

Centro de Arbitraje MARC PERÚ

Expediente 076-2017/MARCPERU

Servicios de Alimentación Nutritiva S.A. – SANUT S.A. anteriormente
identificada como **NIISA CORPORATION S.A.C**
(Demandante)

Y

**Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma –
Comité de Compras Lima 7**
(Demandado)

LAUDO PARCIAL SOBRE EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

TRIBUNAL ARBITRAL

IRMA ROXANA ADELA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA – PRESIDENTA
CARLOS ALBERTO MORENO GRANDEZ – ÁRBITRO
MARIO LINARES JARA – ÁRBITRO

Lima, 06 de enero de 2025

Expediente 076-2017/MARCPERU

Servicios de Alimentación Nutritiva S.A. c. Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali

Warma – Comité de Compras Lima 7

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

<u>Términos empleados</u>	
DEMANDANTE / SANUT	Servicios de Alimentación Nutritiva S.A. - SANUT S.A. anteriormente identificada como NIISA Corporation S.A.
DEMANDADA / PROGRAMA	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Comité de Compras Lima 7
PARTES	Son conjuntamente SANUT y el PROGRAMA
TRIBUNAL ARBITRAL / COLEGIADO	Conformado por los Árbitros: - Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta.) - Carlos Alberto Moreno Grandez - Mario Linares Jara
CENTRO	Centro de Arbitraje MARC PERÚ
CONTRATO	Contrato 3-2013-CC-LIMA7/RAC

LAUDO PARCIAL
Excepción de Cosa Juzgada

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

En la ciudad de Lima, a los seis (06) días del mes de enero de 2025, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales en respeto riguroso del debido proceso y la igualdad de las partes, de conformidad con la ley y habiendo escuchado los argumentos vertidos por ambas partes sobre la excepción planteada por la parte demandada en este arbitraje, y habiendo finalmente realizado un minucioso análisis sobre todo lo debatido y los medios probatorios aportados, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo Parcial.

I. RESUMEN PROCEDIMENTAL

1. El 14 de setiembre de 2017, en el local ubicado en la Calle Ramón Ribeyro 672, Oficina 101, Urbanización San Antonio, Miraflores, se llevó a cabo la instalación del Tribunal Arbitral. A su vez, se concedió el plazo de veinte (20) días hábiles a **SANUT** para presentar su escrito de demanda.
2. El 10 de octubre de 2017 **SANUT**, dentro del plazo previamente establecido, presentó su escrito de demanda, mediante la cual formuló las siguientes pretensiones:

“ 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 7 DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA, que son materia de la presente demanda y que desarrollamos en nuestros fundamentos de hecho.

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/. 846,971.00 (Ochocientos cuarenta seis mil novecientos setenta y uno con 00/100 Soles) por la entrega de los productos del contrato, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

Tercera Pretensión Principal.-

Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 7 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/. 846,971.00 (Ochocientos cuarenta seis

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

mil novecientos setenta y uno con 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de LUCRO CESANTE.

Cuarta Pretensión Principal.-

Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA7 DEL PROGRAMA QALI WARMA el pago hasta el monto de S/. 846,971.00 (Ochocientos cuarenta seis mil novecientos setenta y uno con 00/100 Soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de DAÑO EMERGENTE.

Quinta Pretensión Principal.-

Se ordene a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 7 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.).

3. El 13 de noviembre de 2017 el **PROGRAMA** presentó su escrito de contestación de demanda y formuló excepción de cosa juzgada.
4. El 18 de diciembre de 2017 **SANUT** absolvió la excepción de cosa juzgada.
5. A través de la Resolución 17 de 13 de agosto de 2018 se fijaron los puntos controvertidos.
6. El 27 de setiembre de 2018 **SANUT** presentó mayores argumentos mediante su escrito de sumilla "Para mejor resolver".
7. El 4 de octubre de 2018 el **PROGRAMA** presentó su escrito de sumilla "Téngase presente" mediante el cual amplió los fundamentos de la excepción de cosa juzgada planteada.
8. El 12 de noviembre de 2018 el **PROGRAMA** presentó su escrito de sumilla "1) Solicito pronunciamiento sobre excepción de cosa juzgada como cuestión previa y en calidad de laudo parcial, manteniendo en suspenso el plazo para presentar pericia ofrecida. 2) Solicito ampliación de plazo para presentación de informe pericial en su defecto."

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

9. El 16 de noviembre de 2018, mediante la Resolución 21, el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de cosa juzgada presentada por el **PROGRAMA**.
10. El 4 de octubre de 2018, **SANUT** presentó el escrito de sumilla "Interponemos interpretación en contra de la decisión que declara INFUNDADA la excepción de cosa juzgada".
11. Mediante la Resolución 25 de 4 de enero de 2019, el Tribunal Arbitral corrió traslado al **PROGRAMA** del recurso de interpretación en contra de la Decisión 21 por el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
12. El 22 de enero de 2019 **SANUT** presentó su escrito de sumilla "Absuelve traslado".
13. Mediante la Resolución 26 de 19 de febrero 2019 el Tribunal Arbitral declaró IMPROCEDENTES los pedidos de interpretación y corrección presentados por el **PROGRAMA**.
14. El 9 de diciembre de 2019 el **PROGRAMA** informó que la 1ra Sala Civil Sub especializada Comercial de la Corte Superior de Lima mediante Resolución Siete de 12 de noviembre de 2019 declaró FUNDADO el recurso de anulación e INVÁLIDO el laudo parcial de 16 de noviembre de 2018 que declaró Infundada la Excepción de cosa juzgada. Asimismo, el **PROGRAMA** solicitó al Colegiado que, luego de la reconstitución del Tribunal Arbitral, reinicie el arbitraje desde el momento en que se notificó la Resolución 21 y emita un nuevo laudo parcial con respecto a la excepción de cosa juzgada tomando en cuenta las consideraciones inmersas en la resolución del ente jurisdiccional.
15. A través de la Resolución 63 de 12 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral decidió suspender las actuaciones arbitrales hasta que la Corte Suprema de Justicia de Lima emita un pronunciamiento sobre el fondo respecto del recurso de casación formulado por **SANUT**.
16. Mediante numerosas Resoluciones, el Tribunal Arbitral ha venido requiriendo a las partes que informen el estado del recurso de casación formulado por **SANUT**. El 2023 las partes informaron al Tribunal Arbitral que el recurso de Casación se encontraba en estado de precedente desde el 4 de setiembre de 2020 y que a la fecha se encontraba pendiente la programación de vista de fondo.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

17. A lo largo del año 2023 y 2024 el Tribunal Arbitral siguió emitiendo Resoluciones mediante las cuales consultó a las partes acerca del estado del recurso de Casación, siempre con la misma respuesta: no había avance en la tramitación del recurso de casación interpuesto. En ese sentido, se emitió hasta la Resolución 70.
18. El 17 de junio de 2024, **SANUT** informó al Tribunal Arbitral que la Sala Suprema Civil Permanente emitió la Resolución S/N, mediante la cual se declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto. Asimismo, solicitó que se reanuden las actuaciones arbitrales.
19. Mediante las Resoluciones 71, 72, 73, 74, 75 y 76, el Tribunal Arbitral precisó que una vez cancelados los honorarios arbitrales se procedería a emitir el Laudo Parcial respecto de la excepción de caducidad.
20. Mediante la Resolución 78 del 26 de diciembre de 2024, el Tribunal Arbitral declaró el cierre parcial de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo de cuarenta (40) días hábiles para resolver la excepción de cosa juzgada interpuesta por el **PROGRAMA**.

II. POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

Resumen de lo alegado por el PROGRAMA

21. El PROGRAMA indica que una controversia «igual» se dilucidó ante el Tribunal Arbitral conformado por los Dres. Juan Espinoza Espinoza (Presidente), Franz Kundmüller Caminiti y César Oliva Santillán, ante el Centro de Arbitraje de la PUCP, Expediente 455-36-14.
22. Sostiene que en el presente caso se cumple con los requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, en tanto que:
 - a. Las partes son las mismas en ambos procesos arbitrales.
 - b. Si bien el *petitum* en ambos procesos es distinto, solo se ha variado la redacción del petitorio, puesto que en el fondo se sigue cuestionando la aplicación de penalidades.
 - c. La *causa petendi* en ambos procesos arbitrales son las mismas.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

23. Precisa que los fundamentos en que se sustenta la demanda presentada por **SANUT** son los mismos que se utilizaron en el proceso anterior. La única variación es que ahora se cuestiona que la aplicación de penalidad se debió realizar a través de una sesión del Comité que en mayoría debió optar por imponer la citada penalidad.
24. Sostiene que, de existir un pronunciamiento en este caso, este colisionaría directamente con lo resuelto en el primer laudo arbitral.

Resumen de lo alegado por SANUT

25. **SANUT** manifiesta que existe identidad de partes, pero no identidad de petitorio ni de interés para obrar, por cuanto el actual petitorio nunca se planteó ni como pretensión ni como punto controvertido en el anterior arbitraje, como tampoco existió pronunciamiento alguno por parte de aquel Tribunal Arbitral respecto a la materia. En suma, no hay triple identidad, no existen procesos idénticos, por lo que no hay cosa juzgada.
26. Al respecto, indica que existe cosa juzgada formal cuando, si bien una sentencia no puede ser impugnada por no admitir recurso alguno, persiste la posibilidad de modificarla en un proceso posterior, en atención al cambio de estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir.
27. El laudo arbitral emitido en el expediente 457-38-14 únicamente tiene la calidad de cosa juzgada formal por ser inimpugnable procesalmente, pero no ha adquirido la calidad de cosa juzgada material o sustancial, puesto que no tiene la calidad de inmutable.
28. Sostiene que el referido laudo arbitral no contiene pretensiones idénticas a las discutidas en el arbitraje actual.
29. En el proceso arbitral anterior no se tuvo como punto controvertido la declaración de validez, ineficacia, invalidez o nulidad de las penalidades impuestas.
30. Agrega que no hubo un pronunciamiento expreso en relación con las penalidades que fueron impuestas por el **PROGRAMA**.
31. En el laudo arbitral anterior no existió un pronunciamiento sobre la invalidez, ineficacia, nulidad o inexistencia de las penalidades, pretensión que solo se discute en el actual arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

32. Señala que en el propio laudo arbitral anterior se precisó que el Tribunal Arbitral no podía ordenar la devolución de penalidades sin que se haya pretendido su previa nulidad, revocación o ineficacia. Por lo tanto, no hubo un pronunciamiento de fondo sobre la devolución de las penalidades.
33. El Tribunal Arbitral del proceso anterior no estuvo investido de *ratio decidendi* para pronunciarse sobre la ineficacia, nulidad, invalidez, inexistencia de las penalidades, por cuanto no fue una pretensión invocada por **SANUT** y tampoco fue un punto controvertido incorporado al proceso arbitral.
34. El laudo arbitral anterior es un laudo inimpugnable formalmente, pero no es inmutable, por no contar con un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos que impida que éstos puedan ser discutidos en el actual arbitraje.
35. Alega que una sentencia inhibitoria no constituye cosa juzgada, por cuanto al no emitirse pronunciamiento de fondo sobre el derecho material pretendido, no se niega ni afirma que este derecho exista y, por lo tanto, no puede considerarse la existencia de cosa juzgada sobre aquellos hechos o pretensiones que no han sido materia de la decisión.

III. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La cosa juzgada

36. El Tribunal Arbitral tiene presente que la cosa juzgada es una institución fundamental que garantiza la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones de un ente jurisdiccional¹. Esta figura se refiere a la autoridad y eficacia de una sentencia que ha adquirido firmeza, es decir, que no puede ser objeto de recursos impugnatorios, lo que implica que la decisión es definitiva y vinculante para las partes involucradas.
37. En efecto, dentro del marco de protección del debido proceso, se encuentra la inmutabilidad de las resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada, principio y derecho de la función jurisdiccional que se encuentra contemplado en el art. 139

¹ Como señalaba Sócrates: “¿Crees tú que podría subsistir y no aniquilarse un Estado en el que las sentencias pronunciadas no tuvieran fuerza alguna y pudieran ser frustradas e invalidadas por los particulares?”

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

de la Constitución Política del Estado². El Tribunal Constitucional ha señalado que una de las garantías de la administración de justicia es la inmutabilidad de la cosa juzgada³.

38. Al respecto el profesor Samuel Abad indica que:

“El fin perseguido por las partes: obtener una declaración del juez que decida definitivamente la cuestión litigiosa de tal forma que no pueda ser nuevamente discutida en el mismo proceso, ni en ningún otro futuro, y que en caso de contener una condena pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones [...]. Para que ella exista es necesario que esté presente por lo menos el elemento de la ‘irrecorribilidad’ al que muchas veces se aúna el de la ‘inmutabilidad’ de la decisión”⁴.

39. En la misma línea, Ladoni precisa que:

“la cosa juzgada es la cualidad de inimpugnable e inmutable asignada por la ley a la decisión contenida en una sentencia firme con relación a todo proceso posterior entre las mismas partes [...] no es un efecto de la sentencia, sino que es, en rigor, una cualidad que la ley le agrega a aquella a fin de acrecentar su estabilidad.”⁵

40. La eficacia de la cosa juzgada se aprecia en las siguientes cualidades:

- Inimpugnabilidad: Vedada la posibilidad de revivir procesos fenecidos.
- Inmutabilidad: Producida la conclusión del proceso no es posible dejar sin efecto la resolución que adquirió el carácter de cosa juzgada.

² “Principios de la administración de justicia.

Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...).”

³ Fundamento 7 STC 3789-2005-HC/TC.

⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel (1984) “La acción de amparo contra sentencias: ¿Una Excepción Constitucional al Principio de Cosa Juzgada? Primera parte”. *Themis*. Pág. 28

⁵ LADONI SOSA, Ángel (2003) “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo” *Derecho PUCP No 56*. Pág. 297.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

- Coercibilidad: Permite a la parte vencedora contar con la posibilidad concreta de exigir del obligado el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.
41. Por su parte, los efectos esenciales de la cosa juzgada son:
- Efecto negativo: No se puede iniciar un nuevo proceso. Triple identidad (excepción de cosa juzgada).
 - Efecto positivo: Se debe reconocer la decisión con cosa juzgada.
42. Asimismo, debe tenerse en consideración los límites de la cosa juzgada:
- Límites subjetivos: Quiénes deben soportar los efectos de la cosa juzgada.
 - Límites objetivos: Sobre qué recaer (en armonía con el principio de congruencia), y sobre qué parte de la decisión: *La misma causa petendi afirmada en la pretensión decidida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no debe formar parte de una nueva pretensión a decidirse en otro proceso entre los mismos sujetos, sobre el mismo objeto.*
43. En síntesis, a través de la cosa juzgada se establece que la voluntad del Estado manifestada en la ley corresponde a un determinado conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, por lo que se le da un carácter definitivo e inmutable a la declaración de certeza contenida en la resolución judicial o arbitral respectiva. Así, la cosa juzgada evita la continuación de la controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión jurisdiccional, no pudiendo plantearse nuevamente, con lo que se brinda seguridad jurídica y se fortalece la función jurisdiccional al conferirle plena eficacia.

La excepción de cosa juzgada

44. La excepción de cosa juzgada supone la existencia de un proceso que ha terminado con decisión firme, ya sea mediante sentencia o mediante laudo arbitral. Asimismo, para que proceda debe haber otro proceso en trámite entre las mismas partes –o quienes de ellas deriven su derecho-, con el mismo petitorio y el mismo interés para obrar que en el proceso culminado.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

45. En tal sentido, la excepción de cosa juzgada es un mecanismo que permite a una de las partes invocar que ya existe un pronunciamiento sobre el mismo objeto entre las mismas partes en un proceso anterior. Este recurso se utiliza para evitar que una cuestión ya decidida sea juzgada nuevamente, promoviendo así la estabilidad y la seguridad jurídica.
46. La excepción actúa como un mecanismo de defensa procesal que una de las partes puede invocar para impedir que se inicie o continúe un proceso sobre un asunto que ya ha sido resuelto. Su propósito principal es evitar la duplicación de procesos sobre el mismo hecho o derecho.
47. De este modo, se busca impedir que se produzcan decisiones contradictorias. Si ya se resolvió un conflicto y se permite un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia, podría darse el caso de que las decisiones resulten opuestas, generando inseguridad jurídica. La finalidad de la excepción de cosa juzgada es, precisamente, evitar este escenario.
48. Para determinar el supuesto específico en el que nos encontramos, respecto a la aplicación y procedencia de la excepción mencionada, resulta imprescindible evaluar los tres elementos que conforman la denominada triple identidad: i) identidad de partes; ii) identidad del petitorio material del proceso; e iii) identidad de la causa o motivo que fundamenta el petitorio.

Sobre el elemento subjetivo: identidad de partes

49. El elemento subjetivo de la triple identidad se refiere a la coincidencia de las partes involucradas en ambos procesos: las partes que participaron en el proceso anterior han de ser las mismas que intervienen en el nuevo. Esto incluye a quienes de la/s parte/s deriven sus derechos.
50. De ese modo, la cosa juzgada solo produce efectos sobre quienes participaron directa o indirectamente en el proceso, garantizando así la estabilidad de las relaciones jurídicas entre las partes afectadas. Si en el nuevo proceso intervienen personas distintas o sin vínculo jurídico con las partes originales, no se cumpliría este requisito y la excepción de cosa juzgada no sería procedente.
51. La relación de este elemento con el principio de cosa juzgada radica en que, al limitar los efectos de la decisión a quienes participaron en el proceso, se evita que

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

terceros no vinculados queden afectados por decisiones en las que no tuvieron oportunidad de intervenir o defender sus intereses.

52. Al respecto, no cabe duda de que tanto en el proceso recaído en el Expediente 455-36-14 como en el actual del Expediente 076-2017/MARC, las partes intervinientes son las mismas. Asimismo, se observa que **SANUT** actuó y actúa como demandante, y el **PROGRAMA** ha actuado y actúa como demandado.

53. De esta manera, el Tribunal Arbitral observa que el primer elemento de la triple identidad concurre. Además, este extremo es pacífico para las partes, puesto que ambas han confirmado la veracidad del hecho mediante sus respectivos escritos postulatorios.

Sobre la identidad del petitorio material del proceso

54. El segundo elemento responde a la identidad de la cosa pedida, es decir, aquello que se solicitó a través de la demanda. De este modo, el elemento objetivo implica que la nueva demanda debe perseguir lo mismo que fue solicitado en el proceso anterior.

55. No se trata únicamente de la coincidencia literal de las palabras utilizadas, sino de la equivalencia sustancial del objeto pretendido. Este requisito busca garantizar que un mismo asunto no sea juzgado dos veces, evitando la posibilidad de obtener resoluciones contradictorias sobre una misma pretensión.

56. Si en un proceso previo se solicitó, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación contractual y en el nuevo proceso se persigue exactamente el mismo pedido, incluso si la redacción es discordante, se configuraría la identidad de la cosa pedida, activándose la excepción de cosa juzgada.

57. En el arbitraje recaído en el Expediente 455-36-14 las pretensiones fueron:

*"1) Solicito la devolución de la suma de S/ 474,499.33 Soles, que corresponden a las **supuestas penalidades impuestas** por el Comité de Compra Lima 07.*

2) Solicito la devolución de la suma S/. 432,919.90 Soles que corresponde al monto de dinero que debe ser devuelto.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

3) Se ordene el pago de intereses generados hasta la fecha.

4) Se ordene al Comité pago de las costas y costos del presente procedimiento arbitral.” (Resaltado agregado)

58. Por otro lado, las pretensiones del proceso actual (Expediente 076-2017/MARC) son las siguientes:

*“1) **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 07 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, que son materia de la presente demanda y que desarrollamos en nuestros fundamentos.*

*2) **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/ 846,971.00 Soles, por la entrega de productos del contrato, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.*

*3) Se ordene al Comité de Compra Lima 07 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/ 846,971.00 (...) por concepto de lucro cesante.*

4) Se ordene al Comité de Compra Lima 06 del Programa Qali Warma, el pago hasta el monto de S/ 846,971.00 Soles, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de daño emergente.

5) Se ordene al Comité de Compra Lima 06 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).” (Resaltado agregado)

59. De modo preliminar, se puede advertir que en ambos casos se pretendió discutir cuestiones referidas a las penalidades impuestas: en el proceso anterior se persiguió la devolución de una suma de dinero que correspondió a la aplicación de

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

penalidades; en el proceso actual se solicita la declaración de nulidad, invalidez, ineficacia o inaplicabilidad de las penalidades impuestas, así como –como consecuencia de la declaración solicitada- su devolución.

60. Debe tenerse presente que, mediante la excepción de cosa juzgada, se busca evitar la duplicidad de procesos sobre el mismo asunto, más aún si uno de ellos ya concluyó y tiene la firmeza de la cosa juzgada, que constituye un pilar de la seguridad jurídica del sistema jurídico. Por ello, es de relevancia entender, con relación al *mismo objeto*, aquella pretensión planteada en un nuevo proceso que sea la misma que ya fue resuelta en un proceso anterior. Por lo tanto, **el propósito es impedir que una misma pretensión sea decidida más de una vez.**
61. En línea con lo anterior, el Tribunal Arbitral tiene en consideración los siguientes extractos del Laudo Arbitral expedido en el proceso anterior:

"10.9 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. "

10.10 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 aun 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:

"Cláusula Séptima: Obligaciones del Contratista.

EL PROVEEDOR se obliga a cumplir las siguientes prestaciones:

7.1. EL PROVEEDOR se obliga a sujetarse a lo dispuesto por las Bases Modificadas v, los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA.

7.2. EL PROVEEDOR se obliga a entregar a las Instituciones Educativas Públicas objeto del contrato las raciones materia del presente contrato en

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

forma exacto, Integra v oportuna, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

7.3. EL PROVEEDOR se encuentra obligado a brindar todas las facilidades necesarias para que EL COMITÉ y/o QALI WARMA, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo del PROVEEDOR, incluyendo, de manera enunciativa pero no limitativa, aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, EL COMITÉ y/o QALI WARMA quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones del PROVEEDOR, a través de representantes acreditados o terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado, lo cual incluye, de manera enunciativa pero no limitativa, las condiciones de almacenamiento, transporte, conservación y cualquier otro aspecto vinculado al cumplimiento de las prestaciones del PROVEEDOR. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejercido por EL COMITÉ y/o QALI WARMA, en presencia de un representante del PROVEEDOR o ante la presencia de un notario, en ausencia del representante del PROVEEDOR.

7.4. EL PROVEEDOR se encuentra prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente lo establecido en el presente contrato.

7.5. EL PROVEEDOR es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

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

Por lo tanto, como se podrá apreciar de la revisión de la citada cláusula, lo que se establece en ésta, es la existencia de una facultad potestativa del Comité para deducir la penalidad que corresponda, por ende en el presente caso y como consta de las penalidades impuestas y notificadas a la parte demandante, el Comité se valió en todo momento de dicha potestad para aplicar y exigir (deducir) la penalidad en los pagos a efectuar a la parte demandante por retraso y por incumplimiento de características

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

ofrecidas; metodología que se justifica de acuerdo a lo pactado por las partes, por la naturaleza y características del contrato y considerando que sus prestaciones se realizan dentro del marco de los objetivos del Programa Social que los financia.

Es decir, se trata de contratos, que si bien tienen un componente comercial que se plasma en el suministro de bienes; también es cierto que se caracterizan principalmente, por el fin público que los sustenta, el cual consiste en satisfacer necesidades básicas de población vulnerable y en ese sentido, se caracterizan por la urgencia del cumplimiento de dicho fin, siendo que en ese contexto, las reglas contractuales sobre aplicación de penalidades, así como las demás estipulaciones deben ser interpretadas bajo dicho umbral de carácter legal y contractual.

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.2 de la Cláusula Séptima del contrato, la demandante se obligó a entregar los alimentos en las instituciones educativas en forma exacta, íntegra y oportuna, respetando las condiciones contractuales así como las condiciones y requisitos técnicos previstos.

10.11 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.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

10.12 Sin perjuicio de ello, vemos que la formalidad ante incumplimientos contractuales, está establecida en el numeral 71 del Manual de Compras, que no ha sido objetada en autos por ninguna de las partes y que forma parte integral del contrato:

"En caso el proveedor incurra en incumplimientos al contrato, se aplicarán las penalidades establecidas en las bases del proceso de compra, sin perjuicio de la facultad resolutoria del Comité de Compra, derivada de su incumplimiento."

En consecuencia, cada vez que existe un incumplimiento contractual, se deben aplicar penalidades, sin perjuicio de la respectiva facultad resolutoria; por ende, es válido que al aplicar la penalidad, se invoque el incumplimiento imputado al proveedor; más aún si como se ha precisado está establecido contractualmente que la mora es automática, tal como precisamente señala la cláusula séptima antes glosada.

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 1333º del Código Civil y con las atribuciones contractuales del Comité:

"Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

- 1.- Cuando la ley o **el pacto lo declaren expresamente.**
2. - Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que habla de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor."

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

Lo cual se complementa además con lo señalado en el artículo N° 1329 del Código Civil:

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

10.13 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.

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

10.15 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.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

10.16 Estando a lo analizado, se aprecia entonces que la parte demandante se ha limitado a sostener, basándose en su solo dicho, que habría cumplido con materializar las prestaciones contractuales, presentando para ello solamente las actas de recepción suscritas por el Comité de Alimentación Escolar, las que conforme el contrato, en realidad lo único que demuestran es que los alimentos fueron presentados en determinadas Instituciones Educativas y fechas.

10.17 Sin embargo, conforme también fluye del contrato, dichas actas en modo alguno acreditan a plenitud si los alimentos cumplieron integralmente con las especificaciones técnicas exigidas contractualmente, lo cual corresponde ser verificado por la asistencia técnica del Programa Qali Warma; la que, también contractualmente, puede imponer y de hecho impuso las penalidades en los términos antes referidos, tal como efectivamente ha ocurrido en el presente caso.

10.18 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 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 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 220º del Código Civil, debiendo circunscribirse la decisión contenida en este laudo a los puntos controvertidos bajo el ámbito de competencia del Tribunal en mayoría.

10.19 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.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

10.20 A mayor abundamiento, dicha verificación y la posibilidad de aplicar la mora automática, eran perfectamente conocidas por las partes; porque así lo pactaron en contrato; siendo que, no obstante y dadas las características del contrato, nada de eso enerva la presunción legal de incumplimiento del deudor por inexecución total o parcial de sus obligaciones (en este caso, del demandante); más aún si, como se constata de documentación obrante en autos, las penalidades fueron efectivamente comunicadas y aplicadas a la demandante, bajo la respectiva constitución en mora automática y de conformidad con lo pactado.

10.21 De otro lado y como se ha adelantado, otro punto importante a resaltar en este análisis es que debe tenerse presente que las pretensiones de la parte demandante son, específicamente:

"Como pretensión principal solicitamos LA DEVOLUCIÓN DE LA SUMA DE 474,499.33 (Cuatrocientos Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 331100 Nuevos Soles), que corresponden a las supuestas penalidades impuestas por el Comité de Compra N° 07. Sin embargo, en dichas -Resoluciones de la Dirección Ejecutiva emitidas, no se indican el tipo de incumplimiento que se aplica a cada penalidad.

Como pretensión accesoria, solicito LA DEVOLUCIÓN DE LA SUMA DE S/. 432,919.90 (Cuatrocientos treinta y dos mil novecientos diecinueve y 901100 Nuevos Soles), que corresponden al monto de dinero que se nos debe devolver pues no tiene sustento en las resoluciones de penalidades; pero que tampoco nos ha sido cancelado hasta el momento.

Se ordene el pago de los intereses generados hasta la fecha.

Se ordene a COMITÉ DE COMPRA LIMA 7 DEL PROGRAMA QALI WARMA, el pago de las costas y costos del presente procedimiento arbitral."

10.22 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.

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

10.23 Situación diferente se habría presentado si la actora formulaba su pretensión estableciendo que pretendía "como máximo" el monto en cuestión, habilitando así a este tribunal a llevar a cabo una graduación en la determinación del o los montos a devolver y si adicionalmente, la actora hubiera cumplido con solicitar pronunciamiento del Tribunal sobre las penalidades (nulidad, validez, invalidez, etc.).

10.24 De otro lado, la demandante también solicita otro monto fijo como pretensión accesoria, por lo que este Tribunal en mayoría se debe pronunciar exclusivamente respecto de si corresponde o no que se le reconozca la devolución de ambos montos fijos, careciendo entonces este Tribunal de facultades para graduar dichos montos, siendo que ello tampoco ha sido fijado como punto controvertido por las partes.

10.25 De otro lado, como se ha precisado reiteradamente en numerales precedentes, la parte demandante ha procedido extrañamente a formular sus petitorios, sin antes haber pretendido en el presente arbitraje de derecho la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas; siendo que en el presente caso está demostrado que este asunto se encuentra fuera de la competencia de este Tribunal en mayoría; en estricta aplicación de las reglas sobre *kompetenz-kompetenz* de la Ley de Arbitraje y del reglamento de arbitraje institucional, al no tratarse de un punto controvertido expresamente establecido en el arbitraje, así como, al no haber sido recogido tampoco en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Por lo que en el negado supuesto de declarar fundada la pretensión principal, se estaría incurriendo en una decisión irregular, que carecería de *ratio decidendi*.

10.26 La demandante ha configurado entonces con sus pretensiones un imposible procesal; el mismo que consiste en pretender que mediante estas actuaciones arbitrales, se ordene la devolución de penalidades; las mismas cuyo desvirtuado no ha sido pretendido, ni mucho menos demostrado por la propia parte demandante. Se trata así de un contra sentido creado por la propia actora.

10.27 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

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

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*.

(...)

10.31 Es 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.

10.32 De modo que; en el negado supuesto que este Tribunal en mayoría ordenase en este arbitraje la devolución de un monto fijo correspondiente a penalidades impuestas y vigentes, cuya nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia no ha sido pretendida ni mucho menos acreditada por la demandante; se generaría la violación de principios inherentes al orden público constitucional, en lo referente a la jurisdicción arbitral, tal como ello ha sido establecido en jurisprudencia constitucional de carácter vinculante.

10.33 Asimismo, se generaría la motivación deficiente y defectuosa del laudo, por carecer de 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 474,499.33.”

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

62. Se aprecia que, aunque el petitorio en el proceso anterior estuvo vinculado a la aplicación de penalidades -puesto que se solicitó la devolución de una suma derivada de la aplicación de ellas-, no se emitió un pronunciamiento de fondo sobre la validez o eficacia de dichas penalidades, sino únicamente sobre la existencia de las penalidades y el procedimiento para su aplicación.

Así, si bien el Tribunal Arbitral de dicho arbitraje declaró infundada la demanda, hizo expresa salvedad de que esa decisión se basaba en la existencia de las penalidades y en la nula fundamentación y planteamiento de la causa para la devolución que pretendió el Contratista. En otras palabras, el Tribunal Arbitral señaló que se limitaba a desestimar la pretensión de devolución de penalidades, por cuanto esta se había solicitado de manera "extraña", esto es, sin fundamento ni alegación alguna.

63. En efecto, como indicó de modo expreso el Tribunal Arbitral del caso anterior, (fundamento 10.25), "como se ha precisado reiteradamente en numerales precedentes, la parte demandante ha procedido extrañamente a formular sus petitorios, sin antes haber pretendido en el presente arbitraje de derecho la nulidad, revocación, ineficacia, invalidez y/o inexistencia de las penalidades contractuales impuestas; siendo que en el presente caso está demostrado que este asunto se encuentra fuera de la competencia de este Tribunal en mayoría; en estricta aplicación de las reglas sobre *kompetenz-kompetenz* de la Ley de Arbitraje y del reglamento de arbitraje institucional, al no tratarse de un punto controvertido expresamente establecido en el arbitraje, así como, al no haber sido recogido tampoco en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Por lo que en el negado supuesto de declarar fundada la pretensión principal, se estaría incurriendo en una decisión irregular, que carecería de *ratio decidendi*."

Así, el Tribunal Arbitral de aquel proceso dejó en claro que adolecía de incompetencia para resolver ese extremo, considerando que **el análisis específico sobre la aplicación de las penalidades no fue solicitado de manera expresa.**

64. Más aún, el Tribunal Arbitral del referido proceso señala que las pretensiones (de devolución de montos de penalidades) configuran un imposible procesal:

"10.26 La demandante ha configurado entonces con sus pretensiones un imposible procesal; el mismo que consiste en pretender que mediante estas actuaciones arbitrales, se ordene la devolución de penalidades; las mismas cuyo desvirtuado no ha sido pretendido, ni mucho menos

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

demostrado por la propia parte demandante. Se trata así de un contra sentido creado por la propia actora.”

65. De este modo, cabe preguntarse si acaso puede existir alguna duplicidad entre ambos casos, si en el proceso previo no hubo un pronunciamiento de fondo respecto de las penalidades: el Tribunal Arbitral del Expediente 455-36-14 manifestó expresamente que, para poder declarar la devolución de la suma pretendida, era necesario, primero, cuestionar las penalidades, lo que no se hizo.
66. A modo de comparación ilustrativa: supóngase que en un proceso se planteara una demanda en la cual se solicitase la devolución de un vehículo automotor, sin exponer ni desarrollar el motivo jurídico para ello (petitorio sin causa de pedir), y el tribunal declararse que no se va a pronunciar por cuanto para analizar si procede o no la devolución del vehículo se debe haber solicitado la declaración previa de algún incumplimiento, algún pedido de ineficacia, etc., y por ello se desestima la demanda; ante ello, en un nuevo proceso se solicita la declaración de incumplimiento de pago, la resolución contractual y –como consecuencia- la devolución del vehículo materia de la compraventa. ¿Puede considerarse que se ha dado una duplicidad de pretensiones? En modo alguno: en el primer proceso no se planteó ni discutió el incumplimiento ni resolución contractual, siendo que la consecuencia que se solicita (devolución del vehículo) no califica como cosa juzgada con relación al primer proceso por cuanto en éste no tuvo dicha causa de pedir.
67. Volviendo al caso presente, es evidente que si en el primer proceso se hubiese impugnado la aplicación de las penalidades (solicitando su ineficacia, invalidez, etc.) y se hubiese obtenido un pronunciamiento de fondo, entonces sí podría considerarse que existe el mismo objeto con el caso actual.
68. En suma, aunque en el primer proceso la pretensión estuvo relacionada con las penalidades, la forma en que fue planteada impidió que el Tribunal Arbitral se pronunciara sobre su validez o eficacia, en tanto que dicho aspecto no fue sometido a su consideración. Por ello, no existió un pronunciamiento de fondo sobre la materia que aquí se pretende.

Sobre la identidad de la *causa petendi* o motivo que fundamenta el petitorio.

69. La identidad de la causa de pedir se refiere a la coincidencia en los fundamentos que sostienen la pretensión en ambos procesos. Este elemento implica que los

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base para la solicitud deben ser los mismos en el proceso anterior y en el nuevo.

70. En este punto es preciso recordar que el petitorio es lo que se pide (que es, en buena cuenta, la consecuencia jurídica) y la causa de pedir es el motivo por el que se pide esa consecuencia. Así, cuando se pide que "se pague la suma de xxx", ese es el petitorio, y cuando se fundamenta porqué se pide ello ("indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente automovilístico", pasando a detallar los hechos concretos y el derecho que subsume en tales hechos), esa es la causa de pedir.
71. Por eso, un mismo petitorio puede tener distintas causas de pedir: por ejemplo, se puede plantear la nulidad de un negocio jurídico (petitorio), invocando la causal de inobservancia de la formalidad solemne (causa de pedir), y en otro proceso se puede demandar la nulidad del mismo negocio jurídico (petitorio) pero invocando la causal de finalidad ilícita (causa de pedir), en ambos casos puede haber identidad de partes, identidad de petitorio, pero no identidad de causa de pedir: no hay cosa juzgada.
72. En tal sentido, si en el nuevo proceso se invocan hechos o fundamentos distintos a los presentados en el proceso anterior, no se configuraría la identidad de la causa de pedir, lo que impediría la aplicación de la excepción de cosa juzgada.
73. Al respecto, el Tribunal Arbitral, nuevamente, reitera que en el proceso anterior el Colegiado Arbitral (fundamento 10.27) señaló 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**"*.⁶

⁶ "10.27 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*."

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

74. En efecto, como se indicó en el Laudo Arbitral emitido en este proceso –que fuera anulado por la Sala Comercial-, en el numeral 10.31 del Laudo Arbitral anterior, el referido Tribunal Arbitral estableció lo siguiente:

“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.”

Así, se aprecia que el Tribunal Arbitral del caso anterior manifestó de manera clara y expresa que no fue planteada como pretensión la nulidad, ineficacia o invalidez de las penalidades y, asimismo, dejó expedito el derecho del Demandante **SANUT** para formular los reclamos que considere respecto de las penalidades aplicadas.

75. En este proceso arbitral, en cambio, se busca cuestionar de forma directa la validez de la aplicación de las penalidades, invocando los fundamentos necesarios para sustentar dicho cuestionamiento; por ende, no existiría una fundamentación similar a la presentada en el presente arbitraje.
76. En síntesis, este Tribunal Arbitral concluye que hay diferencia en cuanto al petitorio, porque se solicita que se analice y se declare la ineficacia o invalidez de la aplicación de las penalidades, lo que no se solicitó en el proceso anterior, siendo que la devolución de las sumas cobradas por concepto de penalidades es un pedido que se formula como consecuencia de la referida declaración, lo cual a su vez configura la causa de pedir de la devolución de las penalidades (causa de pedir que no existió en el proceso anterior). En tal sentido, no hay identidad de pretensiones y, con relación a los medios de prueba, si bien podría existir coincidencia en algunos medios probatorios presentados en ambos procesos, ello resulta irrelevante frente a la ausencia de la triple identidad antes indicada.

IV. PARTE DECISORIA

El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado con detenimiento todos los argumentos de defensa expuestos por las Partes y examinado con minuciosidad la

Tribunal Arbitral:

Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Pdta), Carlos Alberto Moreno Grandez, Mario Linares Jara

Laudo Parcial sobre Excepción de Cosa Juzgada

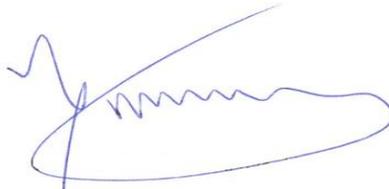
documentación aportada por estas, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la excepción deducida.

De igual manera, el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha desarrollado y expuesto con minuciosidad y detalle los fundamentos fácticos y jurídicos de su análisis, por los cuales ha arribado a la decisión adoptadas en el presente Laudo Parcial, cumpliendo de ese modo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Arbitraje, que señala que todo Laudo Arbitral debe ser motivado.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

ÚNICO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de cosa juzgada presentada por el **PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA – COMITÉ DE COMPRAS LIMA 7** contra las pretensiones formuladas por **SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN NUTRITIVA S.A.**

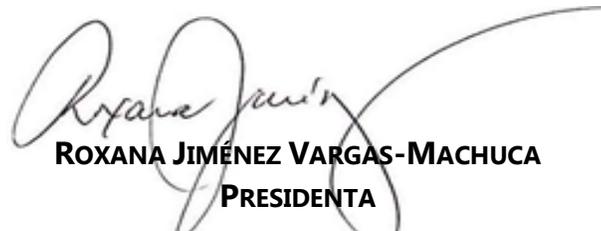
Notifíquese a las Partes.-



CARLOS ALBERTO MORENO GRANDEZ
ÁRBITRO



MARIO LINARES JARA
ÁRBITRO



ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
PRESIDENTA