma S/. 3'114,675.20 para 1'946,672 raciones alimenticias correspondiente al Distrito de El Agustino y (ii) el Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC por la suma S/. 14'675,001.77 para 10'262,239 raciones alimenticias correspondiente al Distrito de San Juan de Lurigancho, ambos de fecha 1 de marzo de 2013.

³¹ Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje. El contratista omitió indicar la fecha de inicio del interés legal por lo que corresponde reconocer el interés legal solo desde la fecha de la citación de la demanda.

B) Análisis conjunto de la tercera y cuarta pretensión:

202. En este acápite se analiza de manera conjunta la tercera y cuarta pretensión por presentar similares argumentos para reclamar indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente.
203. El demandante reclama por concepto de lucro cesante y daño emergente la suma de S/. 1'417,070.00, respectivamente; el detalle de ambas pretensiones es la siguiente:

Tercera Pretensión:

Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA QALI WARMA, 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/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de LUCRO CESANTE.

Cuarta Pretensión:

Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA QALI WARMA el pago hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de DAÑO EMERGENTE.

Posición del demandante

204. NIISA por concepto de lucro cesante y daño emergente sostiene que la demandada ha causado graves daños a la empresa a consecuencia de los siguientes actos:
- Imposición arbitraria e indebida de penalidades.
 - Indebida retención de montos correspondientes a las prestaciones debidamente efectuadas.

Del lucro cesante

205. Al respecto, alega que el lucro cesante comporta una disminución en el patrimonio de quien lo sufre por la inejecución de una obligación si la víctima del daño, como el acreedor, está vinculado jurídicamente con el

deudor que inejecuta una obligación, o sea como consecuencia del evento dañoso que comporta la responsabilidad extracontractual

206. Luego, NIISA afirma que efectivamente se encuentra en ese supuesto de responsabilidad civil.

Del daño emergente

207. En el caso de daño emergente presenta los fundamentos para sustentar la conducta antijurídica, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución, a saber:

- 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, la demandada incurrió en conductas ilícitas y abusivas que causaron daño a NIISA, tales como:

La imposición arbitraria de penalidades, demostrando que se aplicaron de forma indebida vulnerando lo contenido en el contrato, en el Manual de Compras y en la LPAG. El contrato contempla la aplicación de penalidades cuando NIISA incumple con sus obligaciones; sin embargo, la empresa cumplió cabalmente con sus obligaciones y la finalidad del contrato.

La indebida retención de los montos considerados como penalidades, las cuales, al ser indebidas, configuran una conducta antijurídica, ya que, como se ha demostrado, no hay motivo para su retención, puesto que las penalidades se aplicaron en virtud de un supuesto incumplimiento que 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. Estos pagos no pudieron disponerse ni disfrutarse en su oportunidad, lo que impidió generar una renta prevista sobre esta suma. NIISA se vio obligada a recurrir a gastos no previstos debido a que ya se habían proyectado sus flujos de gastos y cumplimiento

de obligaciones, considerando que se iba a disponer de la suma retenida.

- c. **Nexo Causal:** Existe plenamente la relación de causalidad entre los actos antijurídicos realizados por la demandada, como la imposición arbitraria de penalidades y la retención indebida de los montos correspondientes a las prestaciones debidamente efectuadas. Estos hechos son la causa directa e inmediata que ha tenido como efecto ocasionar sendos daños patrimoniales a NIISA, los cuales se describieron de forma general en el numeral anterior.

- d. **Factor de Atribución:** Se hace referencia al ánimo deliberado de causar daño a la víctima, prescrito en el artículo 1969° del Código Civil. 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 actúa con evidente dolo al incumplir con el pago de forma oportuna, a pesar de tener estos gastos presupuestados y carecer de justificación para su falta de pago. Además, no hay justificación para la imposición de penalidades, ya que la demandada tiene pleno conocimiento de las cláusulas pactadas y de lo contenido en la normatividad pertinente.

Posición de la parte demandada

208. Con relación a la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente planteada en la presente demanda, la demandada indica lo siguiente:

- En principio, destaca que a lo largo de la contestación de la demanda se ha demostrado y sustentado que los puntos antes mencionados carecen de todo valor fáctico y jurídico. Por lo tanto, la pretensión de indemnización carece de sustento que pueda demostrar algún daño generado por parte de la demandada, según lo siguiente:

- Se ha probado que al suscribirse un contrato con el proveedor, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales, estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de imposición de penalidades.

- En ese sentido, señala que está debidamente acreditado que el Comité de Compra Lima 06 no ha incumplido con sus obligaciones contractuales; por el contrario, ha cumplido con honrar su obligación durante toda la ejecución de los contratos.
- Afirma además que en la presente pretensión, el proveedor argumenta que el daño causado debe ser indemnizado por daños y perjuicios, sin especificar mayores detalles.
- Con respecto a las obligaciones contraídas por el proveedor, se subraya que estas son ajenas a la demandada. Además, se argumenta que el proveedor solo ha indicado la generación de un daño sin haber demostrado fehacientemente dicha afectación, ya que no existe ningún documento que respalde la indemnización solicitada por el demandante.
- QALI WARMA hace hincapié en que, debido a las diversas actividades como proveedor, siempre se contraerán obligaciones, muchas de las cuales no tienen relación directa con la prestación brindada a la parte demandada.
- Asimismo, enfatiza que no se puede afirmar la existencia de un daño solo por el hecho de expresarlo; debe estar respaldado por medios probatorios que demuestren fehacientemente el daño causado y su cuantificación.
- Sostiene que el proveedor debe demostrar que ha sufrido un daño, ya que el dicho en la demanda no es suficiente. Es necesario contar con pruebas indubitables que lo acrediten, ya que hablar sin hechos concretos no sustenta un daño cuantificable. Por lo tanto, hasta la fecha, lo expuesto en la tercera y cuarta pretensión de la demanda carece de valor.
- Señala que la responsabilidad contractual requiere el cumplimiento de tres presupuestos: que la conducta sea antijurídica, que el daño sea imputable y que las consecuencias de los hechos generen daño.
- En términos jurídicos, se define el "daño" como el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, afectando a sus bienes, derechos o intereses.

- En términos constitucionales, el "daño" que origina una responsabilidad civil puede ser definido como el daño jurídicamente indemnizable, toda lesión a un interés jurídicamente protegido ya sea un derecho patrimonial o extra patrimonial.
 - Seguidamente argumenta que los daños pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales, siendo los primeros lesiones a derechos patrimoniales y los segundos lesiones a derechos de dicha naturaleza, como el daño moral.
 - En la legislación civil, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla de responsabilidad civil contractual. Por el contrario, cuando el daño se produce sin relación jurídica entre las partes o incluso existiendo ella, nos encontramos en la responsabilidad civil extracontractual.
 - Asimismo, argumenta que el lucro cesante debe ser evaluado con equitativa apreciación de las circunstancias del caso, ya que no es posible una determinación precisa debido a su proyección en el futuro.
 - La demandada menciona la noción de pérdida de chance en el marco del lucro cesante, considerándola un tipo de daño proyectado en el futuro, sujeto al juicio equitativo y sustrayéndose a la aplicación del principio de la reparación integral del daño patrimonial.
 - Después de desarrollar doctrinariamente el lucro cesante, concluye que el proveedor no ha logrado acreditar fehacientemente hasta la fecha los daños generados.
209. Destaca que el contratista no ha fundamentado con hechos acontecidos las pretensiones en disputa, lo que impide conceder una indemnización por daño emergente. El daño debe estar fehacientemente acreditado para causar certeza frente al tribunal.
210. Finalmente, se remite a los fundamentos fácticos y legales expuestos en la contestación de la primera y segunda pretensión principal y solicita al Tribunal evaluar los fundamentos y, oportunamente, declarar infundada la tercera y cuarta pretensión planteada.

Posición del Tribunal Arbitral

Del lucro cesante³²

211. La tercera pretensión de la demanda pretende reclamar una indemnización por lucro cesante (privación de utilidades y ganancias).

212. Para empezar, debemos recordar que NIISA ha postulado que ha dejado de percibir por concepto de utilidades un monto ascendente a S/. 1'417,070.00, el mismo que se enmarca en el concepto de lucro cesante.

213. Al respecto:

- No existe ni un solo argumento ni sustento que explique y pruebe cómo es que perdió una utilidad por la suma total de S/. 1'417,070.00, ni mucho menos cómo esa supuesta utilidad está vinculada con los contratos objeto de la presente controversia.
- No existe medios probatorios que justifiquen una utilidad por la suma total de S/. 1'417,070.00.
- A ello se suma que no sustenta en qué consistiría la conducta antijurídica, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución invocado con motivo del reclamo de dinero por concepto de lucro cesante.

214. Según el fundamento cuarto de la Casación 4720-2018 Lima Norte, en atención a la carga de la prueba:

“(…),(…) si el juez no está convencido de los hechos afirmados por las partes, no puede dejar de emitirla, sino que deberá aplicar la regla de la carga de la prueba, perjudicando a quien no probó los hechos que alegó, es decir, a quien no cumplió con la carga de probar” (Código Civil Jurista Editores, Edición Mayo 2017, página 492); (…)”.

215. Con relación a la carga de la prueba, ésta constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial, la misma que se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196 del Código

³² Pagina 18 el escrito de demanda

Procesal Civil; y, siendo que el contratista «no» prueba ninguna de sus afirmaciones con relación al lucro cesante por el monto total de S/. 1'417,070.00, corresponde declarar INFUNDADA la tercera pretensión principal.

Del daño emergente³³

La cuarta pretensión de la demanda pretende reclamar una indemnización por daño emergente. Este Tribunal Arbitral aprecia que NIISA invoca la conducta antijurídica, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución con motivo del reclamo de dinero por concepto de daño emergente pero omite sustentar y probar ello.

En efecto, este Tribunal Arbitral aprecia que NIISA no presenta medios probatorios por la suma total de S/. 1'417,070.00, tales como comprobantes de pago y otros para probar el daño alegado. Este Tribunal Arbitral reitera que, la carga de la prueba constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial.

216. Teniendo en consideración ello, el Tribunal Arbitral verifica que NIISA «no» ha aportado los medios probatorios que acrediten la existencia *efectiva* de un daño emergente por la suma total de S/. 1'417,070.00, ni mucho menos cómo esos daños están vinculados con los contratos objeto de la presente controversia; por lo que, esta pretensión deviene en INFUNDADA.

IX. COSTOS³⁴

217. En este punto controvertido el Tribunal Arbitral debe pronunciarse sobre la forma de asunción de las costas y costos arbitrales, esto es, deberá indicar los gastos que debe asumir cada parte.

218. En tal sentido, el Tribunal Arbitral tiene presente las siguientes precisiones sobre la forma de asunción de los costos arbitrales.

219. Dado que las partes no han pactado en el convenio arbitral la forma de imputar los costos y costas del arbitraje, el Tribunal Arbitral considera

³³ Página 15 el escrito de demanda

³⁴ Quinta pretensión principal: Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA QALI WARMA cumpla 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.)

que corresponde aplicar lo dispuesto en la Ley de Arbitraje. El artículo 70 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 70º.-

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

220. Asimismo, el artículo 73.1 de la Ley de Arbitraje dispone:

El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

221. Entonces, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. El criterio que utiliza el Tribunal Arbitral es objetivo y proporcional a los montos controvertidos objeto de este caso arbitral.

222. Por tal razón, se cuantifica las pretensiones que el demandante ha ganado respecto a lo reclamado. Así las cosas, el Tribunal Arbitral recapitula el historial de la fundabilidad de los puntos controvertidos en el presente proceso:

Punto controvertido	Parte que la invoca	Cuantía
Primer Punto Controvertido	NIISA (declaración de derecho)	FUNDADA ³⁵ (inapreciable en dinero)
Segundo Punto Controvertido	NIISA (obligación de dar suma de dinero)	FUNDADA Hasta S/. 1'417,070.00
Tercer Punto Controvertido	NIISA (obligación de dar suma de dinero – lucro cesante)	INFUNDADA Por S/. 1'417,070.00
Cuarto Punto Controvertido	NIISA (obligación de dar suma de dinero – daño emergente)	INFUNDADA Por S/. 1'417,070.00

³⁵ Cabe precisar que no entrarán al cómputo las pretensiones inapreciables en dinero toda vez que no pueden ser cuantificadas de forma objetiva.

223. En tal sentido, el Tribunal Arbitral aprecia que NIISA ganó dos de las cuatro pretensiones por la suma total de S/ 1'417,070.00; monto que representa 33.33% respecto a la cuantía total de las pretensiones reclamadas por NIISA (que asciende a S/ 4,251,210.00). Así entonces, el Tribunal Arbitral ordena que NIISA asuma el 66.66% de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje. En tal sentido, la Secretaría Arbitral debe emitir la liquidación de pagos de los gastos arbitrales a favor de las partes, precisando el monto de reembolso correspondiente entre las partes, según corresponda.

224. Asimismo, cada una de las partes debe asumir sus propios costos por servicios legales y otros incurridos o se hubiera comprometido a pagar con ocasión del presente arbitraje.

X. LAUDO

El Tribunal Arbitral, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, el Tribunal Arbitral **DECLARA** la nulidad, invalidez, ineficacia y/o inaplicabilidad de las penalidades impuestas por el Comité de Compras Lima 6 contra NIISA, por los argumentos expuestos.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, por los fundamentos expuestos. **ORDENAR** al Programa de Alimentación Escolar Qali Warma y/o Comité de Compras Lima 6 entregar el monto retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de las facturas, hasta el monto de S/. 1'417,070.00 (Un Millón Cuatrocientos Diecisiete Mil Setenta y 00/100 Soles) a favor de NIISA, por la entrega de los productos de los contratos objeto de controversia, más los intereses legales desde el 11 de diciembre de 2017 hasta la fecha efectiva de pago. El reembolso del monto retenido se ejecutará, de acuerdo con el siguiente detalle hasta por la suma total de S/. 1'417,070.00:

Nombre del Contrato	Distrito	Monto	Penalidad indebidamente aplicada
Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC	El Agustino	S/. 3'114,675.20	S/. 657,655.28
Contrato de Compraventa N° 001-2013-CC-LIA6/RAC	San Juan de Lurigancho	S/ 14'675,001.77	S/. 759,414.92

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda por concepto de lucro cesante (S/. 1'417,070.00), por los fundamentos expuestos.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda por concepto de daño emergente (S/. 1'417,070.00), por los fundamentos expuestos.

QUINTO: DEJAR CONSTANCIA que los gastos arbitrales conformado por los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios del Tribunal Arbitral están bajo la administración del Centro de Arbitraje. **ORDENAR** que el 66.66% de los gastos arbitrales deben ser asumidos por NIISA, por ser la parte vencida. **ORDENAR** a la Secretaría emitir la liquidación de pagos de los gastos arbitrales a favor de las partes, precisando el monto de reembolso correspondiente entre las partes, según corresponda. Asimismo, cada una de las partes debe asumir sus propios costos por servicios legales y otros incurridos o se hubiera comprometido a pagar con ocasión del presente arbitraje.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, disponer que la Secretaría Arbitral cumpla con notificarlo.



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
PRESIDENTE



MARIO LINARES JARA
ÁRBITRO